

جامعة الدكتور مولاي الطاهر-سعيدة-

كلية الحقوق و العلوم السياسية

أطروحة

مقدمة لنيل شهادة

دكتوراه الطور الثالث

الفرع: حقوق

التخصص: قانون الأعمال

من طرف طالب الدكتوراه

بلجيلاي بلعيد

أثر تغير ظروف تنفيذ عقود التجارة

الدولية



أمام جنة المناقشة المشكلة من:

الرقم	اللقب و الاسم	الدرجة	المؤسسة	الصفة
01	د/ سوبيلم فضيلة	أستاذ محاضر (أ)	جامعة د مولاي الطاهر-سعيدة.	رئيسا
02	د/ هفي عبد اللطيف	أستاذ محاضر (أ)	جامعة د مولاي الطاهر-سعيدة.	مشرفا/مقررا
03	د/ جعفري نعيمة	أستاذ محاضر (أ)	جامعة د مولاي الطاهر-سعيدة.	متحنا
04	د/ فليح كمال محمد عبد الرحيم	أستاذ محاضر (أ)	جامعة د مولاي الطاهر-سعيدة.	متحنا
05	الطيب ولد أعمى	أستاذ التعليم العالي	جامعة تيارت	متحنا

السنة الجامعية: 2022-1443م/2023-1444هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

يقول الله تعالى : " وَقُلْ اعْمَلُوا فَسِيرِي اللَّهُ

"عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ"

[سورة التوبة: الآية 105]

شكر و تقدير

نحمد الله عزوجل على توفيقه لنا بإتمام هذا العمل المتواضع، ولا يفوتي في هذه اللحظة أن أوجه شكري الخالص إلى الأستاذ هني عبد اللطيف الذي كان لنا نعم الموجه والذي لم يبخل علينا بأي توجيه أو نصائح قيمة ساعدتنا في إتمام هذا العمل، كما أوجه شكري إلى كل أساتذة جامعة سعيدة كلية الحقوق والعلوم السياسية والزملاء الطلبة

كما أقدم شكري إلى السادة الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة لتفرغهم وقبول مناقشة هذه الرسالة رغم انشغالاتهم العديدة، فلكل مني اسمي عبارات التقدير والاحترام.

بلجيالي بلعيد

دائع اہل

أهدي هذا العمل المتواضع إلى والدتي الكريمة أطالت الله في عمرها، والى الزوجة الكريمة التي ساعدتني وشجعني كثيرا في إتمام هذا العمل وهيأت لي كل الظروف ولم تدخر جهدا من وقتها في توفير الجو الملائم لإتمام هذه الدراسة، فلها مني ألف تحية وتقدير كما أهدي ثمرة هذا العمل إلى أبنائي حفظهم الله عبد الرحمن، محمد، يونس، وبناتي العزيزات لبني وإيمان والى كل إخوتي وأخواتي لكم جمعيا الشكر والاحترام.

إلى كل زملاء الدراسة من جامعة سعيدة ومعسكر

بلجیلالي بلعید

قائمة المختصرات - Liste d'abréviations

- ب.د.ن: بدون ذكر دار النشر،
- ب.ت.ن: بدون ذكر تاريخ النشر،
- ب.س.ن: بدون ذكر سنة النشر،
- ب.ب.ن: بدون ذكر بلد النشر،
- ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي،
- ق.م.ج: القانون المدني الجزائري،
- ج. ر : جريدة رسمية
- ج: جزء
- د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية
- ص:صفحة
- ط:طبعه
- ق.إ.م.إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية

- AL : Alinéa
- A.J : Actualité juridique
- Art : Article
- B.D.E :Bulletin de droit économique
- Cass : Cour de Cassation
- Cass. Civ :Cassation civil
- Cass. Com :Cassation commerciale
- Cass. soc :Cassation chambre sociale
- C.C.I : Chambre de commerce international
- CIVM : Convention des nations unies sur les contrats de ventes internationale de marchandasses (Vienne1980)
- CNUDCI : Commission des nations unies de Droit commercial international
- D.P.C.I : Revue de droit et pratique du commerce international
- D : Dalloz
- Ed : Eddition
- GAAT : General Agreement on Trade and Tariffs

- IBID : Ibidem (a l endroit indique dans la précédente référence)
- JDI : Journal de droit international (dit clunet)
- L.G.D.J : Librairie générale de droit et de jurisprudence
- No : Numéro
- Obs: Observation
- O.C.D.E : Organisation de coopération et de développement économiques
- Op.cit : Ouvrage déjà cite
- OMC : Organisation mondiale du commerce
- P : Page
- RDC : Revue des contrats
- R.D : Recueil Dalloz
- R.D.A.I : Revue de droit des affaires internationales
- U.k : unite dking dombritain,
- P.U.F : Presse Universitaire de France
- RDC : Revue des Contrats
- R.D : Revue Dalloz
- R.D.A.J : Revue de Droit des affaires internationales
- Rev.Dr.Unif : Revue de droit uniforme
- Rep.Civ : Répertoire de droit civil
- Rec. Arb.sen : recueil des sentences arbitrales
- S : Suivant
- SDE : Semaine de la doctrine d étude
- T : Tome
- UNICTRAL : United Nations Commission on international Trade Law
- INIDROIT :Institut international pour 1 unification du droit prive
- V : Voir
- Vol : Volume

المقدمة

مقدمة

تعد عقود التجارة الدولية الوسيلة الأساسية للتبادل التجاري بين مختلف دول العالم، خاصة بعد التطور الهائل الذي عرفته الأسواق العالمية لتبادل السلع والخدمات، وتزايد المعاملات الاقتصادية بين الدول نتيجة كثرة العروض التجارية وتنوعها، بحيث أصبح الاقتصاد العالمي اقتصاد مندمج نتيجة العولمة الاقتصادية، ومع تبني أغلب دول العالم سياسة اقتصاد السوق والذي سمح لها وللمؤسسات والشركات أن تتعامل وتطور علاقاتها التعاقدية لتأمين حاجات السوق المحلية من السلع والخدمات،¹ والبحث عن أسواق خارجية لعرض منتجاتها.

هذا التطور في المجال الاقتصادي الذي فرضه نظام السوق الحر، صاحبته ثورة في تغيير الأنظمة القانونية لأغلب دول العالم، وبروز الهيئات العالمية التي بدورها ساهمت في تأثير التكتلات الاقتصادية الحديثة، وفرضت على الدول تكيف أنظمتها الاقتصادية وقوانينها وفقاً لمتطلبات اقتصاد السوق المبني على المنافسة وقانون العرض والطلب، نذكر منها منظمة التجارة العالمية التي تفرض شروطاً معينة للانضمام إليها، منها إعادة هيكلة اقتصاديات الدول وفق معايير اقتصاد السوق مع فرض تكيف أنظمتها القانونية ومتطلبات العولمة الاقتصادية التي تسمح بفتح أسواقها للمنتجات الخارجية، وإلغاء الحواجز الجمركية من خلال إنشاء مناطق التبادل الحر، كما شهد العالم تكتلات اقتصادية جهوية كالسوق الأوروبية المشتركة، وبروز الصين كقوة اقتصادية عالمية من جهة أخرى.

¹ عصام حنفي محمود، قانون التجارة الدولية، ب.د.ن، ب.ت.ن، ص 03.

ومن هنا ظهرت الحاجة إلى تنظيم هذا التسامي في المعاملات التجارية الدولية من خلال السعي إلى إيجاد الأطر القانونية المناسبة لحكم هذه الروابط العقدية الدولية، مما يضمن استقرار المعاملات التجارية الدولية، ويحقق التوازن الاقتصادي المنشود من الدخول في مثل هذه المعاملات، وتوفير الشروط الملائمة التي تحفظ حقوق كل طرف، والوسيلة التي تضمن ذلك هي العقد، لذلك تعتبر عقود التجارة الدولية الأداة الفنية الأكثر شيوعا في مجال تبادل السلع والخدمات عبر الحدود، فأصبحت عقود التجارة الدولية هي المساهم الرئيسي في تبادل الثروات والخبرات بين دول العالم، ووسيلة للمبادرات الاقتصادية عبر الحدود بحيث تتميز هذه العقود عن مثيلاتها من العقود الداخلية أنها تبرم ما بين طرفان ينتميان إلى أنظمة قانونية مختلفة¹، بحيث أن عقود التجارة الدولية تتميز بطول مدتها، ويرجع ذلك إما إلى اتفاق الأطراف ورغبتهم في تحقيق قدر من الاستقرار في معاملاتهم، كما هو الحال بالنسبة إلى عقود التوريد وعقود الامتياز، أو إلى طبيعة العقد وضخامة الأعمال المطلوب القيام بها على اعتبار عقود نقل التكنولوجيا وعقود إنشاء المصانع الظاهرة وإقامة شبكات طرق دولية أو اتصالات دولية تحتاج إلى وقت طويل لكي يتمكن الأطراف من تنفيذ التزاماتهم المتولدة عن تلك العقود، كما تتطلب جهود أكثر من هيئة على صعيد دولي.

¹ لا يثار الإشكال بالنسبة للعقود الوطنية الداخلية في مسألة عناصرها الثلاث الموضوع والسبب والأشخاص فهي لا تثير إشكالية تنازع القوانين مادامت تكيف على أنها عقود وطنية خاصة بكل تفاصيلها إلى قانون الدولة الداخلي، أما العقود الدولية فهي تخضع إلى عدة معايير تدولها حددها الفقه و لطالما كان العقد الدولي محل نقاشات متعارضة حيث اختلف فقه القانون الدولي الخاص حول المعايير التي يمكن إتباعها لتحديد دولية العقد كشرط لتفعيل قواعد القانون الدولي الخاص فمن الفقه من اخذ بالمعايير القانوني في تحديد دولية العقد فيعد العقد دوليا وفقا لهذا المعيار كلما اتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد أو عندما توزع العناصر المتصلة بالعقد على عدة دول و هذه العناصر قد تختلف بحسب ما إذا كانت موضوعية كاختلاف دولة الإبرام عن دولة التنفيذ أو شخصية كاختلاف جنسية المتعاقدين أو موطنهم وجانب الآخر من الفقه اخذ بالمعايير الاقتصادي لتحديد دولية العقد و الذي يجد أساسه في التركيز على موضوع التعاقد نفسه بحيث يتم تحليل موضوع العقد و محتواه المادي والاقتصادي دون الاهتمام باختلاف جنسية المتعاقدين أو ارتباط عناصره بأنظمة قانونية متعددة. راجع في ذلك: محمود نديم الخضر، اختلال تنفيذ عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2017، ص 47.

ومملا شك فيه أن ظروف إبرام العقد تختلف عن ظروف تفيذه، فالعقد التجاري الدولي ممتد في الزمن لمدة طويلة قد تمتد إلى عقود، مما يجعله عرضة لتغير الظروف والتي تؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي، فكلما طالت مدة التنفيذ صاحبها احتمال تعرضها إلى الكثير من الصعوبات، قد تكون سياسية كالقرارات التي تتخذها الحكومات بقطع العلاقات بين الدول، أو تحظر دولة المشتري استيراد بضاعة معينة من الخارج تشجيعاً لمنتجها المحلي، أو تكون نتيجة حدوث بعض الحركات والثورات الاجتماعية التي يترتب عنها تغيير في تشريعاتها، أو تتعرض الدولة إلى عقوبات اقتصادية دولية تفرضها القوى العالمية كما هو الحال في العقوبات التي تفرضها الولايات المتحدة الأمريكية على بعض البلدان عن طريق الهيئات الدولية ذكر على سبيل المثال العقوبات الأمريكية والأوروبية مؤخراً على روسيا نتيجة الحرب الأوكرانية.

أو تكون نتيجة حدوث ظروف صحية وبائية، كما هو الحال بالنسبة لجائحة كورونا¹ (كوفيد-19) التي اجتاحت العالم في نهاية 2019 بداية من الصين والتي تسببت في انكماس السوق العالمي وتراجع معدلات النمو وتکبد الاقتصاد العالمي لخسائر كبيرة.

¹ يستخدم وصف الوباء العالمي أو الجائحة (Pandémie) لوصف الأمراض المعدية عندما ترى نقشياً واضحاً لها وانتقالاً من شخص إلى آخر في عدد من البلدان في العالم وفي الوقت نفسه وكانت آخر مرة تفشى فيها وباء عالمي في عام 2009 مع انتشار مرض أنفلونزا الخنازير، الذي يعتقد الخبراء أنه تسبب في وفاةآلاف الأشخاص. وحسب منظمة الصحة العالمية " فيروس كورونا هي سلالة واسعة من الفيروسات التي قد تسبب المرض للحيوان وللإنسان ومن المعروف أن عدداً من فيروسات كورونا تسبب للبشر أمراض تنفسية تتراوح حدتها من نزلات البرد الشائعة إلى الأمراض الأشد وخامة مثل متلازمة الشرق الأوسط (ميرس) والممتلازمة التنفسية الحادة (سارس) ويسبب فيروس كورونا المكتشف مؤخراً مرض (كوفيد-19) الذي يصيب الجهاز التنفسى للإنسان و يؤدي إلى الوفاة خلال فترة وجبرة و لقب بهذا الاسم بسبب التغيرات الموجودة على سطحه والتي تشبه الناج، و تتمكن خطورته في سرعة انتشاره بين البشر و تنتقل العدوى قبل ظهور الأعراض، و ينتقل هذا الفيروس عبر الاتصال المباشر بالرذاذ التنفسى الصادر عن الشخص المصاب و ملامسة الأسطح الملوثة بالفيروس. راجع في ذلك: عبد السميم بعيد محمد بعيد، مدى مسؤولية الدولة عن تفشي فيروس كورونا ليبيا نموذجاً - دراسة فقهية مقارنة و سبل مواجهته و الحد منه، مجلة الفقه والقانون الدولي، العدد 90، أبريل 2020، ص 70.

هذا التغير في الظروف المحيطة بتنفيذ العقد التجاري، يكون نتيجة حدث لا دخل لأطراف العلاقة التعاقدية الدولية فيه، ويترب عليه استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية لأحد طرفي العقد لفترة زمنية معينة قد تطول أو تقصر وفي بعض الحالات يتجاوز الطرف أو الحدث مدة العقد، أو يترتب عنه إرهاقا شديدا غير مألف في أعراف التجارة الدولية لأحد أطراف العقد.

ونظراً لعدم ملائمة التشريعات الوطنية الداخلية في إيجاد حلول لمشاكل عقود التجارة الدولية، فالحلول التي تتضمنها القوانين الداخلية تتصدى بالدرجة الأولى إلى المشكلات الناتجة عن العلاقات التعاقدية الداخلية، خاصة أنَّ أغلب القوانين الداخلية تتيح للقاضي سلطة التدخل في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، وهو ما لا ينطبق مع عقود التجارة الدولية التي لا تخضع في تكوينها إلى الأنظمة القانونية والتشريعات الداخلية.

ولمواجهة هذه التغيرات في الظروف الاقتصادية والسياسية والطبيعية المحيطة بتنفيذ العقد التجاري الدولي، فقد أُوجِدَ واقع عقود التجارة الدولية حلواً فنية اتفاقية بعيدة عن التشريعات الوطنية الداخلية تتناسب وخصوصية عقود التجارة الدولية، تهدف لإيجاد نوع من التوازن الاقتصادي والمالي بين الطرفين في مواجهة التهديد الذي يصاحب مرحلة التنفيذ، خاصة في حالة القوة القاهرة والظروف الطارئة ومن بين هذه الحلول شرط إعادة التفاوض «hardhip» الذي يتيح للأطراف الجلوس مرة ثانية والتفاوض على تعديل شروط العقد في مواجهة التغير في الظروف المصاحبة لتنفيذ العقد.

وشرط مراجعة الثمن: «la clauses de révision du prix»

وشرط التعديل التلقائي للعقد: «La clauses d'adaptation automatique du contrat»

وشرط الإبقاء على القيمة رغم تغير العملة: «La clause d'échelle mobile»

وهي الشروط التي تسمح بإعادة توزيع المخاطر بين الأطراف بشكل تلقائي إلى جانب العديد من التقنيات الأخرى.¹

حيث تتميز هذه الحلول الفنية بمنح حرية أكبر للأطراف في تحديد مفاهيم الظروف المتغيرة وتنظيم شروطها، كذلك يحق للأطراف العلاقة الدولية إعطاء مفهوم موسع للفوقة القاهرة وصياغة شروطها بشكل يتلاءم وطبيعة العقود التجارية الدولية وتنظيم أثارها بعيداً عن المفهوم الكلاسيكي والتليدي للفوقة القاهرة المعروف في جميع التشريعات الوطنية مع تجنب تطبيق أثره على العقود الدولية.

هذه الحلول التي تسابق عقود التجارة الدولية تسمح بتعديل العقد بشكل يضمن العدالة في تكافؤ الالتزامات، وإعادة التوازن الاقتصادي للعقد من خلال إعطاء فرصة لأطراف العلاقة التعاقدية الجلوس مرة ثانية والتفاوض حول مصير العقد، بعد تعرضه إلى أحداث غير متوقعة أحياناً دون تفريد الأداءات المقابلة، حيث يتلزم الأطراف بالتفاوض بحسن نية، والتعاون فيما بينهم لإيجاد الحلول المناسبة لتغير ظروف التنفيذ، والعمل على إزالة كل عائق أو مانع للتنفيذ.

وفي المقابل ترفض هذه الحلول الاتفاقية على طرفي العلاقة العقدية مجموعة من الالتزامات منها التزام المدين بإخطار الدائن حول التغير في الظروف وأثاره على الالتزام، والتزام الدائن ببذل جهد للتخفيف من أثار الحدث، وكذلك التزام الأطراف بالحفاظ على العقد.

¹أحمد عبد الكريم سلامة ، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مجلة الأمن والقانون، العدد الأول، سنة 2003، ص.49.

كما يعد إدراج شرط إعادة التفاوض في بنود العقد كوسيلة أو مخرج يمكن الأطراف من تعديل بنود العقد في حالة تغير الظروف المؤدية إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، فهذه الحلول تعزز الثقة بين المتعاملين في حقل التجارة الدولية و تعمل على استقرار المعاملات التجارية الدولية.

وقد ساهمت في هذه الحلول الانفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية، والقانون الموحد الصادر عن اليونيسار والعقود النموذجية¹، والشروط العامة للعقود الدولية بشأن البيع الدولي للبضائع، والعادات والأعراف التجارية المتدالة وهيئات التحكيم الدولي، التي تسعى إلى إيجاد الإطار المفاهيمي لمسألة تغير ظروف تنفيذ عقود التجارة الدولية من خلال محاولة توحيد القواعد القانونية الخاصة بتكوين عقود البيع الدولي للبضائع، والتزامات البائع والمشتري وتوحيد المصطلحات التجارية الدولية مع احترام مبدأ قدسيّة العقد ومبدأ سلطان الإرادة والعمل على تفادي فسخ هذه العقود قدر الإمكان من أجل ضمان استقرار المعاملات التجارية الدولية.

ولعل ابرز هذه الشروط التي تهتم بها دراستنا هذه هي شروط القوة القاهرة بمفهومها التقليدي الكلاسيكي الذي يواجه تغير الظروف التي تجعل من تنفيذ التزامات أحد أطراف العقد التجاري الدولي مستحيلاً، سواء بصفة كلية أو جزئية، والتي تختلف في درجة تأثيرها على تنفيذ العقد مع المفهوم الحديث (المرن) أو الإنفاقي للقوة القاهرة الذي يتقارب مع شرط إعادة التفاوض من حيث وحدة الأسباب والآثار، حيث يواجه شرط إعادة التفاوض الظروف التي تجعل تنفيذ التزامات أحد أطراف العقد مرهقاً له وليس مستحيلاً².

¹أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 2005، ص 12.

² Yessad Houria, Le contrat de vente internationale de marchandises, Thèse doctorat en droit, Université mouloud Mammeri de Tizi-Ouzou, Algérie, 2008, p358.

وبناء على ما سبق تكمن أهمية هذه الدراسة في إبراز العناصر الأساسية المؤثرة في تنفيذ العقد التجاري الدولي، ومصير العقد في حالة تعرضه أثناء مرحلة تنفيذه إلى تغير في الظروف يترتب عنها اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، نتيجة الحدث الطارئ والغير متوقع من الطرفين أثناء فترة إبرام العقد، وأن تغير الظروف مسألة لا يمكن حسمها لفترة زمنية معينة أو نسبها إلى حدث من فعل الإنسان كالحروب أو بفعل الطبيعة كالزلزال والبراكين وغيرها من الأحداث التي لا يمكن مقاومتها من أطراف العلاقة العقدية بصفة عامة، والمسبب في ذلك أن التغير في الظروف لا يمكنه التوقف، لذلك فقد صاحب تغير ظروف تنفيذ العقد، تطور للمفهوم التقليدي للقوة القاهرة، والتي أصبح لها مفهوم مغاير تماماً للمفهوم التقليدي الكلاسيكي، وحيث أن مفهوم القوة القاهرة يستمد وجوده من التشريعات الوطنية، فقد اختلفت هذه الأخيرة في تحديد هذا المفهوم لذلك حاولت هذه الدراسة تسلیط الضوء على المفهوم التقليدي للقوة القاهرة في بعض التشريعات والقوانين الداخلية والهدف من ذلك هو إبراز وتحليل عناصر التقارب والاختلاف بين هذه التشريعات في تحديد المفهوم التقليدي للقوة القاهرة، وأبرزها مفهوم القوة القاهرة في القانون الفرنسي، ونظرية الفشل التعاقدی في القانون الإنجليزي، وانهيار الأساس التعاقدی في القانون الألماني، ثم بینا شروطها وأثرها على العقد التجاري الدولي.

كذلك امتدت الدراسة إلى مفهوم التغير في الظروف في الاتفاقيات الدولية منها اتفاقية لاهاي 164 واتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع فيينا لسنة 1980.

وفي المقابل اهتمت كذلك هذه الدراسة بالمفهوم الحديث لمسألة تغير الظروف من خلال التطرق إلى المفهوم المرن للقوة القاهرة، الذي يستمد أساسه القانوني من اتفاق الأطراف وليس من التشريعات الوطنية، وهو ما يتماشى ومتطلبات وخصوصية العقود التجارية الدولية، كما أن الدراسة تطرق إلى الحلول المتاحة لمعالجة التغير في الظروف المصاحبة لتنفيذ العقد، من خلال التطرق إلى وسائل المعالجة الاتفاقيّة بعيداً القضاء

والتحكيم الذي تعرفه منازعات عقود التجارة الدولية، حيث تطرقنا من خلالها إلى مفهوم شرط إعادة التفاوض وعن شروط مراجعة العقد وتعديل بنوده عن طريق إعادة التفاوض بين الأطراف كتقنية نشأت في ظل قواعد التجارة الدولية.

يشير موضوع الدراسة العديد من الإشكاليات التي تحتاج إلى حلول يمكن طرحها كالتالي: ما المقصود بالمفهوم التقليدي والحديث لمسألة تغير ظروف تنفيذ عقود التجارة الدولية؟ وهل يختلف مفهوم القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية والاتفاقيات الدولية عن مفهومها في التشريعات الوطنية الداخلية؟ وما هي الآثار المترتبة عن المقاربة الكلاسيكية (الاستحالة المطلقة) وعن المقاربة النسبية (الاستحالة المؤقتة)؟ كما تتساءل الدراسة عن الوسائل المتبعة لمواجهة تغير الظروف واحتلال التوازن الاقتصادي للعقد التجاري الدولي؟ وكيف يتم تعديل بنود العقد؟ وهل إدراج شرط إعادة التفاوض في العقد التجاري الدولي يمثل تقنية حديثة لمواجهة اختلال في توازن الأداءات المقابلة؟

هذه الإشكاليات المطروحة هي موضوع هذه الدراسة، ونظراً لما لها من موضوع من أهمية بالغة خاصة أنه يتعلق بعقود التجارة الدولية التي تمثل عصب الاقتصاد العالمي فقد اهتمت عدة دراسات سابقة بهذا الموضوع وذكر منها دراسة قدمها الأستاذ Marcel Fontaine هي دراسة قانونية قدمها في أواخر سبعينيات القرن الماضي كما أن هناك دراسة أخرى قدمها Aménagement de la Force ROCHFELAIRE IBARA تحت عنوان majeure dans le contrat والتي تناولت تأثير القوة القاهرة في العقود الداخلية وكذلك عقود التجارة الدولية والحلول المقترنة في مواجهة أثار القوة القاهرة، أما بالنسبة للدراسات العربية نجد أهمها دراسة للأستاذ شريف محمد غنام تحت عنوان اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية هذه الدراسة تناولت بالتحليل للمفهوم التقليدي والحديث للقوة القاهرة أبرز الباحث من خلالها نقاط الاختلاف والتقارب بين القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض.

أما عن الدراسات الجزائرية نجد الدراسة التي قدمها الأستاذ الدكتور هني عبد اللطيف وهي عبارة عن رسالة دكتوراه مقدمة في سنة 2015 من جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان كلية الحقوق الموسومة بـ: **حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، دراسة مقارنة**، تناول من خلالها الأستاذ هني عبد اللطيف أهمية دراسة فكرة إعادة التفاوض منعدة زوايا من كونها ممارسة عقدية في منشئها ولكنها تبني نمط قانوني جديد يجد أساسه القانوني في اتفاق الأطرافوكنقنية نشأت في ظل قواعد التجارة الدولية، ومن زاوية أخرى تتمثل في تجديد النظرة الكلاسيكية للعلاقة بين القانون والاقتصاد.

أما الصعوبات التي تلقاها الباحث فهي تكمن في قلة الدراسات التي تناولت مسألة تغير ظروف تنفيذ عقود التجارة الدولية بعيداً عن التشريعات الوطنية، والتي لا تتماشى وخصوصية العقد التجاري الدولي، ومن جهة أخرى الدراسات التي تتناول هذه التقنية الحديثة بعيدة عن المنازعات والحلول القضائية والتحكيم التجاري الدولي.

اعتمدنا في تقديم هذه الدراسة على المنهج التحليلي، من خلال تحليل النصوص القانونية الداخلية والدولية وكذلك الاتفاقيات الدولية التي تناولت مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد التجاري الدولي، بالإضافة التي المبادئ المعمول بها في حقل التجارة الدولية.

ولإعطاء هذه الدراسة أهميتها العلمية، قسمناها إلى بابين يحتوي كل باب على فصلين، على النحو التالي:

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة التغير في الظروف يحتوي هذا الباب على فصلين تضمن الأول المفهوم التقليدي للقوة القاهرة كتعبير عن المقاربة الكلاسيكية تطرقنا من خلاله إلى مفهوم القوة القاهرة في القانون الفرنسي و كيف عالج هذا القانون مفهوم القوة القاهرة وعن الآثار المترتبة عن الحدث المكون للقوة القاهرة في التشريع الفرنسي كما تطرقنا إلى مفهوم القوة القاهرة في القانون الألماني والإنجليزي الذي يعترف بنظرية انهيار العقد ودرجة

تأثير القوة القاهرة وفق القانون الإنجليزي على العقد، أما الفصل الثاني تناولنا من خلاله المفهوم الحديث لمشكلة تغير الظروف في الاتفاقيات الدولية وعن دور إرادة الأطراف في تحديد مفهوم القوة القاهرة تنظيم أثارها على العقد التجاري الدولي.

الباب الثاني: خصصناه إلى الوسائل الحديثة لمواجهة مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد التجاري، حيث قسمنا هذا الباب بدوره إلى فصلين تناولنا في الفصل الأول ماهية شرط إعادة التفاوض وتمييزه عن المفاهيم المشابه له، كما تطرقنا إلى الالتزامات المترتبة على إعمال كل من القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض، أما الفصل الثاني تناولنا من خلاله الآثار المترتبة على إعمال شرط القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض من أهمها مبدأ الحفاظ على العقد وأخيراً تطرقنا إلى نتيجة إعادة التفاوض عن مصير العقد التجاري بعد مرحلة إعادة التفاوض.

الباب الأول:

المفهوم التقليدي

لمسألة تغير الظروف

(الاستحالة المطلقة)

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

إن الحديث عن الاتفاق بين الطرفين لا بد أن يجرنا إلى الحديث عن الإرادة التي يتحتم أن تكون موصوفة بأنها حرة، وأن العقد هو توافق لهذه الإرادات لإحداث اثر قانوني يتمثل في مجموعة من الالتزامات تقع على عاتق طرفي العقد، وكل عيب يصيب الإرادة الحرة مثل عيب الإكراه أو التدليس أو الغلط، ينعكس بصورة مباشرة على العقد كله، خاصة إذا كان هذا الأخير من العقود التي يتراخي تفديها لمدة طويلة في الزمن.¹

وبعيداً عن مسألة بطلان العقد كأثر يترتب على عيب يطال نشوئه، وهذا الموضوع ليس من صميم دراستنا، فإن أهم ما يمكن أن يؤثر في تفدي العقد هو تعرضه لحادث قوة قاهرة تعدد كل إمكانية لتفديه، ينتج عنها استحالة تحمل المدين تبعات الحدث المفاجئ الذي طرأ على العلاقة التعاقدية أي على العقد.²

هذا المفهوم للقوة القاهرة حسب النظرية التقليدية لمسألة تغير الظروف (الفصل الأول)، وبما أن عقود التجارة الدولية لها خاصية مختلفة عن العقود المبرمة بين الطرفين في ظل القوانين الداخلية،³ فقد توصل القائمون على عقود التجارة الدولية إلى مفهوم حديث لمشكلة تغير الظروف حفاظاً على استقرار المراكز القانونية بين الأطراف خلال مدة تفدي العقد (الفصل الثاني).

¹ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2017، ص 07.

² إن مفهوم القوة القاهرة في القوانين الوطنية يتمثل في إعفاء المدين من المسئولية لاستحالة تفدي التزامه لسبب أجنبي لا يد له فيه، ففي القانون المدني الفرنسي لا يوجد نص خاص بمفهوم القوة القاهرة، غير أن نص المادة 1148 ق.م.ف التي نصت على أنه : "لا مجال لأي تعويض وفائدة اذا لم يستطع المدين تبعاً لقوة القاهرة أو حادث مفاجئ أن يقوم أو يقدم وان يمتنع عن فعل ما التزم به".

Art.1148 « Il n y a lieu à aucun dommage intérêt lorsque par suite d'une force majeure et d'un cas fortuit le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il c'était obligé ou à faire ce qui lui interdit ».

³ إن فكرة العقد على المستوى الدولي تتمتع بوزن حقيقي وواعي يفوق بالضرورة وزن النصوص ذات الطابع الرسمي، راجع في ذلك: محدث اسعد، القانون الدولي الخاص، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1989، ص 11.

الفصل الأول: المفهوم التقليدي للقوة القاهرة كتعبير عن المقاربة الكلاسيكية

إن فكرة القوة القاهرة،¹ فكرة قديمة وعريقة في التاريخ، فقد عرفها القانون الروماني بأنها كل ما يستعصى توقعه بوسائل الإدراك الإنساني، حتى إن أمكن توقعه يستعصى على المقاومة²، وهي كما عرفها الفقيه الروماني أولبيان بأنها: كل قوة لا يمكن مقاومتها، ومن أمثلتها الحريق الناشئ عن الصواعق والفيضان والعواصف والزلزال والبراكين³، ويقصد بالقوة القاهرة على أنه الحدث الذي يطرأ أثناء مرحلة تنفيذ العقد يؤدي إلى اختلال غير عادل في توازنه مع إحداث تغييرًا جذريًا فيه، ويتصف على أنه حدث غير متوقع بين الطرفين خارج ومستقل عن إرادة المتعاقدين، ولا يمكن دفعه يؤدي إلى استحالة مطلقة في تنفيذ العقد.

ومن هنا تنتفي مسؤولية المدين حسب القانون الروماني ويكون مسؤول عن عدم التنفيذ السبب راجعاً إلى فعل لا يد له فيه وإنما يرجع إلى سبب أجنبي.

وعلى اعتبار أن الأطراف المتعاقدة كانت حريصة على تنفيذ التزاماتها العقدية بحسن نية، ولكن حالت دون ذلك الظروف الغير متوقعة، تسمى القوة القاهرة، تعد كل إمكانية لتنفيذها، ينتج عنها إعفاء مسؤولية المدين من تنفيذ التزاماته التعاقدية، وهي فكرة تأخذ بها كل التشريعات والأنظمة القانونية المختلفة (المبحث الأول) نتناول فيه مفهوم تغير الظروف حسب النظريات التقليدية في النظم القانونية المختلفة، وما يطلق عليه بالاستحالة المطلقة، ثم نتناول شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة (المبحث الثاني).

¹ إن فكرة القوة القاهرة هي فكرة قديمة تجد جذورها في القوانين الوضعية القديمة، إذا جاء في قانون حمو رابي: "إذا كان على رجل دين وضرب الله الأعاصير (أدد) حقله أو دمره الفياضان.. لا يعيد الحبوب التي اقتراضها إلى دائنها و يلغى عقده و لا يدفع فائضًا في تلك السنة" ، راجع في ذلك: عباس زيون العبدلي، شريعة حمو رابي - دراسة قانونية مقارنة مع التشريعات الحديثة، مطبعة التعليم العالي في الموصل، العراق، طبعة 1990، ص 182.

² محمود نديم الخضر، المرجع السابق، ص 60.

³ محمد عبد الله محمود، طبيعة القوة القاهرة في عقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2019، ص 27.

المبحث الأول: مفهوم تغير الظروف في النظم القانونية المختلفة

كما سبق الإشارة إليه أن فكرة القوة القاهرة فكرة قديمة، والتي ترجع في أصولها إلى القانون الروماني، واستمر الأخذ بها في كل التشريعات عبر مختلف العصور حتى أصبحت إحدى أهم النظريات في البناء القانوني المعاصر، سواء في القوانين الوطنية أو الدولية.

معظم التشريعات الوطنية عرفت نظرية القوة القاهرة¹، إلا أن بعض التشريعات الأخرى لم تستخدم صراحة مصطلح القوة القاهرة² واستخدمت لفظاً عاماً وهو لفظ "طرف" كالقانون الألماني وأنظمة أخرى أعطتها مسميات أخرى كالقانون الإنجليزي الذي أرسى نظرية الفشل في تنفيذ العقد Frustration of the contrat لتحقيق نفس نتائج وآثار القوة القاهرة التقليدية، والتي أضافت مفهوماً جديداً يتمثل في إمكانية فسخ العقد إذ لم يتحقق الهدف الاقتصادي الذي أبرم لأجله العقد.

وعلى الرغم من تعرض هذه التشريعات الداخلية إلى القوة القاهرة، والتي حددت غالبيتها خصائص القوة القاهرة وأثارها، إلا أنها لم تقدم تعريفاً دقيقاً لها، تاركة ذلك إلى القضاء لتشخيص عناصر وجودها، وتقييمها حسب ما تقتضيه ظروف الحدث المشكل للقوة القاهرة.

¹ إن المشرع الجزائري لم يعرف القوة القاهرة وإنما أشار إليها كسبب يعفي من المسؤولية كما جاء في نص المادة 127 من القانون المدني الجزائري: "إذا ثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث فجائي، أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

والمشرع الجزائري كما أشرنا لم يعطي تعريفاً القوة القاهرة في القانون المدني لكنه عرفها في المادة 5 فقرة 19 من القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات والتي تنص: "القوة القاهرة كل حدث مثبت غير متوقع لا يمكن مقاومته وخارج عن إرادة الطرف الذي يثيره و الذي يجعل تنفيذ هذا الأخير لأحد إلتزاماته التعاقدية أو العديد منها آنياً أو نهائياً غير ممكن".

² محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 33.

ولمعرفة تفاصيل ذلك نقسم هذا المبحث الى مطابين نتعرف من خلاله على المفهوم التقليدي للقوة القاهرة في بعض التشريعات الوطنية (المطلب الأول) ثم نتطرق الى الشروط الواجب توفرها في الحدث حتى يتم تشخيصه على أنه قوة قاهرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المفهوم التقليدي للقوة القاهرة في بعض التشريعات الوطنية

تأخذ كافة الشرائع الوطنية بفكرة القوة القاهرة لانتفاء مسؤولية المدين من تنفيذ التزاماته، متى أصبح هذا الالتزام مستحيلاً بسبب حدث غير متوقع، ولا يمكن دفعه، ومستقلاً عن إرادة المدين كما تؤكد أحكام القضاء هذا الاتجاه إذ قضي بان: "الإرادة المفترضة تتجه دائماً إلى فكرة القوة القاهرة بمفهومها التقليدي إذا لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك".¹

تتضمن فكرة القوة القاهرة المسلم بها في التشريعات الوطنية شروطاً معينة يجب توافرها في الحدث، منها عدم التوقع وعدم إمكانية الدفع، وأن لا يكون للمدين دخل في وقوع الحدث وإن يؤدي ذلك إلى إحداث نتيجة محددة ولكن اختلفت التشريعات الوطنية في الآثار المترتبة عن الحدث المؤدي إلى استحالة التنفيذ فمنها ما ركز على قاعدة لا التزام بمستحيل «l'impossible nul n'est tenu» وبالنتيجة ينفسخ العقد بقوة القانون، وبعض التشريعات تميل إلى جعل القوة القاهرة سبباً للمطالبة القضائية بفسخ العقد.

هذا ما سنعالجه من خلال التطرق الى مفهوم القوة القاهرة في بعض التشريعات الوطنية، كالقانون الفرنسي والألماني والإنجليزي، ثم نتطرق الى مفهوم القوة القاهرة في الاتفاقيات الدولية

¹ شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2007، ص.22.

الفرع الأول: مفهوم القوة القاهرة في القانون الفرنسي

نصت المادة 1147 من القانون الفرنسي¹ الصادر سنة 1804م على أن "المدين يكون مسؤولاً عن التعويض إذا كان له محل إما بسبب عدم تنفيذ الالتزام، وإما بسبب التأخير فيه وذلك في جميع الأحوال ما لم يثبت أن عدم التنفيذ قد نشا عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ولم يكن ثمة سوء نية من جانب المدين".

ونصت المادة 1148 من نفس القانون على أنه: "لا محل للتعويض إذا حالت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي دون قيام المدين بيعطاء أو عمل ما التزم به، أو إذا قام بأداء ما هو محظوظ عليه"، وحسب نص المادتين المذكورتين اللتان تضمنتا أحكام عامة "إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية نتيجة وقوع سبب أجنبي لا يد له فيه، وكان المدين حسن النية فلا يسأل عن التعويض".

وبحسب نص المادة 1148 تعتبر القوة القاهرة، والحادث الفجائي إحدى صور السبب الأجنبي المعفي من التعويض، ولكن المشرع الفرنسي لم يبين أثر السبب الأجنبي الذي إحدى صوره القوة القاهرة على الالتزام،² وهنا يطرح التساؤل هل ينقضى الالتزام في القانون الفرنسي بسبب استحالة تنفيذه بالقوة القاهرة أو بسبب الأجنبي عموماً؟¹

¹ وقد عرفها الفقيه الفرنسي Dévouer Mandil القوة القاهرة بأنها: " كل واقعة تنشأ باستقلال عن إرادة المدين، ولا يكون باستطاعة هذا المدين توقعها أو حدوتها، ويترتب عليها أن يستحيل عليه مطلق الوفاء بالتزامه". كما عرفها الفقيه Domok بأنها: " فكرة القوة القاهرة، وكما تستفاد من القضاء الفرنسي جد بسيطة فهي تعرف باستحالة التنفيذ الناتجة عن واقعة غير متوقعة الحدوث، لا يساهم فيها خطأ من المدين". راجع في ذلك: هيئة تحرير مجلة القانون والأعمال المغربية، القوة القاهرة في التشريع المغربي، مقال منشور عبر الرابط الإلكتروني التالي:

، تم الولوج إليه بتاريخ 25 جانفي 2019، على الساعة 14:00 <http://www.droitetentreprise.com>.

² Le Code civil ne définit pas la notion de force majeure (ou cas fortuit). L'article 1148 se limite à faire l'énoncé suivant: «Il n'y a lieu à aucun dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit. » La force majeure apparaît donc comme une cause d'exonération de responsabilité pour le débiteur lorsque l'inexécution de ses obligations ne lui est pas imputable. Les conditions permettant de bénéficier de cette exonération ont d'abord été définies de manière stricte par la jurisprudence.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

وللإجابة على هذا التساؤل نستعرض أحكام المادة 1/1302 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن "...الالتزام ينقضى إذا هلك محله دون خطأ من المدين".²

من خلال نص هذه المادة فإن الالتزام هنا ينقضى بالسبب الأجنبي فقط ولم يتعرض المشرع الفرنسي إلى القوة القاهرة، ولكنه عاد ليؤكد أن القوة القاهرة تؤدي إلى انقضاء الالتزام وانفساخ العقد من خلال التنصيص على ذلك في المادة 1795: **ينفسخ عقد استجار الصانع بموته أو بحادثة قهيرية تمنعه من العمل**.³

وأيضا نصت المادة 1722: **إذا هلك الشيء المؤجرة بقوة قاهرة أثناء مدة الإيجار انتهى العقد بقوة القانون**،⁴ ونلاحظ هنا أن المشرع الفرنسي لم يورد في النصوص التي تناولت القواعد العامة للقوة القاهرة وهما المادتان 1147 و 1148 أي إيحاء إلى انقضاء الالتزامات كأثر للقوة القاهرة، مكتفيا إلى الإشارة إلى إعفاء المدين من التعويض ولكنه عاد إلى اثر القوة القاهرة على الالتزام في نص المادة 1302.

ومن الملاحظ من خلال النصوص المشار إليها أعلاه، أن المشرع الفرنسي لم يعطي تعريفا واضحا لمفهوم القوة القاهرة، ولم يحدد شروط تتحققها وبنهايتها تنتفي القوة القاهرة،⁵ وكذلك انه لم يحدد معيارا يمكن القياس عليه لتقدير الحدث ووصفه كقوة قاهرة.¹

Moisan, P. (1994). Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux : les cas de force majeure et d'imprévision. *Les Cahiers de droit*, 35(2), p. 290. Disponible sur le lien suivant : <https://doi.org/10.7202/043281ar>

¹ محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص45.

² «L obligations est éteinte si la chose a pris ou a été perdue sans la faute du débiteur et avant qu'il fait en demeure ».

³ « Le contrat de louage d'ouvrage est dessous part la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou entrepreneur ».

⁴ « si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander une diminution du prix, ou la résiliation même du bail. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun endommagement».

⁵ Henri Mazeaud, *traite théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 1968, p.1569.

وقد بينت الشروح الفقهية والتطبيقات القضائية معالم القوة القاهرة في القانون الفرنسي من خلال الطريقتين التاليتين:

الطريقة الأولى: تتمثل هذه الطريقة في حصر وتعداد الأحداث التي تعد قوة قاهرة، وبذلك يسهل عمل القاضي في كيفية النظر إلى قائمة الأحداث المشكلة للقوة القاهرة، ليحكم بتوافر حالة القوة القاهرة على النزاع المعروض عليه، فإذا كانت الأحداث محل النزاع واردة ضمن القائمة فهي تمثل قوة قاهرة دون النظر إلى ظروف الواقعه لكن هذه الطريقة وجهت لها عدة انتقادات منها انه لا يمكن وصف وتكيف حدث على انه قوة قاهرة دون النظر إلى ظروف الواقعه المدعى بها.²

الطريقة الثانية:نظراً للمفهوم الضيق الذي أعطته الطريقة الأولى لمفهوم القوة القاهرة، واعتمادها على حصر وتعداد الأحداث، فقد وجهت لها عدة انتقادات فقد ظهرت فكرة جديدة لمفهوم القوة القاهرة خلال الحرب العالمية الأولى، اعتبرت القوة القاهرة وصف قانوني لا يرتبط بحدث أواخر، ولكنه يلزم القيام ببحث واع لظروف كل حالة على حدة ،فالحرب مثلا لا تعد قوة قاهرة بذاتها وإنما ينبغي البحث عن تفاصيل الواقعه وملابساتها، وهذا أعطت هذه الطريقة مفهوماً جديداً للقوة القاهرة بحيث يجب حسب الطريقة الثانية توافر شروطاً معينة في الحدث إذا توافرت نقول أنتا أمام قوة قاهرة زيادة على ذلك تضع هذه الطريقة شروطاً معينة للحدث نفسه المكون للقوة القاهرة.³

¹cass.com 3 oct. 1989, JCP 1990, II, conclusion M. Joël 21423.

انظر في ذلك: خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 2002، ص 70.

² Radouant, Du cas fortuit et de la force majeure, Thèse-Faculté de droit de paris, France, 1920, P.08.

³ صلاح محمد احمد، القوة القاهرة وآثارها في قانون العمل، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، مصر، سنة 1995، ص 04.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

ومن بين التعريفات التي أعطيت في الفقه الفرنسي للقوة القاهرة أنها: "الواقعة غير ممكنة الدفع والتوقع بصفة مطلقة الناتجة عن قوة أجنبية مثل العاصفة أو زلزال".¹

وذلك التعريف لدى القضاء الفرنسي الذي يعني: ذلك الحدث الأجنبي الذي يعفي المدين من تنفيذ التزاماته، شريطة أن يكون ذلك الحدث غير متوقع و لا يمكن مقاومته".²

من خلال ما تم التعرض إليه يمكننا، القول أن كل من القضاء والفقه الفرنسي اخذ برأيه في مفهوم القوة القاهرة، كل حسب الزاوية التي يبني منها فناعته، الفقه الفرنسي يرى أن القوة القاهرة في القانون الفرنسي هي إحدى صور السبب الأجنبي الذي لا يد للمدين حسن النية فيه، ويتربّ على توفرها انقضاء الالتزام وعدم مسؤولية المدين عن التعويض أما القضاء الفرنسي فإنه يميل إلى جعل القوة القاهرة سبباً للمطالبة القضائية³ أي انه يلزم اللجوء إلى القضاء من أجل الحصول على حكم بانفاسخ العقد بسبب القوة القاهرة،⁴ ولا ينفع العقد بقوة القانون وفقاً لهذه الطريقة.

¹ ياسر شحادة مرزوق ضبابات، اثر القوة القاهرة على الرابطة العقدية في نطاق المسؤولية العقدية و مدى إمكانية تعديل الأثر المترتب عليها، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، سنة 2018، ص 24.

² Cass.3e civ,24 mars 1993, JCP, 1993.I.3727, no 12 obs. G. Viney. (4) Jean Pierre Gridel, note sous Civ.1,3 Juillet 2002,Bulletin,2002,I.

انظر في ذلك: خديجة فاضل، المرجع السابق، ص 70.

³ Capitant, De la cause des obligations contrats, engagements unilatéraux,legs,3.éd, paris, France, 1927,No.139.

⁴ أعطى مجلس الدولة الفرنسي مفهومين للقوة القاهرة أولهما: المعنى الأصيل للقوة القاهرة ألا وهو الحادث الخارجي الذي يستحيل دفعه، والذي يؤدي إلى استحالة التنفيذ استحالة مطلقة، والذي يؤدي إلى انقضاء العقد بقوة القانون، وهو ما حكم به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 16/07/1952 في قضية كهرباء فرنسا" حيث قضت المحكمة بأن الإضراب الذي ساد هيئة كهرباء فرنسا كان بمثابة قوة قاهرة «بالرغم من أن الإعلان عن الإضراب كان قبل بدئه بمدة طويلة، حيث تم نشره والإعلان عنه في بعض الصحف المحلية لما يدخل هذا الإضراب في علم الكافة، ومن ثم يدخل في إعداد التوقع والتصور والتبؤ، راجع في ذلك: عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 48.

الفرع الثاني: مفهوم القوة القاهرة في القانون الألماني¹

تنص المادة 275 من القانون المدني الألماني B.G.B على أن: "المدين يبرأ من الالتزام بالتنفيذ، متى صار الأداء مستحيلا على اثر ظرف لا بد للمدين فيه، طرأ بعد نشوء الالتزام"، يتبيّن من خلال هذا النص أن المبدأ في القانون الألماني انه متى وقع ظرف لا بد للمدين فيه، وأصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا، يترتب عليه انقضاء الالتزام وهي نفس التعبير عن القوة القاهرة فالقانون الألماني لم يستعمل مصطلح "القوة القاهرة" وإنما استخدم لفظ ظرف ليعبر عن الاستحالة التقليدية، أي أن هناك استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزام،² وشرط الاستقلال وأن يكون الحادث طرأ بعد نشوء الالتزام من ولا يد له فيه، والآثار المترتبة عن تحقق القوة القاهرة يتمثل في انقضاء الالتزام بالتنفيذ.

وتنص المادة 325 من القانون المدني الألماني B.G.B على أنه: "إذا كان التزام احد الطرفين بمقتضى العقد الملزم للجانبين قد أصبح مستحيلا بسبب ظروف هو المسؤول عنها، فإن للطرف الآخر إما المطالبة بإصلاح الأضرار الناتجة عن عدم التنفيذ، إما المطالبة بفسخ العقد".

لتطورت فكرة القوة القاهرة لدى الفكر القانوني الألماني، وهي فكرة جديدة للظروف التي تخلق أعباء لا يمكن التسامح فيها، فباستثناء الحالة التي يتحقق فيها خطأ من المدين، فهذا الأخير يمكن أن يعفى من التزام أصبح تنفيذه مستحيلا، عندما يرتب هذا الالتزام نتيجة ظروف مستجدة استثنائية، أعباء لا يمكن التسامح فيها، فإذا لم يتضمن العقد نصاً يستاند منه نية الأطراف الضمنية أو الصريحة، لتحمل أطرافه أو بعضهم المخاطر المستحيلة اقتصاديا، فإن للقاضي أن يأمر بإعفاء المدين من تنفيذ التزاماته، وهذه السلطة تمنح للقاضي في حالة اختلال أو اضطراب الأسس الاقتصادية التي بني عليها العقد، فللقاضي عند طرء الظروف الاستثنائية، أن يحاول التوفيق أولاً بين وجهات النظر المتعارضة مراعياً إرادة الأطراف والتوفيق بين اعتبارات العدالة، من جهة وبين اعتبارات الاستقرار من جهة ثانية، راجع في ذلك: سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، سنة 1977، ص 340.

¹ محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 49.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

ومن خلال ذلك يمكننا القول أن المشرع الألماني قد ساوي في الحكم بين السبب الأجنبي الذي لا دخل للمدين فيه، والذي يؤدي إلى انقضاء الالتزام، وبين السبب الذي يرجع إلى المدين ويؤدي إلى استحالة التنفيذ، في حالة طلب الدائن فسخ العقد.

ومع ذلك وبالرغم من تحقق نتيجة واحدة في كلتا الحالتين، وهي فسخ العقد إلا أنه يجب التفريق بين الحالتين، ففي الحالة الأولى ينقضي الالتزام بقوة القانون وهذا واضح بنص المادة 1/275 والتي نصت على أن: "المدين يبرأ من الالتزام بالتنفيذ..."

أما في الحالة الثانية فالفسخ يكون بطلب من الدائن، كما بينته المادة 325 التي نصت على أنه: "...فإن للطرف الآخر الحق في المطالبة بفسخ العقد".

وهو ما أدى بجانب من الفقه إلى القول أن القانون المدني الألماني لم يعرف الاستحالة على الوجه المعروف في بقية القوانين الوطنية الأخرى، كالقانون المصري والفرنسي في استحالة التنفيذ الناتجة عن السبب الأجنبي فقط، بل تبرأ ذمة المدين متى استحال عليه تنفيذ الالتزام بغير خطأ منه، ولو كانت الواقعة التي أدت إلى نتيجة عدم التنفيذ، راجعة إليه وتشكل خطأ منه.¹

ويمكننا أن نستخلص مما سبق الإشارة إليه، أن مفهوم القوة القاهرة في القانون الألماني لا تتوقف فقط عند السبب الأجنبي لا يد للمدين فيه يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا فتبرأ ذمة المدين، بل تبرأ ذمته أيضا إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى سبب أجنبي آخر ناتج عن واقعة تعود إلى المدين ولا تشكل خطأ في جانبه، استحالة التنفيذ في القانون الألماني تظهر لنا اتجاهين اثنين²

¹ محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 50.

² Les Allemands ont élaboré une conception quasi métaphysique de l'effet des changements de circonstances sur le contrat. Ils auraient apporté la « Contribution la plus substantielle » en la matière, Le droit allemand opère une distinction entre la force majeure et l'imprévision qui apparaît nette pour certains, mais semble plus floue pour d'autres. Les changements de

الاتجاه الأول: يتمثل في الاستحالة التقليدية، الناتجة عن السبب الأجنبي لا يد للمدين فيه.

الاتجاه الثاني: الاستحالة بالمفهوم الحديث والتي تعني عدم قدرة المدين الشخصية على التنفيذ.

أولاً: الاستحالة الموضوعية

ويقصد بها الاستحالة التي لا ترجع إلى الأسباب الشخصية المتعلقة بالمدين مثل تلف البضاعة.

ثانياً: الاستحالة الشخصية

ويقصد بها الموانع ذات الصلة بشخص المدين فإذا كان مسؤولاً عن هذه الاستحالة فلا ينقضي الالتزام وعلى المدين إثبات عدم تقصيره أو إهماله اتجاه المانع¹.

الفرع الثالث: مفهوم القوة القاهرة في القانون الإنجليزي

عرف مفهوم القوة القاهرة في القانون الإنجليزي ثلاثة مراحل:

المرحلة الأولى: بدأت هذه المرحلة في عام 1646م بإقرار قاعدة "العقود المطلقة" ومفادها انه إذا ما ألزم المتعاقدين نفسه بموجب عقد بمحض إرادته، فإنه لا يستطيع التوصل من

circonstances y sont abordés par La Geschäftsgrundlage La Geschäftsgrundlage, cette institution élaborée par des juristes allemands, est très complexe. Elle permet au juge de modifier les obligations des parties contractantes, ou parfois de dissoudre le contrat, en cas de disparition de la « base contractuelle⁸⁰ ». Une décision du Bundesgerichtshof Allemand (B.G.H.) fournit la définition suivante : « Selon la jurisprudence constante du B.G.H., la Geschäftsgrundlage » d'un contrat est formée par la représentation (Vorstellungen) que se sont faites les parties de la présence, ou de la continuation de certaines circonstances sur la base desquelles la volonté contractuelle est construite. Elle peut également être formée par la représentation de pareilles inconstances propres à l'une des parties mais qui est reconnaissable et n'est pas contestée par l'autre partie ». En d'autres termes, les Geschäftsgrundlagen apparaissent comme étant les fondements en considération desquels les parties ont conclu leur convention, qu'il s'agisse des bases économiques fondamentales du contrat qui n'y sont pas nécessairement exprimées ou des objectifs particuliers en considération desquels les parties se sont entendues. Moisan, P., Op, Cit, P.297.

¹ عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي المدني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، سنة 1994، ص 75.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

الالتزاماته حتى ولو وجدت ظروف جعلت الوفاء بالالتزام مستحيلا، وذلك على أساس أنه كان يتوجب عليه أثناء إبرام العقد أن يضع من الشروط ما يحتاط به لنفسه من تغير للظروف، وفي هذه الحالة عليه بتنفيذ التزاماته، وقد أقرت هذه القاعدة محكمة الملك في قضية "بارادين وجين"¹.

هذه القاعدة كانت محصورة في الالتزامات التعاقدية، فإذا لم يتضمن العقد شرطا ينظم القوة القاهرة مطلقا وواجب التنفيذ حتى ولو كان مستحيلا، فيلزم المدين بالتعويض، أما الالتزامات القانونية التي تفرضها النصوص القانونية فتطبق بشأنها أثار القوة القاهرة في حالة تحقّقها، فيعفي المدين من التزاماته القانونية إذا طرأ حادث لم يكن مسؤولا عنه.

فالقانون الإنجليزي يفرق بين النوعين السابقين من الالتزامات فيرى أنه بمقدور المتعاقد أن يحتاط لنفسه في العقد من تغير الظروف فيدخل من الشروط ما يراه كفيلا لتأمين المخاطر الناشئة عن تغير الظروف فإذا أهمل ذلك فعليه تحمل التزاماته أيا كانت الأسباب و الظروف².

وتطبيقا لنظرية "العقود المطلقة" في القانون الإنجليزي على النحو المألف الذكر فإذا تعاقد مقاول على بناء عقار في موعد معين، وعجز عن ذلك بسبب عيب خفي في الأرضية أحال دون تحقيق عملية البناء التزم هذا المقاول بالتعويض.

¹ تلخص وقائع هذه الدعوى في أن "بارادين" كان قد أجر أرخصه لـ "جين" تطير مبلغ معين، وقبل انتهاء العقد استولى بعض الرجال المسلمين بقيادة الأمير روبرت على الأرض المؤجرة، وطردوا "جين" منها، مما أجهزه عن سداد الأجرة، فطالب "بارادين" المؤجر بالأجرة فرفض "جين" سداد الأجرة عن المدة التي الأرض مستولى عليها لأنّه علىها لأنّه لم ينفع بالأرض، إلا أن المحكمة أمرته بالسداد، جاء في حيثيات الحكم أن المدعى عليه "جين" وقد تعاقد على تحمل هذا الالتزام دون قيد أو شرط، لهذا فإنه ليس له أن يدفع المطالبة بالإستلاء القهري على الأرض لاعفائه من هذا الالتزام، فهنا يجب احترام الالتزام المطلق أو الغير المقيد، سواء تدخلت قوة من الجنود المسلمين واحتلت الأرض أم أحاطت مياه الفيضان بالأرض فحالت دون وصوله إليها فإنه سيظل مع ذلك خاضعا لجميع الالتزامات المنوط به تنفيذها طبقا لأحكام العقد الذي يكون قد أبرمه بارادته الحرة.

راجع في وقائع هذه القضية: الدكتور محمود نديم الخضر، المرجع السابق، ص 193.

² عبد الوهاب على بن سعد الرومي، المرجع السابق، ص 78.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

ذلك فإن تعاقد صاحب السفينة على أن يقوم بشحن سفينته بسماد طبيعي من مكان معين بغرب إفريقيا، يجعله مسؤولاً عن التعويض عن عدم التنفيذ حتى ولو لم يتوافر هذا النوع من السماد في المكان المذكور¹، وكذلك قضى بأنه على المقاول أن ينفذ التزاماته أو أن يدفع التعويض عن عدم التنفيذ، رغم أن التنفيذ أصبح في أعقاب بعض الحوادث غير المتوقعة شاقاً أو مستحيلاً²

المرحلة الثانية: بدأت المرحلة الثانية في عام 1863م عند قيام محكمة الملك بإصدار حكم في قضية "تايلور" و"كادويل" ،³ استطاعت بموجب هذا الحكم أن تخرج نظرية جديدة هي "نظرية الاستحالة" وهي نظرية على النقيض تماماً "نظرية العقود المطلقة".

وتلخص هذه النظرية في أنه إذا هلك محل العقد هلاكاً مادياً خلال الفترة الممتدة بين إبرام العقد وقبل تتفيذه، ينفسخ العقد ولكن بشرط أن لا يكون الهلاك نتائج خطأ أو تقصير من أحد أطراف العقد، وأن لا يكون الحادث ناتج عن خطأ من المدين ولم يكن في الإمكان توقعه.

¹ عبد الوهاب على بن سعد الرومي، المرجع السابق، ص 80.

² Alfred A Hudson et Lan Norman Wallace, Bulding and engineering contrats, London, u.k, 1970, p.52.

³ تلخص وقائع هذه الدعوى في أنه ابرم عقد بين "كادويل" و"تايلور" لترم بموجبه "كادويل" بتسليم "تايلور" صالة رقص وحاتق ملحقة بها ليقيم عدداً من المهرجانات الغنائية في أيام محددة، إلا أنه قبل بداية العرض شب حريق دمر الصالة تماماً، بحيث أصبح تنفيذ العقد مستحيلاً. قام "تايلور" برفع دعوى للمطالبة بقيمة مصروفات الإعلان التي أنفقها للدعائية للمهرجان، وعند عرض النزاع على محكمة الملك قررت أنه ليس من الضروري في كل الأحوال أن يكون شرط الإعفاء من المسؤولية عند تغير الظروف شرطاً صريحاً، فيكتفي أن يكون شرطاً ضمنياً أو مضمراً في العقد، فإذا تبين من طبيعة التعاقد أن تنفيذ العقد لم يكن ليتم وفقاً لتصور المتعاقدين في البداية إلا مع بقاء بعض الأشياء محددة على ما هي عليه عند التعاقد، فإن العقد في هذه الحالة ينشأ مقتضياً بشرط ضمني من مقتضاه إعفاء كل من المتعاقدين من التزاماته العقدية إذا صعب أو حتى استحال عليه تنفيذها بسبب ما قد يكون قد لحق بهذه الأشياء من التلف أو الهلاك المادي، بشرط أن يكون هذا التلف أو ذلك الهلاك غير ناتج عن خطأ أو تقصير أي من الطرفين، وأن يكون ذلك غير داخلاً في توقعاتهم عند صدور العقد.

المرحلة الثالثة: بدأت هذه المرحلة القضاء الإنجليزي سنة 1956م الذي أرسى تظرية **الفشل في تنفيذ العقد**، «Frustration of the contrat» و من المعلوم أن القانون الإنجليزي يأخذ بنظام الموابق القضائية، وهذه الأخيرة بمجموعها تكون ما يسمى بـ«الشريعة العامة»، هذه النظرية وسعت من مفهوم القوة القاهرة، ومفهوم الاستحالة، ومنها يستطيع المدين أن يتحل من التزاماتها إذا لم يتحقق الغرض التجاري من العقد، أي عدم تحقق المنافع المرجوة من العقد والتنفيذ أصبح بدون جدوى اقتصادية¹، وهذا ما أكدته كذلك مجلس اللوردات في إحدى القضایا المعروضة عليه سنة 1956م، حيث قرر « **تكون هناك استحالة تنفيذ عندما يصير التزام المتعاقدين دون خطأ من أي من الطرفين غير صالح للتنفيذ، لأن ظروف تنفيذه حولته إلى شيء آخر مختلف تماماً عن الالتزام الأصلي الذي أنشأ العقد، أي عندما**

¹ لم يبق القانون الإنجليزي عند حدود مما قدم لنا افتراضا آخر سمي معيار استحالة التنفيذ، أو بحالة الإحباط التجاري *La Frustration commerciale* التي قد يتعرض لها المدين وقت تنفيذ العقد. وهي تعني حالة إخفاق المدين كلياً في قدرته على تنفيذ التزاماته والتي يمكن اعتبارها سبباً للإعفاء من المسئولية العقدية. و حالة الإحباط هذه تعود إلى تحليل العقد موضوعياً واعتباره شيئاً متكاملاً ، بحيث لا يتوقف فقط عند معيار التوقع أو عدم التوقع ، أو أن يكون الحادث لا يمكن مقاومته ، إنما ينبغي كذلك النظر إلى تطور الظروف المحيطة بالعقد وأخذ جميع هذه العناصر بنظر الاعتبار كحوادث تؤدي مجتمعة إلى الإعفاء من المسئولية . فإذا فقد العقد خايتها الاقتصادية لطرف من أطرافه ، فهل يستوجب بعد ذلك إكراه المدين على تنفيذ العقد ؟ فعندما يفقد العقد هذه المحصلة الاقتصادية يمكن القول بأن العقد لم يعد وجوده ممكناً. وهذا المفهوم الذي جاء به القانون الإنجليزي ينسجم إلى حد ما مع حاجة العقود التي يطول زمن تنفيذها والتي تسمى بالعقود الطويلة الأجل *Les contrats de longue durée* ، أو في عقود التوريد المستمرة . و بدون شك يبدو موقف القانون الإنجليزي هذا أكثر ملائمة لتطور المعاملات الاقتصادية أو عقود التصنيع ذات التكنولوجيا العالية التي يستهدفها تنفيذ العقد الدولي والتي يطول دائماً زمن تنفيذها . من ناحية أخرى يبدو هذا الحل أكثر مرونة مقارنة بالمفهوم التقليدي للقوة القاهرة في القانون الفرنسي ، كما انه يقربنا من مبدأ الظرف الطارئ . مع ذلك فإن تطبيق مفهوم القوة القاهرة في القانون الإنجليزي يستوجب بعض الافتراضات التي اعتبرها الفقه الإنجليزي سبباً لاستحالة تنفيذ العقد كلياً : هناك من الأحداث ما يكون فيها تنفيذ العقد مستحيلاً بسبب تغير ظروفها أو العجز أو مرض المدين ، أو عندما يتضمن العقد تقديم خدمات شخصية تجعل التنفيذ مستحيلاً بالوفاة أو العجز أو مرض المدين . و يحصل هذا الافتراض عندما يتضمن العقد شرطاً ضمنياً يكون بموجبه التنفيذ معلقاً على قدرة المدين في تنفيذ التزاماته . ويسري نفس الحكم عندما يكون منع السلطات العامة تنفيذ العقد بشكل نهائي أو تجاوز حدود الفترة الممكنة لتنفيذ العقد وقد يصبح إنهاز العقد مستحيلاً عندما تطرأ تعديلات في القانون الداخلي لا تسمح للمدين بتنفيذ التزاماته ، أو إعلان حالة الحرب ، وخاصة عندما يكون أحد طرفي العقد من رعايا الدولة، احمد حمصي، شروط القوة القاهرة في العقود الدولية مجلة الحقوق، كلية الحقوق جامعة بغداد، سنة 2021، ص 220.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

يقول لسان حال المدين أن هذا العقد ليس ماسيق أن وعدت بالوفاء به، فهذه المقوله تكفي لإعفاء المدين من المسؤلية عن عدم التنفيذ.¹

وقد ذهب بعض الفقه في تفسير مصطلح «Frustration»، واعتبره لا يعني شيئاً إذا لم يحدد الأطراف المقصود به، والأحداث التي يواجهها والنتائج المترتبة على تطبيقه، ويعتبر هذا المصطلح له مفهوم اتفافي وليس قانوني يستمد وجوده ونطاقه من تنظيم الأطراف له.²

ويستخلص مما سبق أن الأخذ بفكرة القوة القاهرة في القانون الإنجليزي، مررت بمراحل مختلفة وعرفت عدة نظريات حتى استقرت لما هي عليه في الوقت الحالي، وأن المدين لا يسأل عن تفاصيل التزاماته وليس فقط في حالة هلاك محل الالتزام هلاكاً مادياً، ولكن أيضاً إذا حدثت ظروف غيرت طبيعة الالتزام كلياً.

هذا المفهوم الموسع للقوة القاهرة، يعتبر الاستحالة الاقتصادية سبباً في انتفاء مسؤولية المدين، لأن الغاية والجذور الاقتصادية التي اتفق الأطراف على تحقيقها من إبرام العقد، لم تتحقق نتيجة وقوع ظروف بضوابط وشروط معينة، منعت تحقق مصالح الأطراف، وتحول الالتزام إلى شيء آخر مختلف عن الالتزام الأصلي.

المطلب الثاني: شروط القوة القاهرة في النظرية التقليدية

لكي تتحقق القوة القاهرة وتتضح أثارها بإعفاء المدين من التزاماته التعاقدية، فقد توصل الفقه إلى شروط تتحقق القوة القاهرة بالمفهوم التقليدي، منها ما هو متعلق بالحدث المكون للقوة القاهرة، وما هي الأوصاف التي يجب أن يتسم بها الحدث المكون للقوة القاهرة، إذ يجب أن يكون حدث استثنائي غير متوقع عند إبرام العقد، أن يؤدي إلى استحالة تتفيد العقد استحالة مطلقة، ومن الأوصاف الأخرى منها ما هو متعلق بالمدين، في أن لا يكون

¹ محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 55.

² Maurice Dahan, la pratique française du droit du commerce international, centre français du commerce extérieur, Paris, 1992, P.406.

الحدث الغير متوقع راجعا إلى خطأ المدين ولا يد له فيه، وأن يستحيل على المدين دفع الحدث عند وقوعه.

الفرع الأول: الحدث غير متوقع

يعتبر عدم توقع الحدث عنصرا جوهريا وضروريا في تطبيق نظرية القوة القاهرة بمفهومها التقليدي، بمعنى أن يكون الفعل طارئا بطبعته في حدود المعقول والمأمول، باعتباره الفاصل بين توقع حصول تغير في الظروف المحيطة بتنفيذ العقد و عدم توقعها، فلا وجه للتوقع مثلا في سيول أو فيضانات لم تشهد مثلها منطقة تتفاضل فيها نسبة التساقط، أو كالفيضان الشاذ في نهر معن للملاحة إذ يجب أن يتضمن الحدث المكون للقوة القاهرة بعدم إمكان توقعه، وهو يكون كذلك إذا كان استثنائيا غير متكرر الحدوث، فإن تكرر حدوثه كان متوقعا، فإذا أمكن توقع الحدث حتى ولو استحال دفعه لم يكن قوة قاهرة، ويجب أن يكون الحدث غير مستطاع التوقع لا من جانب المدين فحسب بل من جانب اشد الناس تبصرا و يقظة فمعيار عدم التوقع هو معيار موضوعي لا ذاتي، يتطلب أن يكون عدم إمكان التوقع مطلقا لا نسبيا.¹

وعدم إمكانية توقع الحدث هو أمر متفق عليه في الفقه، كما استقرت المحاكم وقضاء التحكيم على ضرورة توافره إذ أنه من المنطق أن يكون الإنسان مسؤولا إلا في حدود قدرته على التصور و التنبؤ وهو السبب و الدافع الذي جعل كلا من الفقه و القضاء يتلقا بالإجماع على ضرورة أن تكون الأحداث المكونة للسبب الأجنبي عامة لا يمكن توقعها، أو دفعها الحدث المتسبب في تغير الظروف و اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، ينبغي أن يكون طارئا وغير متوقعا.²

¹ عبد الرضا ق. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1981، ص 878.

² محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 78.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

ولقد أكدت محكمة النقض المصرية على ذلك في حكمها الصادر في 19 مارس 1989 حيث جاء فيه: **يشرط في القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ الذي يترب عليه استحالة التنفيذ وينقضي به الالتزام، عدم إمكانية توقعه واستحالة دفعه.**¹

بالرغم من توافق الفقه على ضرورة أن يكون الحدث المكون للقوة القاهرة غير متوقع، فقد ظهر الاختلاف في تحديد مفهوم عدم التوقع ففكرة عدم التوقع لا تقدر بذاتها وإنما بعلاقتها بالظروف المحيطة بالعقد، فالعقد سواء في مرحلة الإبرام أو في مرحلة التنفيذ حيث يهتم بظروف اقتصادية عامة وخاصة، فالظروف العامة تتميز بطابع الانتشار على كافة أفراد المجتمع تمثل في كافة المعطيات المحيطة بواقع إبرام العقد، فقانون العرض وطلب يتحكم بصورة آلية في سعر المواد والسلع والخدمات فكلما كانت الندرة صاحبها ارتفاع الأسعار والعكس صحيح أما الظروف الاقتصادية الخاصة فهي تقتصر فقط على أحد المتعاقدين دون غيره من أفراد المجتمع حسب مركزه الاجتماعي ودرجة ثقافته، وقدراته الفكرية والذهنية.

هذه الظروف الاقتصادية العامة و الخاصة المحيطة بالعقد، لا تتصف بالثبات بل تساير حركة المجتمع و تطوره، مما يؤثر في العلاقات القانونية بصفة عامة، و في الروابط العقدية بصفة خاصة.

وتتنافس مدرستان في تحديد معايير عدم التوقع، هما المدرسة الإرادية والمدرسة الموضوعية.

أولاً: المدرسة الإرادية

¹ قرار المحكمة العليا الصادر في القضية رقم 77660 بتاريخ 19/05/1991، المجلة القضائية لسنة 1993 العدد الثالث، ص 154.

يرى أنصار هذه المدرسة أن التوقع يتعلق بالطرفين المتعاقدين دون سواهما خارج العقد، وحسب أنصار هذه المدرسة فإن التوقع مرتبط بكل متعاقد وظروفه الخاصة، ذلك أن العقد يجد أساسه في طرفيه دون أن يتجاوزهما،¹ ولذلك لا يمكن الاعتماد على معيار واحد في تحديد درجة عدم التوقع، وإنما توجد عدة معايير تراعي مركز المتعاقد ودرجة تفكيره ودراساته وثقافته وقدرته الذهنية وإدراكه،² فيوجد مثلاً معيار للمثقفين و معيار للفلاحين وأخر للتجار وهكذا.

فالمعايير تختلف حسب كل متعاقد مع الأخذ بعين الاعتبار لثقافته و إدراكه وسلوكه فحسب المدرسة الإرادية لا يمكن أن يقام عدم التوقع بمعايير عام، بل يجب أن يكون هناك معيار خاص لكل فئة من مكونات المجتمع، معيار للأطباء ومعيار للفلاحين ومعيار للمثقفين، بل داخل كل فئة يجب أن يعامل كل فرد على حسب قدراته وثقافته وإمكانياته الخاصة.

لذلك فقد تعرضت المدرسة الإرادية للنقد فيما ذهبت إليه من ضرورة النظر لكل متعاقد على حدا بناء على عوامل نفسية وذهنية، قد لا يسهل تحديدها أو التتحقق منها، كما أن التباين الكبير في ظروف و قدرات الأشخاص يؤدي بدوره إلى تنوّع الحلول و اختلاف الآراء.³

و من ناحية أخرى فإن الأخذ بمفهوم عدم التوقع حسب المدرسة الإرادية يقود إلى القول بتوافر عدم التوقع حتى ولم يمن ذلك موجوداً في الواقع و الحقيقة، ما دام عدم التوقع حدث من وجهة نظر الشخص ذاته دون حدوثه في الواقع.

¹ نزيه محمد الصادق المهدى، بحث بعنوان "محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام"، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الأول و الثاني، السنة 1979، ص.30.

² حسب الرسول الشيخ الفرازى، اثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي، في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، سنة 1979، ص.337.

³ حسب الرسول الشيخ الفرازى، المرجع السابق، ص.340.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

والأخذ برأي المدرسة الإرادية يعتبر غير منطقي وغير عادل لأنه ينافي المنطق القانوني الذي يقضي بتوحيد الأحكام لا التمييز بينها بحسب الأفراد الذين سيخضعون لها، حسب كفاءتهم فإذا طلب الأمر وضع المعايير وجب توحيدها حتى ولو اقتضى ذلك بناءها على الغالب الأعم من الأحوال.¹

كما أن قواعد العدالة تقضي بعدم التمييز بين الأفراد في المعاملة دون مبرر والأخذ برأي المدرسة الإرادية فيه محاباة وتمييز بين فئات المجتمع فهو يفاضل محدودي الثقافة ويفسّر على طائفه المتفقين دون أن يرتكب أفراد هذه الفئة أي ذنب يبرر ذلك لمجرد أن هذه الأخيرة تتمتع بعلم أكثر أو بوسائل أكبر تمكنها من التوقع بنسبة أكبر من الأولى.

ثانياً: المدرسة الموضوعية

تقوم المدرسة الموضوعية على تجريد رابطة الالتزام من طرفيها و النظر إليها نظرة موضوعية،² فدرجة تقدير عدم التوقع لا تتم بالنظر إلى شخص المتعاقد أو ظروفه الخاصة، بل ينظر إلى الأحوال والظروف الموضوعية التي أحاطت بالعملية التعاقدية، ومعنى ذلك يجب أن يكون الحدث الغير متوقع استثنائي وغير عادي، أي أنه يتجاوز التغيرات التي يكون توقعها طبيعياً ومعتاداً لحظة إبرام العقد.³

تعتمد هذه المدرسة في تقدير عدم التوقع، على وجود قرينة غير قابلة لإثبات العكس على عدم التوقع وذلك بصرف النظر إن كان كلا طرفي العقد أو إحداهما توقع هذا الحدث أولاً م يتوقعه، و تتمثل هذه القريئة في أن سبب الاتفاق مفهوم على أساس أنه الهدف

¹ رشوان حسن رشوان احمد، اثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، سنة 1994، ص 440.

² نزيه محمد صادق المهدى، المرجع السابق، ص 80.

³ ميثاق طالب عبد حمادى الجبوري، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2017، ص 275.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

الموضوعي للاتفاق يمسه التغيير مساساً كبيراً بحيث لا يمكن أن كان هناك حسن نية أن يطلب من المدين القيام بالتزاماته، في حين أن مراعاة استمرار معانٍ الاتفاق نفسه تتطلب التوقف.¹

وعلى هذا الأساس تم توجيه النقد للمدرسة الموضوعية، على أنها تفرض فرينة موضوعية مجردة من كل اعتبار شخصي لفكرة التوقع.

ونظراً للنقد الذي تعرضت له المدرستين الإرادية والموضوعية، فقد ذهبت الغالبية من الفقهاء إلى القول أن التوقع لا يمكن النظر إليه وقياسه من جانب الظروف الشخصية للمتعاقد، وإنما يجب أن يقاس أيضاً بالظروف التي أحاطت بالعملية العقدية، ومن هنا ظهر معيار "الرجل المعتاد"² أو ما يسمى "بالمعيار الموضوعي المرن" الذي يوضع في نفس ظروف الشخص المتعاقد فإن لم يتوقع هذا الرجل المعتاد وقوع الحدث المكون للقوة القاهرة تحقق الشرط.

أما إذا كان الرجل المعتاد قد توقع تغير الظروف بمعنى أنه توقع الحادث فهنا يستبعد الأخذ بفكرة القوة القاهرة.³

ومن هنا يظهر أن الأخذ بالمعيار الموضوعي المرن، يتوقف على توقع أو عدم توقع الرجل المعتاد، إذا وضع في نفس ظروف الشخص المتعاقد، فهو لا يتطلب أن يكون المتعاقد من ذوي التفكير الثاقب و العبرية الفذة، كما لا يتطلب أن يكون من ذوي التفكير

¹Caviedes, De la clause "Rebus sic statiques" à la clause de révision dans les conventions internationales, 1966, P.172.

² بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2007، ص 197.

³ محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 80.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

الضحل أو الهمة المتقاعسة، أو من المهملين وذوي الغفلة، الذين لا يقدرون الأمور تقديرًا سليماً، بل يجب أن يكون شخصاً وسطاً بين الاثنين ومنهم أغلبية المجتمع.¹

ولغرض معرفة أن حدثاً ما يعد متوقعاً أم لا وفقاً لهذا المعيار، فهو يتوقف على مدى تمكن الرجل المعتاد المتوسط الفطنة و الذكاء، الذي يوضع في نفس ظروف الشخص المتعاقد، و يكون محاطاً بنفس المعطيات والظروف من توقع الحادث وقت التعاقد، فلا يعد حدثاً غير متوقع، لأنّه سوف يعتبر من ضمن الاحتمالات المألوفة التي ينبغي للرجل المعتاد معرفتها كارتفاع أو هبوط مألفين في الأسعار.

أما إذا كان الحدث مما لا يمكن للشخص المعتاد أن يتوقعه عند التعاقد، كونه من الاحتمالات الغير مألوفة التي تفاجئ المتعاقد، و ليس بوسعه أن يتفطن لها عند إبرام العقد.²

وعلى الرغم من أن معيار "الرجل المعتاد" أو "المعيار الموضوعي المرن" يستجيب لمقتضيات العدالة و المنطق إلا أنه لم يسلم هو الآخر من النقد للأسباب التالية :

1) يؤسس هذا المعيار التوقع و عدم التوقع على قرينة موضوعية غير واقعية تبتعد عن الحقيقة مما يجعل درجة التوقع في بعض الأحيان مبنية على الافتراض و لا وجود لها في الحقيقة.³

2) إهمال هذا المعيار لجانب الشخص المتعاقد كليّة و اعتماده على الشخص المعتاد الذي في الحقيقة ما هو إلا تصور فقهي القصد منه الحفاظ على استقرار التعامل في المجتمع.

¹ حسب الرسول الفرازى، المرجع السابق، ص340.

² ميثاق طالب عبد حمادى الجبوري، المرجع السابق، ص277.

³ رشوان حسن رشوان، المرجع السابق، ص443.

3) تغير الظروف حسب هذا المعيار لا يكون غير متوقع إلا إذا مس سبب وجود العقد ولا يمتد إلى المراكز الناشئة عن الرابطة العقدية.¹

ونتيجة للنقد الذي وجه إلى المدرسة الموضوعية، قال بعض الفقهاء من أصحاب هذا الرأي بمعيار آخر سمي بـ"المعيار المختلط أو "معيار المتعاقد النظير" الذي يقوم على أساس النظر إلى التوقع من وجهة نظر شخص يكون في مستوى المتعاقد أو نظير له.

فعلى سبيل المثال إذا كان المتعاقد فناناً يجب أن يكون النظير فناناً، فإذا اتضح أن هذا الشخص النظير كان يتوقع الحادث عند التعاقد، عد شرط عدم التوقع متخلفاً، وإذا كان الشخص النظير لا يتوقع الحادث عند إبرام العقد، عد شرط عدم التوقع متوفراً.²

والحقيقة أن معيار المتعاقد النظير، لم يأتي بجديد، وأنه ردد نفس مفهوم التوقع لدى المدرسة الموضوعية المرننة، التي أخذت بمعيار الرجل المعتاد إذا ما وضع في النفس الظروف التي تحيط بمعطيات ظروف المتعاقد، أي أنها لم تنظر إلى الرجل المعتاد بمعزل عن المتعاقد و لكنها إحاطته بما كان يحيط بالمتعاقد من ظروف ومعطيات.

ولا شك أن من أهم ما يجب أن يرعي من ظروف المتعاقد، ويجب أن يؤخذ في الحسبان عند تقدير التوقع، هو مستوى المتعاقد المهني، الثقافي، الاجتماعي وسنّه.

هذا وقد ثار الخلاف بين الفقهاء في مسألة التوقع أو عدمه، إذ يتوجب أن يبحث من ناحية النتائج أو الآثار التي تترتب على الحادث أو الطارئ³، فالمدرسة الإرادية اشترطت عدم التوقع من قبل المتعاقد، و اشترطت المدرسة الموضوعية عدم التوقع بالنظر إلى

¹ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص278.

² حسب الرسول الشيخ الفزاري، المرجع السابق، 242.

³ محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص83.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

العملية التعاقدية و بالظروف والمعطيات التي أحاطت بها، قياساً في ذلك على الرجل المعتاد.

ولحسن مسألة التوقع وعدمه يجب التوفيق بين المعيارين الإرادي والموضوعي، وإن كان هذا التوفيق لا يتم عن طريق التوازن المطلق بين المعيارين في خلق معيار جديد، وإنما يجب تغليب جانب على آخر، تبعاً للظروف والحالات، فعلى سبيل المثال في نظرية القوة القاهرة يجب تغليب الجانب الشخصي على الجانب الموضوعي، و في نظرية الظروف الطارئة يجب تغليب الجانب الموضوعي على الجانب الشخصي، وذلك بالنظر إلى النصوص القانونية المنظمة لأحكام كل منها.¹

وعلى الرغم من وجاهة هذا الرأي في أن التوقع يجب أن يكون للحادث و أثاره و ليس فقط للحادث، من خلال التوفيق بين رأي المدرسة الإرادية والمدرسة الموضوعية بطريقة تبادلية بحسب ظروف كل حالة، إلا أن الراجح حسب الفقه الحديث أن الأخذ بفكرة "الرجل المعتاد" في مسألة التوقع هو الصواب، لأنه يأخذ بالفكترين الإرادية والموضوعية فهو يشترط في "الرجل المعتاد" أن يكون في نفس ظروف المتعاقد، ويدخل في ذلك جوانبه الشخصية مركزه الاجتماعي ودرجة تفكيره ودراساته وثقافته وقدرته الذهنية و إدراكه، و من جهة أخرى يراعي نفس الظروف التي كان فيها المتعاقد، و يدخل في ذلك كل الظروف والوقائع والملابسات والأحوال التي تحيط بالعملية التعاقدية ذاتها.²

و يعني ذلك ضرورة قيام المدين بكل ما في وسعه لتفادي وقوع الحدث باتخاذ ما يلزم من احتياطات و إجراءات لمنع وقوعه، فإن لم يكن ذلك ممكناً، فعليه أن يحاول تفادي كل

¹ رشوان حسن رشوان، المرجع السابق، ص 447.

² شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 94.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد، و من ذلك الآثار الضارة للحدث على العملية العقدية.¹

ويمكنا أن نخلص من ذلك أن معيار "الرجل المعتاد" هو معيار توفيقي بين المدرسة الإرادية والمدرسة الموضوعية في التوقع، والاعتماد على معيار واحد دون الآخر يتناهى ومبادئ العدالة والقانون وقد يؤدي إلى إصدار أحكام مخالفة للواقع، لن فكرة التوازن المالي للعقد أساسها العدالة التعاقدية، التي سعى كل طرف إلى تحقيقها عند إبرام العقد و تنفيذه، وهذا الأمر لا يستقيم حسب وجهة نظرنا، إلا عن طريق الأخذ برأي المدرستين والتوفيق بينهما في مسألة التوقع.

الفرع الثاني: القوة القاهرة حدث غير ممكن دفعه "Irrésistible"

لا يكفي حسب الفقه والقانون شرط عدم التوقع لتحقق القوة القاهرة التي تحل المتعاقد من التزاماته التعاقدية، إنما يتشرط عدم قدرة المدين على دفع الحادث الغير متوقع، وهو الشرط الذي يلعب دورا هاما في تحديد مفهوم القوة القاهرة، ويعتبره بعض الفقهاء عنوانها الرئيسي في كل التعريفات التي قيلت في القوة القاهرة.²

كما يعد شرط عدم القدرة على دفع الحادث شرطا لصيقا بالمدين أكثر منه وصفا للحادث المكون للقوة القاهرة، فهو مرتبط بعدم قدرة المدين على دفع حالة القوة القاهرة، وعليه إثبات الطابع القهري لهذا الحادث الذي جعله عاجزا عن تنفيذه، فلو استطاع دفعه فلا يعد قوة قاهرة.

¹ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 253.

² محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 111.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

ولو توفر شرط عدم التوقع، وعلى المدين أن يثبت أنه بذل الجهد المعقول واستخدم كل السبل لتجنب وقوع الضرر.¹

ويقصد بعدم القدرة على دفع الحادث وجود عقبات لا يمكن دفعها، ولا يمكن التغلب عليها، وإن المدين بذل كل ما في وسعه لتجنب الضرر، حتى يتحلل من مسؤوليته العقدية، أما إذا كانت هناك سبل يمكن من خلالها تجنب الضرر غير تلك التي انتهجها المدين، فلا تتحقق القوة القاهرة، ويكون المدين مقصراً ما لم يفعل كل ما في استطاعته لتجنب الضرر وأثاره،ة لا يستطيع دائنه تحمل نتائج تقصيره،² فالقدرة على عدم الدفع تتطلب أن يبذل المدين قصارى جهده وإن لا يتكاسل أو يتهاون من جانبه، بل يجب عليه أن يحاول تحاشي الحدث ببذل جهد معقول.³

وحتى تتحقق القوة القاهرة وتنتفي معها مسؤوليته عن الضرر الذي أصاب الرابطة العقدية، فالحدث الذي يكون قوة القاهرة يجب أن يجعل من تنفيذ التزام المدين مستحلاً استحالة مطلقة، ولا يمكن دفعه بأي وسيلة كانت.

¹ حيث جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 02-06-1991 في قضية مؤسسة ميناء: "يشترط وجود القوة القاهرة التي تعفي الناقل من المسؤولية أن يثبت عدم القدرة على التوقع و عدم القدرة على المقاومة، و من ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفًا للقانون"، و يتعلق موضوع القضية في أن شركة (ارمادوريانا فيرياروزيتوس) مجهزة سفينة (جيانيسكاسيلاس) طعنت في القرار الصادر عن مجلس قضاء وهران بتاريخ 10-06-1987 و الذي رفض الاعتراف بطابع القوة القاهرة للحدث الذي أدى إلى خسائر في ميناء وهران اثر ارتطام السفينة برصيف الميناء وأقرت المحكمة العليا أن العاصفة التي ضربت السواحل الغربية للجزائر ومنها ميناء وهران يوم 28-12-1980 تكتسي طابع القوة القاهرة نظراً لقوة رياحها، إذ لم يتمكن طاقم السفينة من اجتناب ارتطامها بالرصيف الراسية بجانبه، بعدما أعطى طاقمها الأمر بالإقلاع، ونظراً لامتناع قيادة الميناء عن تقديم المساعدة وذلك على فرض أنه كان في استطاعة قائد السفينة أن يتباً بوقوع تلك العاصفة على اعتبار خبرته كبحار و ما تتوفر عليه السفينة من آلات كما جاء في القرار و عليه تم قبول الطعن، قرار المحكمة العليا، بتاريخ 1991.06.02، المجلة القضائية، سنة 1993، ج.2، ص.147.

² محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2009، ص198.

³ غاري عبد الرحمن ناجي، التعاون الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، منشورات مركز البحث القانونية ببغداد، العراق، سنة 1986، ص.91.

ويقصد من ذلك أن الحدث أصبح محقق الواقع ومحقق النتائج ولا حيلة للمدين في التغلب عليها بأي وسيلة متحدة لديه، أو باستطاعته التقليل من شأنها بعدها يكون قد بذل كل ما في وسعه لتجنب الضرر، وقدم في سبيل ذلك بعض التضحيات.¹

الفرع الثالث: خارجية حدث القوة القاهرة "Extérieur"

حتى تستكمل القوة القاهرة شروطها، يجب أن تنتفي العلاقة السببية بين الحدث و فعل المدين، أي لا يمكن إسناد وقوع الحدث المؤدي إلى القوة القاهرة بأي حال من الأحوال إلى فعل المدين، ولا يكون له يد فيه.

وفي هذا الصدد قضي بأنه: "يشكل الإضراب حالة القوة القاهرة إذا كانت أسبابه خارجية لا يمكن صاحب العمل من تجنبها، و لكن لا يكتسب الحدث خاصية القوة القاهرة ان كانت أسباب الإضراب ترجع في حقيقتها إلى خلل في النظام الداخلي للمشروع، حيث يمكن رب العمل من وضع حد له بالتنازل عن بعض الحقوق للمضربين"²، و يعبر بعض الفقه عن هذا الشرط "بركن الخارجية" و قرر أن الخارجية هي المعيار المميز للقوة القاهرة إلا إذا كانت قادمة من خارج الشئ.

أما القانون المدني الجزائري فيعبر عن خارجية الحدث المكون للقوة القاهرة من خلال المادة 176 بعبارة: "...ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه".

وقد حاول بعض الفقهاء تعريف السبب الأجنبي فقالوا انه: كل أمر غير منسوب إلى المدين ترتب عليه استحالة التنفيذ، مما أدى بالحاق ضرر بالدائن"³، و من هنا يمكننا القول انه لكي يتحقق الشرط يجب أن يكون الحدث منقطع الصلة تماما بالمدين، ولا يد له

¹ شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 102.

² Kahn (Philip), Force majeure et contrats internationaux de longue durée, J.D.I, édition clunet, 1975, P476.

³ عبد الحكيم فوده، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، دار الناشر للمعارف بالإسكندرية، مصر، طبعة 1999، ص 322.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

فيه، بحيث لا يمكن إسناده إليه بأي حال من الأحوال فإذا كان السبب الأجنبي يتطلب أمراً ما فإن هذا الأمر سيكون "خارجية الحدث" عنده يدعى ولكون القوة القاهرة سبباً أجنبياً فيجب أن تكون أجنبية عن المدين.

ويدور ضمنه شرط انقطاع صلة الحدث عن المدين، بين النظرة الإرادية والمادية، وتعني النظرة الإرادية أن انقطاع صلة الحدث بالمددين يعني أن يكون الحدث مستقلاً عن إرادته، وليس بالضرورة أن يقع خارج نطاق عمل أو نشاط المدين، فالخارجية حسب هذه النظرة ليست إلا اشتراك المدين في طرورة الحدث واستحالة مقاومته.

أما النظرة المادية لشرط انقطاع صلة الحدث عن المدين، و يسمى في بعض كتب الفقه "بشرط الخارجية المادية" في أن يجد الحدث مصدره خارج الشخص المدين وخارج نطاق نشاطه.

نادى بهذا الاتجاه الفقيه «Exner» عند قيامه بدراسة أثر القوة القاهرة في عقد النقل حيث ذكر أنه: "منذ القانون الروماني لاحظ أن مسؤولية أصحاب الفنادق والسفن تقوم على أساس خطأ مفترض لا يحتمل إثبات العكس ومن ثم تفرض عليهم نوعاً من التأمين، لأنهم أقدر من أصحاب الودائع على الإلمام بظروف هلاك تلك الودائع، وعلى إقامة الدليل على هذه الظروف، وفي هذه الظروف أجيزة الدفع بالقوة القاهرة في الأحوال التي يثبت فيها أن الضرر لم يحدث بفعل أمين النقل، كحوادث الطبيعية وغارات العدو، الأمر الذي لا يدع مجالاً للشك في تصرفات المدين و مسلكه و حتى يشكل الحدث قوة قاهرة يجب أن يتوافر له ركناً هما الخارجية المادية و الأهمية و الشهادة".¹

¹ Adolphe Exner, la notion de la force majeure. Théorie de la responsabilité dans le contrat de transport, Ed Seligman, Paris, France, 1982, P.96.

وبحسب مفهوم الأستاذ¹ Exner فالخارجية المادية تعني توافر حالة القوة القاهرة المعفية من المسؤولية، أما الحادث الفجائي فلا يعفي المدين من المسؤولية.

ومن خلال ما سبق الإشارة إليه فإن القوة القاهرة، وبحسب مفهومها التقليدي، تجعل تنفيذ التزام المدين مستحيلاً استحالة مطلقة و هي أقصى درجة يبلغها تأثير القوة القاهرة على قدرة المدين في تنفيذ التزاماته، كما أن كل التشريعات الوطنية وهيئات التجارة الدولية و قرارات التحكيم التجاري الدولي، توصف الحدث بأنه قوة قاهرة إذا كان غير متوقع.

المبحث الثاني: أثر القوة القاهرة في العقد التجاري الدولي

إن الحديث عن المفهوم التقليدي للقوة القاهرة في النظم القانونية المختلفة والقانون الدولي الموحد للتجارة الدولية، واتفاقية الأمم المتحدة لاهي 1964م وفيينا 1980م للبيع الدولي للبضائع² ، يجرنا إلى الحديث عن أثر القوة القاهرة في تنفيذ العقد التجاري الدولي، إذا توفرت في الحدث المفاجئ مجموعة من الشروط تؤدي استحالة لاحقة على تنفيذ العقد، والتي تعني عدم القدرة على القيام بالأداء لمحل الالتزام.

ولذلك مستطرقاً من خلال هذا المبحث إلى دراسة أثر القوة القاهرة في الالتزام العقدي، المتمثلة في استحالة التنفيذ كأثر مميز للقوة القاهرة في عقود التجارة الدولية، و نقصد من خلال دراستنا الاستحالة اللاحقة على إبرام العقد دون تلك السابقة على إبرامه، كما لا تشمل دراستنا الاستحالة الناتجة عن خطأ أو فعل المدين بل الاستحالة الناتجة عن وقوع حدث أجنبي عن المدين و التي تؤدي إلى عدم القدرة على القيام بالأداء محل الالتزام.

لهذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين المطلب الأول استحالة التنفيذ (الاستحالة المطلقة)، والمطلب الثاني نتناول فيه (أثار القوة القاهرة على مصير العقد).

¹ سليمان مرقص، عناصر القوة القاهرة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، سنة 1936، ص 222.

² سوف نفصل مفهوم القوة القاهرة في الانفاقتين من خلال الفصل الثاني من هذه الرسالة، المبحث الأول تحت عنوان، مفهوم تغير الظروف في الاتفاقيات الدولية.

المطلب الأول: الاستحالة المطلقة (استحالة التنفيذ)

تفق جميع النظم القانونية والاتفاقيات الدولية على اعتبار الاستحالة سبباً لإعفاء المتعاقد من التزاماته التعاقدية بسبب أجنبي، هذا المفهوم لا يتعارض ومبدأ القوة الملزمة للعقد.

ونقصد بالاستحالة هنا التي حدثت في تاريخ لاحق لإبرام العقد فإذا كانت قائمة قبل التعاقد فإن العقد يكون باطلاً لاستحالة محله،¹ لأن ت تعرض دولة إلى حصار اقتصادي ويرم العقد يلتزم من خلاله أحدهما أن يقدم شيئاً يتعين استيراده من الدولة المضروب عليها الحصار، مع علمهما أن هناك استحالة كاملة لتنفيذ هذا الالتزام، فهنا العقد لا ينعقد لاستحالة المحل، إذ يتشرط في المحل أن يكون ممكناً و من ثم يكون العقد المبرم بين الطرفين باطلاً لاستحالة المحل، فما هي الاستحالة (الفرع الأول)، وما هي تقسيماتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المقصود بالاستحالة المطلقة

إن المفهوم اللغوي والمنطقي لاستحالة يعني عدم القدرة على القيام بالأداء محل الالتزام، وهو ما تستوي فيه الاستحالة التي تعود إلى فعل أو خطأ المدين، مع الاستحالة التي تخرج عن إرادته،² حيث أن القانون نظم أحكام الاستحالة الراجعة إلى الفعل أو خطأ المدين

¹ عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص 197.

² Il est des cas dans lesquels le débiteur est exonéré de sa responsabilité résultant de l'inexécution de son obligation; est exonéré des conséquences de son exécution, le débiteur qui établit que celle-ci est dû à un empêchement qui échappe à son contrôle et dont on ne pouvait raisonnablement entendre de lui qu'il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il le prévienne ou le surmonte ou qu'il en prévienne ou en surmonte les conséquences.

Stéphane Chatillon, Le contrat international, Vuibert, 3. Ed, Paris, France, 2007, p.174.

على نحو لا يقل من مسؤولية هذا الأخير، بعكس الاستحالة الراجعة إلى سبب أجنبي التي تنظم حكمها على نحو مختلف ومتغير.¹

هذا وتفق جميع النظم القانونية والاتفاقات الدولية على اعتبار استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي يوصف بالقوة القاهرة من أسباب إعفاء المدين من الوفاء بالتزاماته، أمر يتفق عليه كذلك الفقه و ما تواترت عليه أحكام القضاء والتحكيم،² إلا أن اتجاهات الفقه والقضاء بالرغم من اتفاقهما في وصف الحدث الأجنبي بالقوة القاهرة المؤدي إلى استحالة التنفيذ، إلا أنهما اختلفا في تحديد المقصود بهذه الاستحالة.

فالتشريعات اللاتينية استعملت مصطلح استحالة التنفيذ "Impossibilité d'exécution" واستحالة التجنب "Inévitabilité" ، استحالة الدفع أو المقاومة" Irrésistibilité" ، واستحالة التخطي أو التجاوز "Insurmontabilité" ، و من أجل الوصول إلى تحديد دقيق لمفهوم استحالة التنفيذ موضوع دراستنا في هذا المطلب، يتعين علينا تحديد مدلول المفاهيم المختلفة للاستحالة وفقا للتشريعات التي جاءت بها و حسب المصطلحات المستعملة في المحاكم.

أولا: استحالة التخطي أو التجاوز "Irrésistibilité" فالفقه يميز بينها وبين استحالة الدفع "Irrésistibilité" فيرى الفقه أن استحالة التخطي أو التجاوز أنها تصف النتيجة التي تترتب على وقوع الحدث، أما الثانية فهي تصف الحدث ذاته، و لذا يعرفون القوة القاهرة بأنها حدث لا يمكن مقاومته، يؤدي إلى نتائج لا يمكن تجاوزها أو التغلب عليها،³ تتحقق الاستحالة عندما يتعرض المدين إلى ظروف أو إحداث غير متوقعة وخارجية عن إرادته، لا يستطيع

¹ رشوان حسن رشوان أحمد، المرجع السابق، ص474.

² شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص96.

³ محمود نديم الخضر، المرجع السابق، ص106.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

معها أن يدفع أو يتجنب وقوعها، أو يتجاوز آثارها بحث يجعل تنفيذ التزاماته التعاقدية أمراً مستحيلاً.¹

ثانياً: و يفرق البعض بين استحالة التنفيذ و استحالة الدفع حيث تصف الأولى النتيجة وتصف الثانية الحدث نفسه وهي تنقسم بدورها إلى استحالة التجنب "Inévitabilité" واستحالة التخطي أو التجاوز "Irrésistibilité" ، وكلاهما لازم لوصف الحدث، و في هذا المدلول قال الأستاذ "Radouant": إن هذه التفرقة تحتاج إلى تحليل دقيق، لأن الحدث يمكن أن يضع المدين في موضع استحالة التنفيذ على الرغم من أنه يمكن دفعه، و على العكس من الممكن ألا يقاوم الحدث أو يدفع دون أن يضع في حالة استحالة التنفيذ.²

ثالثاً: استحالة التنفيذ "Impossibilité d'exécution" والذي يقرب الفقه بينها وبين استحالة الدفع "Irrésistibilité" و يعتبرهما متراجنان، و يذهب أنصار هذا الرأي إلى القول أن استحالة الدفع تشمل بالمعنى الواسع استحالة التنفيذ و لذا يرون أنه: توجد استحالة الدفع عندما يتواجد المتعاقد في استحالة مطلقة absolue impossibilité في تنفيذ العقد.³

هذا المفهوم في التعبير عن استحالة التنفيذ لا يقتصر على التشريعات وأحكام القضاء، بل تأخذ به كذلك الاتفاقيات الدولية والشروط والمبادئ العامة في مجال التجارة الدولية، فقد أشارت إليه اتفاقية لاهاي 1964 والتي نصت المادة 74 منها على أنه: "في حالة إخلال أحد الأطراف بتنفيذ التزاماته فلن يكون هذا الطرف مسؤولاً عن عدم التنفيذ، إذا ثبت أن هذا الإخلال جاء نتيجة ظروف لا يلتزم بأخذها في الاعتبار أو تجنبها أو

¹ محمد محسن علي، الالتزام بإعادة التفاؤض في عقود النفط، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2019، ص 242.

² شريف محمد غنام، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 97.

³ شريف محمد غنام، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 99.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

التغلب عليها وفقاً لنية الأطراف وقت إبرام العقد، وفي غياب هذه النية ينظر إلى ما يعتزم فعله الأشخاص العاديون في حالة مماثلة¹.

ويلاحظ أن نص المادة من اتفاقية لاهي للبيع الدولي للمنقولات المادية تفادت استعمال مصطلح الاستحالة أو القوة القاهرة واعتمدت على المعيار الموضوعي² في الإعفاء من التعويض وهو نفس الأمر الذي ذهب إليه واضعوا القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع و لم يستعملوا مصطلح القوة القاهرة أو الاستحالة و لكنهم تناوله تحت عنوان الإعفاءات كما نصت عليه المادة 74 الفقرة 1 بقولها: "إذا لم ينفذ أي طرف التزاماً من التزاماته، فلا يكون مسؤولاً عن عدم التنفيذ، هذا إذا ثبت أنه يرجع إلى ظروف لم تكن في حسبان الأطراف عند إبرام العقد و لم يمكن تجنبها أو توقيفها و لم يكن تخطيها".

أما المادة 79 الفقرة 1 من اتفاقية فينا 1980م للبيع الدولي للبضائع تصف الحدث المعني من المسؤولية بقولها: " بأنه حدث لا يمكن تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه"³، ويتبين من نص الاتفاقية أنها تساوي بين الحدث و نتائجه في وصف كل منهما بأنه مستحيل في تجنبه ومستحيل في توقيفه أو تجاوزه، ويعبر الفقيه -راديو كوفيفيش- عن هذه الحقيقة بقوله: "أن القوة القاهرة لا تنطبق إلا إذا كان الحدث الطارئ يمثل عقبة مطلقة تمنع التنفيذ، وبالتالي تعتبر سبباً للتخلص الكامل للمدين عن المسؤولية عن عدم التنفيذ".⁴

¹ المادة 74 من اتفاقية لاهي لسنة 1964 المتعلقة بالبيع الدولي للمنقولات المادية.

² محمد عبد الله محمود، طبيعة القوة القاهرة في عقد البيع الدولي للبضائع، دراسة في تصدير الغاز المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، سنة 2015، ص 302.

³ المادة 79 الفقرة الأولى من اتفاقية فينا تنص "لإيصال أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذا ثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته و أنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه".

⁴ محمود نديم الخضر، المرجع السابق، ص 109.

الفرع الثاني: تقسيمات الاستحالة المطلقة

اختلفت الآراء الفقهية العديدة في تقسم الاستحالة الناتجة عن الحدث المكون للقوة القاهرة منها التي أخذت بمعيار درجة الصعوبة وهذه التقسيمات تمثل في الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية، ومنها التي اعتمدت على معيار طبيعة الاستحالة التي تقسم إلى استحالة مادية، واستحالة قانونية واستحالة اقتصادية.

ولكننا حاولنا ان نقرب بين هذه الآراء من خلال درجة الصعوبة في التنفيذ والتي تمثل الجانب العملي في عقود التجارة الدولية ومعيار طبيعة الاستحالة الذي يمثل الأثر المباشر على تغير ظروف تنفيذ العقد التجاري الدولي والتي سنتناولها على النحو التالي:

أولا: الاستحالة المادية

تمثل الاستحالة المادية¹ إحدى أكثر الصور حدوثا في الحياة العملية والأكثر وضوحا في حكمها² والاستحالة المادية تكون إما بفعل يقوم به الإنسان كقيام عمال المصنع بإضراب عن العمل مما ينجر عنه عدم الالتزام بتسليم البضاعة في الوقت المحدد، وأما تكون بفعل العوامل الطبيعية كحدوث الزلازل والكوارث الطبيعية وحدوث الفيضانات التي تؤدي إلى هلاك محل الالتزام بل إن الاستحالة المادية تمتد إلى حالة وفاة الملتزم في العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي.

تكتسي الاستحالة المادية أهمية بالغة في القانون الإنجليزي الذي كان حتى في أواخر النصف الثاني من القرن التاسع عشر لا يعفي المتعاقد من التزاماته التعاقدية بفعل تغير

ابطلق بعض الفقه على الاستحالة الفيزيائية لأنها تتصف على العين محل الالتزام ، فهي ترجع كما يرى الفقه إلى استحالة الشيء في ذاته لا إلى استحالته بالنسبة للمتعاقدين، انظر في ذلك عبد المجيد حكيم، الوسيط في نظرية العقد، الجزء الأول في اتفاق العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، سنة 1967، ص 362.

² رشوان حسن رشوان أحمد، المرجع السابق، ص 477.

ظروف العقد، على أساس أن المتعاقدين كان بإمكانه أن يأخذ الاحتياطات لمثل هذه التغيرات بإدراج من الشروط ما يسمح له بتأمين مغبة تغير الظروف وإن لم يفعل فلا يلمن إلا نفسه.¹

وبعد ذلك تبني القضاء الإنجليزي نظرية الاستحالة التي تقضي بفسخ العقد، إذا ما هلك محله بعد إنشاء الرابطة العقدية و ذلك بعد حادثة تيلور وكادويويل²، والتي من خلالها قضت محكمة الملك أن الالتزام بتنفيذ العقد، يكون وفقاً لما هو متفق عليه، ما لم يوجد هناك شرط يقضي بخلاف ذلك، فإن وجد مثل هذا الشرط وجب إعمال حكمه³ وأضافت المحكمة أنه ليس من الضروري أن يكون مثل هذا الشرط صريحاً، بل يستوي الأمر بالنسبة له، في أن يكون الشرط صريحاً أو ضمنياً، ومثل هذا الشرط يكون مكتوناً في العقد، يقضي بفسخه في حالة استحالة التنفيذ، والاستحالة المقصودة هنا هي الاستحالة المطلقة لالنسبة والتي من خلالها ابتدع القانون الإنجليزي نظرية انهيار العقد "Frustration" ، وهي نظرية جاءت للتخفيض من الصرامة في تطبيق نظرية العقود المطلقة (theory of absolute contracts) التي سبق أن أشرنا إليها سابقاً والتي تقضي بتنفيذ المطلق للعقد (strict performance) وتكمّن أهمية الاستحالة المطلقة في تطبيق نظرية "Frustration" ، والتي أشارت إليها الأحكام الصادرة من المحاكم البريطانية.

¹ قضت محكمة منصة الملك في سابقة "باردين" و "جين" و التي تلخص وقائعها في أن "باردين" كان قد أجر أرضاً لـ "جين" نظير مبلغ محدد من المال وقبل نهاية فترة الإيجار استولى مسلحون على الأرض و طربوا المستأجر منها، وعندما طلب المؤجر بأجرة الأرض عن فترة احتلال الأرض من قبل المسلحين رفض المستأجر دفع الأجرة بحجة وجود استحالة مادية منعه من استغلال الأرض، لكن محكمة منصة الملك رفضت هذا الدفع و أمرته بتسديد الأجرة كاملة، على أساس أن "جين" تعاقد على تحمل الالتزام مطلقاً بدون قيد أو شرط، فهو لا يستطيع أن يدفع بواقعة الإستيلاء القهري للأرض لاغفائه من التزاماته، راجع في ذلك: عبد السلام الترمانتي، نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر، القاهرة، مصر، سنة 1971، ص.32.

² لقد تم التطرق إلى حادثة تيلور وكادوييل في المطلب الأول من المبحث الأول من الرسالة، ص.26.

³ رشوان حسن رشوان أحمد، المصدر السابق، ص.478.

ففي عقد بيع التزم البائع بأن يسلم بعض البضائع في شهر أكتوبر و نوفمبر عام 1951م، صدرت لائحة إدارية تمنع استيراد هذه البضائع بدءاً من أول نوفمبر من نفس العام اعتبار البائع أنه في حالة "Frustration" تسمح له بعد تنفيذ التزامه بالتسليم و تبرئه من توريد البضائع المتفق عليها لأنه لم يسلم شيئاً منها في شهر أكتوبر، ولم يعد في استطاعته أن يسلمها في شهر نوفمبر بسبب الحظر المفروض.¹

وقد رفضت المحكمة حجة البائع أنه لم يقم الدليل على أنه كان في حالة استحالة مطلقة تمنعه من التسليم في الفترة الممتدة من 15 أكتوبر حتى نهاية وهي الفترة التي علم فيها بقرار الحظر الذي سيكون سارياً من أول شهر نوفمبر وانتهت المحكمة في هذه القضية إلى عدم تطبيق نظرية "Frustration" لأن المدين لم يكن أمامه استحالة مطلقة، بل كان أمامه الوقت ليد طريقة لتنفيذ التزاماته.

وهو نفس الأمر الذي ذهبت إليه إحدى المحاكم الأمريكية في قضية بين الولايات المتحدة الأمريكية و إيران عام 1983م، والتي قررت من خلالها عدم توفر استحالة تنفيذ الأداء.²

ولا تقتصر الاستحالة المادية على هلاك محل العقد فقط، كما هو الحال بالنسبة لهلاك العين كلياً أو جزئياً و مثل ذلك إصابة النهر الأرض محل التأجير، بل تمتد الاستحالة إلى ما يصيب الملتزم من عجز أو وفاة، تحول بينه وبين تنفيذ الداء الملتزم به في العقد، ففي قضية تتلخص وقائعها في أن عقداً كان ابرم بين صاحب ملهي و عازفة على آلة البيانو محترفة، تعهدت هذه الأخيرة بمقتضاه أن تقدم عزفاً مساء يوم 14 جانفي 1971م لقاء مبلغ من المال اتفق عليه بين الطرفين، لكن العازفة تعرضت إلى مرض لم

¹ شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص 114.

² أكرم محمد حسين، الإخلال بالتنفيذ في بيع التجارة الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2017، ص 175.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

تستطيع أن تقوم بالعزف في الميعاد المتفق عليه، وقد عرض الأمر على محكمة المنازعات المالية، قضت في 1971/05/26 بأن طبيعة هذا العقد تقتضي تفسيره على أنه مقتن بشرط ضمني يقضي بضرورة بقاء العازفة متمتعة بكافة قدراتها التي تكفيها لأداء ما أنيط بها من التزام، أي يقضي بعدم تغير الأحوال التي ابرم العقد في ظلها، فإذا ما تغير الحال بإصابة المتعهدة بمرض عضال اعتبر ذلك استحالة مادية تواجه تنفيذ العقد.¹

وبحسب القضاء لأنجلوأمريكي تتحقق الاستحالة المطلقة في الحالات التالية:²

- 1) عندما يؤدي تدخل الحدث إلى جعل تنفيذ العقد مستحيل بسبب انعدام محل العقد، أو تلف أو هلاك شيء ضروري لتنفيذه،
- 2) إذا كان العقد يقوم على الاعتبار الشخصي، و يتطلب تنفيذه تدخل المدين شخصيا، في حالة وفاة المدين يصبح تنفيذ العقد مستحيل،
- 3) إذا أصبح تنفيذ العقد غير مشروع قانونا، بسبب تغير القوانين بعد إبرام العقد.

وتختلف نظرية القوة القاهرة عن نظرية "Frustration" في أن الإعفاء من المسؤولية لا يعتبر نتيجة مباشرة لتطبيق النظرية بخلاف نظرية القوة القاهرة، وإنما يعتبر ذلك نتيجة غير مباشرة، فالدين دي إلى هدم العقد لا يمكنه الحصول على وسيلة لدفع الدائن لتتوفر شروط نظرية "Frustration" و إنما يؤدي إلى هدم العقد نفسه و تحرير المتعاقدين من المسؤولية في الوقت الذي تتوفر فيه هذه الشروط يعني ذلك أن النظرية لا تهدف إلى إعفاء المدين من تنفيذ التزاماته التعاقدية، بسبب استحالة التنفيذ أو لكنها تهدف إلى وضع حد ونهاية للعقد الذي تغيرت طبيعته بسبب الاستحالة أو الإرهاب.³

¹ حسب الرسول الشيخ الفرازي، المرجع السابق، ص 141.

² أكرم محمد حسين، المرجع السابق، ص 175.

³ محمد شريف غمام، أثر تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 63.

ثانياً: الاستحالة الاقتصادية "L'impossibilité économique"

بعد تطرقنا إلى مفهوم الاستحالة المادية، والتي يترتب عليها استحالة تنفيذ الاء فإن بعض الفقه و خاصة الأنجلوأمريكي عرف نوع آخر من الاستحالة وهي استحالة الهدف أو الغاية الاقتصادية من العقد أو ما يسمى بالغاية الاقتصادية.

ولعل الهدف الذي يتواхاه المتعاقدان من إبرام العقد هو تحقيق أهداف اقتصادية لكل منهما و خاصة في مجال عقود التجارة الدولية، والأهداف الاقتصادية هي الدافع لكلا الطرفين للدخول في العلاقة التعاقدية، ولكن نتيجة وقوع أحداث خارجة عن إرادة الطرفين وغير متوقعة من الطرفين أثناء فترة إبرام العقد، يترتب عنها اختلال جوهري تؤدي إلى قلب اقتصاد العقد¹، ينتج عنها استحالة تحقيق الأهداف المتواخدة من العلاقة التعاقدية، على الرغم من أن الأداءات المتولدة عن العقد لا زالت ممكنة في ذاتها و لم يلحقها وصف الاستحالة.²

لقد عرف القضاء الإنجليزي العديد من القضايا التي أثيرت فيها مسألة الاستحالة الاقتصادية أو استحالة الهدف في قضية "جاكسون" ضد شركة "الإتحاد للتأمين" و التي تعود وقائعاً في أن عقد نقل بحري ابرم بين مالك السفينة المسماة "روح البحر" وبين شخص ناقل على ظهر هذه السفينة، بمقتضاه يجب أن تتجه هذه السفينة من ميناء ليفربيول إلى ميناء نيويورك لشحن كمية من الحديد كان مقرراً نقلها إلى مدينة سان فرانسيسكو.

¹ الياس ناصيف، العقد والدولية عقد البوت B.O.T في القانون المقارن، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، سنة 2011، ص 327.

انظر كذلك في نفس المعنى:

MAGAR F..ingénierie juridique: pratique des clauses de rencontre et renégociation, RD 2010, P.1959 et S.

² رشوان حسن رشوان أحمد، المرجع السابق، ص 481.

وتتفيدا لشروط هذا العقد أقلعت السفينة من ميناء ليفربول، وهي في رحلتها ارتبطت بصخور خليج "كارنارفور" وبقيت لاصقة بهذه الصخور إلى أن تم جرها وإصلاحها بميناء ليفربول، فررت محكمة المنازعات المالية، أن التراخي في تنفيذ العقد لفترة زمنية معينة قد يترتب عليه في بعض الأحيان إحباط للمقاصد والهدف التجارية للطرف المتعاقدين، مما يقتضي إعمال فكرة الاستحالة الاقتصادية، على الرغم من أن تنفيذ العقد لا يزال ممكنا من الناحية المادية.¹

هذا وقد عرف القضاء الإنجليزي عدة قضايا تدور كلها حول مسألة عدم تحقق الغاية الاقتصادية من العقد، أو استحالة الهدف المرجو من الدخول في علاقة تعاقدية وقد قضت العديد من المحاكم الإنجليزية أنه في حالة مواجهة العقد لاستحالة اقتصادية يجب أن يعمل بحكمها.

ومعنى ذلك أنه في حالة عدم تحقق الغاية من العقد، بالرغم من أن الحدث لم تلحقه الاستحالة المادية كما هو الحال بالنسبة للسفينة التي تم إصلاحها بعد تعرضها للعطب، إلا أن المحكمة اعتمدت فكرة الاستحالة الاقتصادية على الرغم من أن تنفيذ العقد لا يزال قائما من الناحية المادية بعد إصلاح السفينة، وبذلك يكون القضاء الإنجليزي قد انشأ فكرة استحالة الهدف، أو الاستحالة الاقتصادية والاستناد إليها في إعفاء المتعاقدين من أداء التزاماتهم التعاقدية نتيجة.

وينتقد بعض الفقهاء فكرة استحالة الهدف أو الاستحالة الاقتصادية التي جاء بها القضاء الإنجليزي، واعتبر وان هذا الأخير عند فصله في منازعات التوبيخ خلط بين الباعث الدافع من ناحية وبين السبب أو الموضوع من جهة أخرى وحسبهم، فالباعث يعتبر عنصرا خارجا عن العقد، ومن ثم فهو لا يبطل العقد إلا إذا كان الباعث غير مشروع، أما إذا

¹ رشوان حسن رشوان أحمد، المرجع السابق، ص482.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

استحال تحقق مثل هذا الbaus افإن العقد لا يتتأثر لأن (استحال تحقق الbaus لا تعني استحال تنفيذ العقد).¹

وخلال القول انه في الاستحال المادية، يسبب في عدم القيام بالأداء المطلوب إلى طبيعة الأشياء وهي تمثل الاستحال بمعناها الحقيقي والمنطقي تمثل الاستحال المادية إحدى أكثر الصور حدوثا في الحياة العملية والأكثر وضوحا في حكمها، فإن الاستحال الاقتصادية تصبب الغاية من العقد المتواخة نتيجة الحدث إلى يصيب العلاقة التعاقدية ويؤدي إلى تغير جوهري في اقتصاد العقد وتفويت الربح على أحد أطرافه.

ثالثا: الاستحال القانونية

في بعض الحالات يكون الالتزام ممكنا للأداء، إذا نظرنا إليه من زاوية طبائع الأشياء، ولكنه قد يكون غير ممكنا التنفيذ إذا ما نظرنا إليه من زاوية المنع والإباحة القانونية، لأن يحدث اتفاق بين تاجرین على أن يلتزم أحدهما بتوريد للطرف الآخر المخدرات فيعتبر بالنظر إلى طبائع الأشياء ممكنا التنفيذ أي ليس مستحيلا استحالا طبيعية مادية، لكن هذا الأداء غير شرعي ومخالف للقانون إذ يعتبر محل الالتزام خارجا عن دائرة التعامل لعدم شرعنته.

وقد تمتد الاستحال القانونية كذلك في صدور بعض القرارات من الجهات الإدارية المختصة التي تمنع و تقييد من بعض النواحي والعمليات التعاقدية أو منع ممارسة بعض النشاطات التجارية في منطقة معينة.²

¹ حسب الرسول الشیخ الفرازی، المرجع السابق، ص 222.

² القانون رقم 08/13 المؤرخ في 30/12/2013 المتضمن قانون المالية لسنة 2014 جاء في نص المادة 52 منه "يمنع على وكلاء السيارات، بيع السيارات المستوردة التي يجب أن تستجيب لمعايير الأمن المعمول بها دوليا ، إلا في إطار شبكة توزيع التي يتم اعتمادها قانونا من طرف المصالح المؤهلة بالوزارة المكلفة بالصناعة. ج ر رقم 68 المؤرخة في 2013/12/31

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

من هنا يمكننا القول أن مصدر الاستحالة القانونية و منشأها هو النص القانوني الذي يتماثل مع حكم الاستحالة المطلقة، و تتحقق الاستحالة القانونية إذا توفرت في الحدث مجموعة من الشروط:

أ- إخراج المحل من دائرة التعامل:

يضطر المشرع في بعض الظروف الخاصة إلى إخراج سلعة أو خدمة من دائرة التعامل، [سواء لاعتبارات سياسية كمنع تداول سلع بعض الدول الأجنبية المعادية أو لاعتبارات اجتماعية أو لاعتبارات اقتصادية كمنع تداول منتجات مستوردة لمنتجات محلية الصنع بغرض تشجيع الإنتاج الوطني].

فإذا أبرم العقد و أثناء مرحلة التنفيذ أصدر المشرع قانوناً أو نصاً تنظيمياً يخرج الشيء المراد تقديمها أو الداء المزمع تطبيقه من دائرة التعامل، فإن محل الالتزام يصبح خارجاً عن دائرة التعامل، ويصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة قانونية.²

وهو نفس الأمر المطبق في حالة مع الدولة استيراد بعض المنتجات المنافسة للمنتج المحلي، أو لتطبيق سياسة تقشفية معينة فإن محل الالتزام لا تتحققه الاستحالة المادية، و لكنه يصبح مستحيلاً من الناحية القانونية.

لذلك فإن عقد استيراد و تركيب السيارات في الجزائر أصبح مستحيلاً استحالة قانونية بعد صدور قانون منع واستيراد و تركيب السيارات في الجزائر.

¹ رشوان حسن رشوان أحمد، المرجع السابق، ص 491.

² سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثالث، الطبعة العاشرة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بـ تـ نـ، ص 228.

بـ- تحريم بعض العقود: في بعض الحالات يقوم المشرع بتحريم بعض العقود أو تحريم بعض شروطها بعدما كانت مباحة في التشريعات السابقة لها، فيصبح أداء الالتزام مستحيلاً استحالة قانونية على الرغم من أنه ممكناً من الناحية المادية¹.

وتحتل الاستحالة القانونية مجالاً واسعاً في العقود الدولية، نتيجة تدخل الدول في الحياة الاقتصادية وتحولها من دول حارسة إلى دول متقدمة من خلال قيامها بسن قوانين تضبط الحياة الاقتصادية، فقد تفرض الدولة رسوم عالية على منتج أجنبي بهدف حماية منتوجها الداخلي من المنافسة.

وفي بعض الحالات كما ذكرنا أعلاه تصدر قوانين تمنع استيراد منتجات أو سلع وبضائع معينة، ترى أنها ليست من الأولويات، حفاظاً على العملة الصعبة خاصة إذا كان اقتصاد الدولة يمر بمراحل حرجية نتيجة ظروف اقتصادية بحثة، كانخفاض سعر البترول مما يؤثر بشكل مباشر على إيرادات الدول التي تعتمد على البترول بالدرجة الأولى كمصدر أساسي لمداخيلها.

في هذه الحالة نجد المدين غالباً يتعذر في إنجاز التزاماته بمواقع قانونية صادرة عن السلطة العامة لبلده، ومثل هذا الافتراض قد يكون مصدر خصوصية الصعوبات التي تسود العلاقات الدولية في الوقت الحاضر.

فمن الضروري إذن لشرط القوة القاهرة المتفق عليه أن يأخذ بالاعتبار تلك الحوادث التي تقدّم أحد أطراف العقد إلى وضع الاستحالة القانونية لتنفيذ العقد، ونذكر منها على سبيل المثال الإجراءات التي تتعلق بعمليات الاستيراد والتصدير، ومنها مثلاً رفض إجازة التصدير لبعض أنواع البضائع لأسباب صحية أو تقنية، وكذلك القيود الخاصة بتحويل ثمن العقد

¹ رشوان حسن رشوان أحمد، المرجع السابق، ص 493.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

بال العملات الأجنبية التي وردت في شروط العقد، وغير ذلك من القرارات التقيد تصدرها السلطات التشريعية أو التنفيذية.¹

ج- **تقيد الروابط العقدية بقرارات إدارية:** تضطر الجهات الإدارية في بعض الحالات إلى إصدار تنظيمات ولوائح تهدف من خلالها إلى حماية المصلحة العامة للدولة، أو حماية مصلحة الأفراد، وبالتالي تكون هذه اللوائح و التنظيمات الصادرة عن الجهات الإدارية عائقاً يمثل استحالة قانونية لأداء الالتزام الواقع على عاتق المدين، وهو ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري المصري في حكمها الصادر 04 يناير 1959 بقوله (أن جميع العقود إدارية كانت أو مدنية يجب أن تتوافر فيها الشروط العامة المتعلقة بأركان العقد و محله ومن ثم متى كانت الحكومة قد تعاقدت مع المدعي عليه على تنفيذ عملية توسيع وتعديل الطريق رقم 312 فإن مقتضى هذا التعاقد الإداري أن يقوم المدعي بتنفيذ العقد بأمواله الخاصة وعلى مسؤوليته وهذا المقتضى لا يصدق بالنسبة إلى ما ورد في البند التاسع من جدول الفئات الخاص بالعملية المتعاقد عليها، فيما يتعلق بتوريد وتركيب بوابات طراز "فهمي حنين"متى كانت الحكومة قد اشترط اختراع هذا النوع من البوابات وصار من حقها دون سواها، تشغليها لصالحها دون الأفراد ويترب على ما تقدم اعتبار هذا البند من المقاولة مما يتعارض في طبيعته، مع جوهر العقد الإداري، إذ اتضح مما سبق أن محل البند التاسع من جدول الفئات مستحيل على المدعي و على الأفراد كافة استحالة مطلقة، الأمر الذي يترب على بطلان هذا البند).²

¹ سالم بن سالم بن حميد الفليطي، اثر تغير الظروف على عقود التجارة الدولية، مجلة روح القوانين، المجلد الثاني، العدد الثامن والثمانون، كلية الحقوق جامعة طنطا، مصر، سنة 2019، ص56.

² رشوان حسن رشوان أحمد، المرجع السابق، ص494.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

يتبيّن من خلال هذا الحكم أنّ الإداره الإداري الذي اتخذته الدولة، بتمكّنها لاختراع بوابة الحديد، جعل من التزام صاحب العقد بتوريد هذا النوع من الأبواب الحديدية مستحلاً استحالة قانونية من حيث التنفيذ.

ومن جهة أخرى اعتبرت الغرفة التجارية الدولية في قضية الشركة النرويجية التي أخلت بالتزاماتها التعاقدية مع إحدى المشروعات التابعة للدولة المنتجة للبترول، مسببة ذلك بان السلطات النرويجية المختصة بتحويل العملات الالزمه للوفاء، ستعترض على تنفيذ العقد بسبب هذا التحويل الذي سيؤدي إلى خسارة في العملة الصعبه لميزانية الدولة، معتبرة أن هذا التدخل في ظروف تنفيذ العقد يمكن أن ينشأ للمدين حالة قوه قاهره، مسببه ذلك بوجود حالة ترابط لمعيار عدم التوقع ومعيار استحالة المقاومة لقرار السلطة.¹

في قضية الشركة الفرنسية مع الشركة الرومانية التي لم تلتزم بتنفيذ التزاماتها التعاقدية مع الشركة الرومانية وذلك بسبب قيام السلطات الرومانية باتخاذ قرار إلغاء الترخيصات بالتصدير، اعتبرت لجنة التحكيم بأن إلغاء الترخيصات بالتصدير من طرف السلطات الرومانية يخلق بشكل لا يقبل النقاش حالة القوه القاهره للشركة الرومانية طبقاً للمبادئ العامة للقانون أو لنصوص العقد.²

المطلب الثاني: أثار القوه القاهره على مصير عقود التجارة الدوليه

إن البحث عن اثر القوه القاهره على عقود التجارة الدوليه وفقاً للنظرية التقليدية، التي أبرمت دون اتفاق الأطراف على تنظيم أثارها والنتائج المترتبة عليها، أو أن هذه العقود لم تخضع عند إبرامها لاتفاقية دوليه، فإن هذه العقود تخضع إلى قواعد الإسناد لتحديد القانون

¹ قرار الغرفة التجارية الدولية في القضية رقم 2216 عام 1974، مجلة القانون الدولي Clunet لسنة 1975، ص 912.

² قرار الغرفة التجارية الدولية CCI رقم 2478 عام 1974، مجلة القانون الدولي، Clunet - 1975، ص 925.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

الواجب التطبيق، والتي تشير إلى تطبيق قانون دولة معينة، وكان هذا القانون ينظم القواعد القاهرة بمفهومها التقليدي التي تقضي أثارها بانفساخ العقد تلقائياً¹ وانقضاء الالتزامات المقابلة طبعاً إذا توفرت الشروط التي اشرنا إليها سابقاً و أدت نتائج السبب الأجنبي إلى استحالة التنفيذ بكل أنواعها و شروطها.

ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من إعادة الأطراف إلى الحالة الأولى التي كان عليها قبل العقد، فالانفساخ يؤدي إلى انحلال العقد واعتباره كأن لم يكن.

والمقصود بالاستحالة التي ينقضي بها الالتزام، هي الاستحالة المطلقة التي تكون نتيجة الحادث الفجائي الغير متوقع من الطرفين أثناء مرحلة إبرام العقد، ولا يمكن دفعه ولا يد للمدين فيها.²

ويختلف الانفساخ عن الفسخ في كون هذا الأخير يكون نتيجة إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية، فموضوع الفسخ أن يصبح التنفيذ العيني مستحيلاً بسبب خطأ المدين، أو كان ممكناً و لكن المدين لم يقم به، أما الانفساخ فيكون نتيجة سبب أجنبي أدى إلى

¹ الانفساخ في اللغة مصدر انفسخ و من معناه النقض و الزوال، يقال فسخت الشيء فانفسخ أي نقضته فانقض، و فسخت العقد أي رفضته أما معناه اصطلاحاً فهو انحلال العقد بقوة القانون، إذا ما استحال تنفيذ الالتزام العقدي بسبب أجنبي خارج عن إرادة المدين، أي لا يد له فيه، ويتجسد مضمون الانفساخ في أنه إذا انقضى الالتزام العقدي بسبب استحالة تنفيذه انقضت تبعاً لذلك الالتزامات المقابلة، وإنفسخ العقد من تلقاء نفسه، راجع في ذلك: ابن منظور أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي، لسان العرب المجلد الثالث، دار صادر، بيروت، لبنان، ب.س.ن، ص 1095. أما فقهاء الشريعة الإسلامية فانقسموا في تكييفهم للانفساخ إلى رأيين ن الأول يكيف الانفساخ على أنه فسخ على اعتبار أن فسخ العقد إنما يكون برفعه من أصله و جعله كأن لم يكن ، فالفسخ ما هو إلا رفع للعقد و أن هذا الفسخ إما أن يكون إرادياً كأن يقول المتعاقد فسخت العقد أي نقضته، و أما أن يكون من ناحية ثانية فسخاً ضرورياً كأن يهلك المبيع قبل القبض، راجع في ذلك: علاء الدين أبي بكر ابن مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، مطبعة الجمالية، القاهرة، مصر، سنة 1910، ص 297. أما الرأي الثاني فيرى أن الانفساخ غير الفسخ، على اعتبار أن بينهما فارقاً ن يتمثل في أن الانفساخ تعبير يستعمل للدلالة على عدم إمكانية تنفيذ المعقود عليه بسبب لا يرجع إلى أحد المتعاقدين، كما أن الانفساخ تلقائي الأثر، بينما الفسخ بحاجة إلى فاسخ أو إلى تعبير يدل أو يؤدي إليه.

² محمد عبد الله محمود، مرجع سابق، ص 278.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

استحالة تتنفيذ الالتزام من طرف المدين، ولا دخل له فيه فينقضي الالتزام باستحالة تتنفيذها استحالة مطاعة.

وبحسب النظرية التقليدية للقمة القاهرة، ينقضي التزام المدين الذي تأثر بالسبب الأجنبي، فلا يسأل عن التنفيذ سواء العيني أو بطريقة التعويض، و يتبع ذلك انقضاء التزام الدائن المقابل له.

وبناء على ذلك سوف نتعرض إلى الانفاسخ التلقائي للعقد (الفرع الأول) وانقضاء الالتزامات المتقابلة وتحمل تبعات انقضائها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الانفاسخ التلقائي للعقد

في عقود التجارة الدولية المحافظة على استمرارية تتنفيذ العقد فيه مصلحة للطرفين، ولكن انقضاء العقد بالفسخ أو الانفاسخ فيه ضرر لهما، وتأثر بذلك التجارة الدولية من حدوثه، نتيجة الارتباطات العديدة والمتعلقة للعقد التجاري الدولي والفسخ أو الانفاسخ يؤدي إلى ضياع ونسف كل الجهد المضني التي بذلت في سبيل التوصل إلى إبرام العقد التجاري الدولي، وما ينجر عنه كذلك من آثار تمتد إلى الاتفاقيات الفرعية للعقد التجاري الدولي، مثل عقد النقل الدولي، وعقود التأمين والاعتماد المستندي الذي يتم به تحويل الأموال، فضلا عن الخسائر التي تلحق البضائع والهلاك،¹ فهو يمثل مجموعة من العقود الدولية التي ترتبط معا ككل.²

¹ محسن شقيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1998، ص 33، ص 34.

² محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة للنشر، القاهرة، مصر، طبعة 2002، ص 64.

فانفساخ العقد التجاري الدولي ينتج أثره على كافة العقود الأخرى المرتبطة به إذا كانت لم يتم تنفيذها مما يولد مشكلات و صعوبات عديدة، وهو ما يضفي أهمية كبيرة على الانفساخ في العقود الدولية قد لا تتوافر له في العقود الداخلية.¹

على انه إذا توافرت شروط القوة القاهرة فإن الأثر القانوني الذي يترتب على تتحققها هو انقضاء العقد بقوة القانون، وهو ما يسمى "بالفسخ القانوني" أو "انفساخ العقد"، نتيجة انقضاء الالتزامات المقابلة بين طيف العلاقة العقدية،² وذلك تميزا له عن الفسخ القضائي الذي يتم عن طريق المحكمة، وتميزا له عن الفسخ الإتفاقي الذي يتم برضاء الطرفين.

أولاً: معنى الانفساخ

نصت المادة 159 من القانون المدني المصري على انه: "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له و ينفسخ العقد من تلقاء نفسه" ، كما نصت المادة 307 من القانون المدني الجزائري على أنه: "ينقضى الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه بسبب أجنبي عن إرادته".

كما نصت المادة 215 من القانون المدني المصري على أنه: " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين عن تنفيذ التزامه".

¹ خالد أحمد مهد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، سنة 2001، ص110.

² ياسر شحادة مرزوق ضبابات، المرجع السابق، ص102.

ولكي نوضح مفهوم الانفساخ¹ في العقود بصفة عامة، وفي العقد التجاري الدولي بصفة خاصة، نتطرق بإيجاز إلى الفسخ بنوعيه القضائي والإتفاقي.

أ- الفسخ القضائي:الفسخ القضائي هو الذي يتقرر بحكم قضائي، نتيجة لجوء أحد طرفي العقد إلى المحكمة و طلب فسخ العقد نتيجة إخلال الطرف الآخر بالتزاماته التعاقدية وحق مقرر للمتعاقدين الذي حدث الإخلال بحقه.²

وفي هذه الحالة يكون طلب الفسخ من الطرف المتضرر أمام القضاء صريحاً أو ضمنياً، لأن يطلب المشتري الحكم له باسترداد ثمن البضاعة التي اشتراها لوجود عيب خفيفي المبيع، فطلب استرداد الثمن ورد المبيع يعني بذلك طلب فسخ العقد ضمنياً،³ كما يجب على الدائن حتى يستطيع طلب فسخ العقد أن يقوم بإعذار المدين، مطالباً إياه بالتنفيذ⁴ حيث يكون هذا الإعذار بسند رسمي، تبلغ الإعذار عن طريق المحضر القضائي، كما أن القضاء المصري اعتبر مجرد رفع الدعوى بالفسخ يعد اعذاراً أمام

¹ ينقسم الفقه الإسلامي في تكييفه للانفساخ إلى رأيين، الأول يكيف الانفساخ على أنه فسخ على اعتبار بأن فسخ العقد يكون برفعه من أصله و جعله كأن لم يكن، فالفسخ حسب أصحاب هذا الرأي ما هو إلا رفع للعقد، و الفسخ قد يكون إرادياً كأن يقول المتعاقد فسخت العقد أو نفضته، و أمّا يكون من ناحية ثانية فسخاً ضرورياً كأن يهلك المبيع قبل القبض، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكسانري، بداع الصنائع في ترتيب الصنائع، الجزء الخامس، مطبعة الجمالية، القاهرة، سنة 1910، ص 298 . بينما يرى أصحاب الرأي الثاني أن الانفساخ غير الفسخ، على اعتبار بينهما فرقاً، يتمثل في أن الانفساخ هو تعبير يستعمل للدلالة على عدم إمكانية تفيد المعقود عليه بسبب لا يرجع إلى أحد المتعاقدين، كما يعتبر أصحاب هذا الرأي أن الانفساخ تلقائي الأثر، بينما الفسخ بحاجة إلى فاسخ، أو إلى تعبير يدل أو يؤدي إليه، و هو الرأي المأخوذ به لدى غالبية فقهاء الإسلام، أبي محمد علي بن أحمد بن حزم، المحيي، ج 3، طبعة بيروت، المكتب التجاري للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، بدون سنة نشر، ص 59، محمد جواد بن محمد الحسيني العاملي، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، ج 3، مطبعة الشورى، القاهرة، سنة 1908، ص 187.

² عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1984، ص 625.

³ حسام الدين كامل الأهوازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، الطبعة 1995، ص 411.

⁴ عبد الرزاق السنوسي، المرجع السابق، ص 963.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

القضاء¹، وفي الحالة التي يصرح فيها المدين بعدم قدرته على تنفيذ التزاماته، فهنا لا حاجة للدائن بتوجيهه للإعذار إلى المدين، خاصة إذا صرخ هذا الأخير كتابة أنه لن ينفذ التزامه²، ويكون الحكم القضائي الصادر بالفسخ كما منشأ الحكم على عكس الحكم الفسخ الإتفاقي أو الانفصال بقوة القانون، حيث يعد الحكم الصادر بالفسخ في هاتين الحالتين حكما مقررا وليس منشأ له³.

حيث أن المادة 1173 من القانون المدني الفرنسي نصت على أن: "فسخ العقد يجب أن يحصل بطلب لدى القضاء"، وهنا يؤكد نص المادة المشار إليها أعلاه على أنه في حالة إخلال أحد الطرفين بالتزاماته التعاقدية ن لا تؤدي إلى فسخ العقد من تلقاء نفسه وإنما يتم ذلك بطلب لدى القضاء من خلال إقامة دعوى الفسخ، وهنا ترجع السلطة التقديرية للقاضي في النظر وتقييم مقدار استحالة التنفيذ ومدى تأثيرها على مصير العقد وتقدير فيما إذا كانت سببا كافيا يتطلب إنهاء العقد.

ب- **الفسخ الإتفاقي:** الفسخ الإتفاقي هو الفسخ الذي يتحقق عليه أطراف العلاقة التعاقدية مسبقاً ويتم إدراجه في العقد، فيجوز لهم الاتفاق على اعتبار العقد مفسخاً، عند عجز أحد الطرفين القيام بالأداءات المقابلة في العقد، أي عدم القيام بالتزاماته، ويجوز للأطراف الاتفاق صراحة على الإعفاء من الإعذار، فيتحقق الفسخ بمجرد عدم وفاء أحد الأطراف بالتزاماته التعاقدية⁴.

¹ محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص282.

² حسام الدين كامل الأهوازي، المرجع السابق، ص410.

³ عبد الرزاق السنوسي، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص964.

⁴ محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص282.

ت- هذا وقد نظم المشرع الجزائري هذا النوع من الفسخ في أحكام المادة 120 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على أن: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها و بدون حاجة إلى حكم قضائي، وهذا الشرط لا يعفي من الإعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من الطرفين".

أما المشرع المصري فقد أشار إلى الفسخ الإتفافي في أحكام المادة 158 من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً 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".

حيث أن المشرع الجزائري والمصري كليهما اتفقا على اعتبار العقد مفسوخاً بقوة القانون و من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم قضائي، ولكنهما اختلفا في الالتزام بتوجيه الإعذار و الإعفاء منه.

حيث أن الفسخ الإتفافي لا يمنع أحد أطراف العقد من اللجوء إلى القضاء والمطالبة بفسخ العقد، ولا يمس بسلطة القاضي من النظر في طلب الفسخ والنطق به، وكذلك لا يمنع المدين من تنفيذ التزاماته قبل صدور الحكم النهائي¹.

وفي المقابل إذا اتفق الطرفان على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، في حالة الإخلال بالالتزامات، فهذا الاتفاق يقيد سلطة القاضي التقديرية من أن يمنح مهلة للمدين لتنفيذ التزاماته، ويتوجب على القاضي الحكم بفسخ العقد عند طلبه من الدائن، وفي هذه الحالة يتوجب على القاضي البحث عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية، والنطق بفسخ العقد

¹ محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 283.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

حتميا، وهذا الشرط لا يعفي الدائن من إعذار المدين، ولا يعني عن رفع دعوى الفسخ، ويكون الحكم الصادر فيها منشأ للفسخ لا مقررا له.¹

ومن صور الفسخ الإتفافي كذلك، الشرط الذي يتحقق من خلاله الطرفان على اعتبار العقد مفسخا من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم قضائي لتقريره، ودون الحاجة إلى القضاء، وفي هذه الحالة يصبح العقد مفسخا من تلقاء نفسه بمجرد تحقق الإخلال بالالتزامات التعاقدية دون الحاجة إلى رفع دعوى قضائية بالفسخ، أو صدور حكم منشأ لهذا الفسخ، وإذا رفع الدائن دعوى الفسخ فنكون حينئذ أمام منازعة المدين في وقوع الإخلال، وهنا يكون الفسخ الصادر في هذه الدعوى مقررا للفسخ و ليس منشأ له، وعلى هذا الشرط لا يعفي الدائن من توجيهه إعذار إلى المدين لمطالبه بالوفاء بالتزاماته التعاقدية.²

ويأخذ كذلك الشرط صورة أكثر حدا من سابقيها، وهي أن يتفقا الطرفان على أن يكون العقد مفسخا من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى الحكم أو إعذار، وفي هذه الحال ينفسخ العقد تلقائيا ولا حاجة للطرفين من اللجوء إلى القضاء، أو توجيهه الإعذار، ويقع الفسخ بمجرد إعلان الدائن عن فسخ العقد، أما إذا اضطر الدائن اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بهذا الفسخ، فيكون في هذه الحالة حكما مقررا و ليس منشأ للفسخ.

وفي القوانين الداخلية توجد هناك حالات وصور أخرى للفسخ، وهو ما نصت عليه المادة 392 من القانون المدني الجزائري أنه: "في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا عين أجل لدفع الثمن وتسليم المبيع يكون البيع مفسخا وجوبا في صالح البائع و دون سابق إنذار إذا لم يدفع الثمن عند حلول الأجل و هذا ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك".

¹ عبد الرزاق السنوسي، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 987.

² محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 284.

ومما سبق الإشارة إليه يبدو أن الفسخ الإتفاقي يمثل الحل الملائم لظروف المتعاقدين، ويؤمن لهم تحديد الآثار المباشرة لاستحالة تنفيذ العقد، و من جهة أخرى يعتبر الفسخ الإتفاقي حلا ناجعا يسلكه طرفا العقد الدولي، من أجل ربح الوقت وتفادي بطء الإجراءات القانونية التي يتطلبها القضاء، وإزالة كل المساوى التي تحصل عند تدخل القضاء، خاصة مسألة البحث عن القانون الواجب التطبيق وما ينتج عنه من تعارض في الأحكام وتنافع في القوانين، واختلاف مواقفها من آثار فسخ العقد.

ومن جهة يعزز الفسخ الإتفاقي حالة التوازن العقدي بين الطرفين، ويؤكد حريةهم ومساواتهم في إنهاء العقد من جانب واحد، وهو ما أكدته كذلك الشروط العامة للبيع بمنطقة السوق الأوروبية المشتركة، والتي نصت على أنه: "عندما يصبح تنفيذ العقد مستحيلا في مدة معقولة للطرفين الحق في التخل من العقد بمجرد الإخطار كتابة دون الحاجة للمطالبة بالفسخ لدى المحكمة".¹

ثانيا: شروط الانفساخ

كما رأينا في البند الأول من هذا المطلب أن الانفساخ هو الأثر المترتب على استحالة تنفيذ الالتزام بسبب القوة القاهرة، ورأينا أن هذا الأثر يقع بقوة القانون من تلقاء نفسه، والاستحالة المقصودة هنا هي الاستحالة الكلية والمطلقة،² والتي تعني أن يكون من المستحيل تنفيذ التزامه، و لكي يتحقق الانفساخ بصورة التي رأيناها، يجب أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط، متى توافرت تحقق الانفساخ وترتبا عليه أثاره.

¹ سالم بن سالم بن حميد الغليطي، المرجع السابق، ص 70.

² راجع في ذلك: المطلب الأول من المبحث الأول من ذات الفصل من هذه الرسالة، ص 15-27.

وترتكز الشروط الواجب توافرها لوقوع الانفصال في أن تكون هناك استحالة مطلقة في تفيف العقد، وأن ترجع الاستحالة إلى سبب أجنبي، ولا علاقة للمدين به، وإن لا يكون المدين مقصرا في تفيف التزاماته التعاقدية، وهي نفس شروط القوة القاهرة التي تطرقا إليها خلال دراستنا للفصل الأول من هذه الرسالة و لكننا أبینا أن نتطرق إلى الشروط العامة للانفصال و التي تعتبر في نظر الكثير من الفقه من المسلمات التي نذكرها منها ما يلي:

أ- أن تكون الاستحالة لاحقة لنشوء الالتزام:

شرط أن تكون الاستحالة واقعة بعد نشوء الالتزام وليس قبله، لأن في الحالة الثانية لا ينعقد العقد لاختلاف ركن المحل فيه، فإذا تعاقدا شخصان على شيء باعتباره أنه موجود وقت إبرام العقد، ثم تبين عكس ذلك فإن العقد لا ينعقد أصلا، حيث يقع باطلًا لاستحالة محله،¹ كما كان الحال لو كان العقد على بيع شيء اتضح فيما بعد أنه هناك قبل العقد.²

أما إذا هلك شيء بعد نشوء الالتزام فإن العقد ينفسخ لاستحالة التنفيذ وتبرأ ذمة المدين تبعاً لذلك،³ وهو ما ذهبت إليه أحكام المادة 93 من القانون المدني الجزائري، بقولها: "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفًا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلًا مطلقاً" ، ويتبين من ذلك أنه يتوجب أن تكون الاستحالة لاحقة على نشأة الالتزام و ليست قبل نشوئه.

¹ عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه و القضاء، منشأة المعرف، الإسكندرية، مصر، طبعة 1997، ص54.

² عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، طبعة 1979، ص299.

³ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الطبعة 1، منشورات الداية، دمشق، سوريا، سنة 1934، ص467.

ب- أن تقع الاستحالة على التزام لم يتم الوفاء به:

بطبيعة الحال أن الاستحالة تقع على التزام لم يتم الوفاء به من طرف المدين، فهنا تبرأ ذمته بسبب استحالة التنفيذ، أما إذا قام المدين بتنفيذ التزاماته فلا تكون هناك استحالة، لأن الالتزام انقضى بسبب الوفاء به، وطبيعة الانفساخ تتطلب أن تقع استحالة على التزام لم يتم الوفاء به¹.

ت- أن تكون الاستحالة مطلقة:

وهي تعني أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة، حتى يعفى المدين من تنفيذ التزامه، ويقصد بالاستحالة المطلقة هي أن يصبح تنفيذ الالتزام بعد نشوءه مستحلاً استحالة فعلية (مادية) أو استحالة قانونية، ولا يد للمدين فيها، ولا يكفي أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً، مادام التنفيذ لا يزال ممكناً² ونعني بالاستحالة هنا الاستحالة الموضوعية (المطلقة) الكاملة والنهائية، ولا يكفي أن تكون استحالة نسبية أو مؤقتة أو جزئية³.

والجدير بالذكر هنا انه ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحلاً عليه، بشكل مطلق و دائم، بسبب أجنبي لا يد له فيه وهو ما نصت عليه أحكام المادة 307 من القانون المدني الجزائري التي سبق الإشارة إليها في هذه الرسالة. وهو ما جاء كذلك في نص المادة 448 من القانون المدني الأردني من أنه: "ينقضى الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحلاً عليه بسبب أجنبي لا يد له فيه".

¹ عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، 194.

² عبد الرزاق السنوسي، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 469.

³ محمود نديم الخضر، المرجع السابق، ص 120.

ث- أن تكون الاستحالة على التزامات الأصلية:

حتى يتحقق الانفاسخ نتيجة استحالة التنفيذ، فيجب أن تقع الاستحالة على الالتزامات الأصلية دون الالتزامات الفرعية، فإذا وقعت على التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبought وتسليم التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة،¹ أما إذا وقعت الاستحالة على إحدى الالتزامات الفرعية، أما إذا وقعت الاستحالة على الالتزامات الفرعية فلا يؤدي ذلك إلى انفاسخ العقد، إلا إذا ظهر من إرادة المتعاقدين بما لا يترك مجالاً للشك أنهما قصدوا خلاف ذلك،² مع الملاحظ أنه إذا كانت الالتزامات بحسب طبيعتها غير قابلة للتجزئة، أو أن عدم تنفيذ بعضها يجعل العقد عديم الجدوى ففي هذه الحالة ينفسخ العقد بالكامل.

ج- ألا يكون المدين في حالة إعذار:

الإعذار هو الذي يحدد من يتحمل تبعه استحالة التنفيذ حتى ولو كانت راجعة لمسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، و الإعذار هو يمثل حالة وضع المدين في وضعية المتأخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية و تتبّعه بضرورة القيام به في العقد.

الإعذار يجعل المدين في مرتبة المقصّر في عدم تنفيذ التزاماته التعاقدية³ و يجعل منه مسؤولاً عن استحالة التنفيذ من الناحية القانونية، فعل سبيل المثال إذا هلك محل العقد، و كان الدائن قد وجه قبل الهلاك إعذار إلى المدين، بضرورة تنفيذ التزاماته خاصة في حالة التزام المدين بنقل حقاً عيناً، أو أن يقوم بعمل، ثم استحال التنفيذ بسبب أجنبي، فهنا تقع المسؤولية على المدين ولا يمكن بأي حال التحجج بهلاك الشيء المبought قبل التسلیم، ولا يمكن إعفاءه من المسؤولية.

¹ عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1986، ص 408.

² عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص 197.

³ ياسر شحادة مرزوق ضبابات، المرجع السابق، ص 144.

ومع كل هذا فإن القاعدة التي تقضي بانقضاء الالتزام لاستحالة التنفيذ، ليست من النظام العام، إذ يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، و في بعض القوانين فيها ما ينص على ذلك و نذكر حالات بقاء الالتزام رغم استحالة التنفيذ، و هو ما جاء في نص المادة 168 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري بقولها: "إذا كان المدين الملزم بالقيام بعمل يقتضي تسليم شيء و لم يسلمه بعد الإعذار فإن الأخطار تكون على حسابه ولو كانت قبل الإعذار على حساب الدائن".

في العقود الملزمة لجانب واحد كعقد الوديعة يتحمل الدائن تبعة الاستحالة، أما في العقود الملزمة للجانبين كعقد البيع، فإن المدين الذي استحال عليه تنفيذ التزامه، هو الذي يتحمل قانونا تبعة الاستحالة.¹

ح- أن لا يكون هناك اتفاق على تحمل المدين تبعة الاستحالة:

إن طبيعة أحكام المسؤولية العقدية، من كون أن أحكامها لا تتعلق بالنظام العام، وبالتالي يجوز لأطراف العلاقة التعاقدية تضمين عقدتهم شرط أن يتحمل المدين مسؤولية تنفيذ التزاماته، رغم حدوث الاستحالة نتيجة وقوع سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فهنا في هذه الحالة يسمى المدين بالضامن لمصلحة الدائن "obligation de garantie" ، وهنا في هذه الحالة لا تبرأ ذمة المدين إذا ما استحال التنفيذ، ووفقا لاتفاق فهو من يتحمل تبعة استحالة التنفيذ.²

¹ بلحاج العربي، مصادر الالتزام في ضوء قواعد الفقه الإسلامي و الأنظمة السعودية و الاجتهدات القضائية العربية والفرنسية، الطبعة 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2015، ص565.

² عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، المرجع السابق، ص186.

خ- أن لا يكون محل الالتزام تخياري:

عندما يكون محل الالتزام تخيارياً أي إذا كان محل الالتزام يشمل أشياء متعددة، فهنا تبرأ ذمة المدين براءة تامة في حالة ما إذا أدى واحد منها، و هو ما نصت عليه أحكام المادة 213 من القانون المدني الجزائري و التي نصت على أنه: "يكون الالتزام تخيارياً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة، إذا أدى واحد منها، و يكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك".

أما الحالة الثانية فهي تشمل حالة استحالة تنفيذ كل الأشياء المتعددة التي اشتمل عليها محل الالتزام، و ثبت أن المدين كان مسؤولاً عن هذه الاستحالة ولو فيما يتعلق بواحد من هذه الأشياء، كان ملزماً بدفع شيء آخر وهو ما نصت عليه المادة 215 من القانون المدني الجزائري.¹

د- أن لا يكون الالتزام بدللي:

يقصد بالالتزام بدللي إذا كان محله شيئاً واحداً، و لكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى منه شيئاً آخر، وهنا يكون خيار البدل يكون للمدين، بخلاف الالتزام التخياري الذي يكون فيه الخيار للدائن أو المدين، ومثل ذلك الالتزام بدللي الذي يفرض فيه الدائن المدين مبلغاً من المال، و يتفقاً على أن تبرأ ذمة المدين متى حل الأجل المحدد بهذا الدين، و عند حلول آجال التنفيذ قام المدين بإعطاء دائن، بضاعة أو سلعة معينة، و معنى ذلك أنه إذا هلك شيء البديل بسبب أجنبي عن المدين أو حتى بتقصير منه، فإن الالتزام لا ينقضى، لأن في هذه

¹ نص المادة 215 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان الخيار للمدين، ثم استحال تنفيذ كل الأشياء المتعددة التي اشتمل عليها محل الالتزام، و كان المدين مسؤولاً عن هذه الاستحالة ولو فيما يتعلق بواحد من هذه الأشياء، كان ملزماً بدفع شيئاً آخر".

الحالة الشيء البديل ليس محل الالتزام وإنما يقوم مقام المحل الأصلي في الوفاء فقط فما دام المحل الأصلي موجوداً ولم يهلك فإن الالتزام لا ينقضى رغم هلاك الشيء البديل.¹

الفرع الثاني: انقضاء الالتزامات المتقابلة وتحمل تبعات انقضائها

أولاً: انقضاء الالتزامات المتقابلة

كما رأينا سالفاً يترتب على القوة القاهرة انقضاء التزام المدين، ومنه كذلك يترتب انقضاء الالتزام المقابل له، ولكن اختلف الفقهاء بالنسبة للعقود الفرعية الناتجة عن العقد الأصلي الذي تعرض للانساخ نتيجة القوة القاهرة، وهو ما نصت عليه أحكام المادة 121 من القانون المدني الجزائري: **“في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له و ينفسخ العقد بحكم القانون”.**

ومثل ذلك إذا استحال على البائع في عقد البيع أن يسلم المبيع لهلاكه نتيجة القوة القاهرة، فإن التزامه بالتسليم ينقضى، و ينقضى مقابلة التزام المشتري بدفع الثمن، فلا يمكن مطالبته بالدفع إن لم يكن دفعه، وإن كان دفعه يمكن له أن يسترد من البائع إعمالاً لمبدأ رجعية الفسخ، بحيث لا توجد هناك صعوبة إذا كانت الالتزامات ناشئة عن عقد واحد.

ولكن يحدث في بعض العقود التي تنتج التزامات على عاتق طرفيها ثم تتفرع عنه عدة عقود أخرى وتحقق هذه الصورة أكثر في مجال العقود التجارية الدولية، حيث يلتجأ طرف العقد الدولي إلى إبرام عدة عقود فرعية مع الغير مثل عقود نقل البضائع براً أو بحراً أو جواً وكذلك عقود التأمين على البضائع. وهنا يبقى التساؤل المطروح ما مصير العقود الفرعية التي أبرمت لتنفيذها في حالة انفاسخ العقد الأصلي نتيجة القوة القاهرة؟ وللإجابة على هذا التساؤل اقترح الفقه التفرقة بين الحالتين التاليتين:

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 108، ص 108.

الحالة الأولى: إذا كان القصد من إبرام العقد الفرعى هو خدمة العقد الأصلي وبمفهوم آخر أن المتعاقد الفرعى يجب أن يعلم أو يكون عالماً أو كان في وسعه أن يعلم أن منافع العقد المبرم معه توجه إلى تحقيق وتنفيذ العقد الأصلي،¹ ففي هذه الحالة فإن العقود الفرعية المبرمة بهدف تنفيذ العقد الأصلي تفسخ هي الأخرى نتيجة انفاسخ العقد الأصلي طبقاً لقاعدة الفرع يتبع الأصل.

الحالة الثانية: إذا كان المتعاقد في العقد الفرعى لا يعلم أن الهدف من التعاقد معه هو خدمة وتنفيذ العقد الأصلي، كان يقوم المشتري بإبرام عقد إيجار لمستودع لتخزين البضائع التي اشتراها بموجب العقد الأصلي والمؤجر لا يعلم أن الهدف من الإيجار هو خدمة العقد الأصلي ففي هذه الحالة لا يستطيع المتعاقد في العقد الأصلي التخلص من العقد الفرعى في حالة استحالة تنفيذ العقد الأصلي إلا إذا أقام في العقد الفرعى ذاته شروط استحالة التنفيذ.

ويرى جانب آخر من الفقه أنه يمكن التخلص من العقد الفرعى عن طريق الفسخ القضائى إذا ثبت المتعاقد الفرعى أن تنفيذ العقد الفرعى أصبح مرهقاً له ويستند أصحاب هذا الرأى على أحكام المادة 608 من القانون المدنى المصرى التي تنص على أنه: "إذا كان الإيجار معين المدة جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انتهاء مدة، إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقاً، على أن يراعى من يطلب إنهاء العقد مواعيد التبيه بالإخلاء المبينة بالمادة 563، و على أن يعوض الطرف الآخر تعويضاً عادلاً".

كما يستند أصحاب هذا الرأى كذلك على أحكام المادة 1/663 مدنى مصرى والتي تنص على أنه: ".لرب العمل أن يتحلل من العقد، ويوقف تنفيذه في أي وقت قبل إتمامه

¹ عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، المرجع السابق، ص496.

على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من مصروفات، وما أنجزه من أعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل.¹

ومن خلال التطرق إلى نص المادتين سالفتي الذكر، يرى الباحث أن هاتين المادتين هي نصوص خاصة لا يسوغ الاستناد إليهما عند تقرير حكم خاص، كون أن الرجوع إليهما وإعمالهما يمس بنظرية القوة القاهرة، إذ أن نص المادتين يجيز للطرف المتعاقد التخل من الالتزامات العقدية، ولكن بشرط أن يؤدي تعويض منصف الطرف الآخر، وهو ما يتناهى ونظرية القوة القاهرة التي تعفى المدين من المسئولية والتعويض، وبمفهوم المادتين أن هناك خطأ من الطرف المتعاقد يستوجب التعويض، أما في حالة القوة القاهرة، فإن الحدث الذي تتوفرت فيه شروط معينة يؤدي إلى استحالة التنفيذ لا يستوجب معه التعويض، فضلاً على أن في حالة القوة القاهرة فإن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه، أما في نص المادتين المشار إليهما أعلاه فإن الفسخ يكون أمام المحكمة وبحكم القاضي.

وبناءً على ما سبق فإن العقود الفرعية المنبثقة عن العقد الأصلي في الحالة الأولى التي لا يعلم فيه الطرف المتعاقد أن العقد الفرعي أبرم خدمة للعقد الأصلي، فإن تعرض هذا الخير للفسخ فالعقد الفرعي لا ينفسخ بالتبعية، إلا إذا قام في شأنها قوة قاهرة مستقلة تماماً عن تلك التي لحقت العقد الأصلي.

والغاية من انقضاء الالتزام المقابل الذي استحال تنفيذه من انتقاء سببه، و مثل ذلك إذا استحال على المشتري دفع الثمن انقضى سبب التزام البائع بتميليم المبيع، ولهذا السبب ينفسخ العقد من تلقاء نفسه أو بحكم القانون دون الحاجة إلى التقاضي بل و بدون إعذار متى تبين وضوح استحالة التنفيذ وضوحاً كافياً.

¹ محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 317.

ويترتب على انقضاء الالتزامات المقابلة كأثر من أثار الانفساخ يقتضي إعادة الأطراف إلى الحالة الأولى قبل إبرام العقد، وهي القاعدة العامة المعهود بها في كافة أنواع الفسخ سواء كان الفسخ بحكم القاضي أو بقوة القانون (الانفساخ).¹

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأن: «مفاد نص المادة 160 من القانون المدني المصري أن الفسخ يترتب عليه انحلال العقد بأثر رجعي منذ نشوئه ويعتبر كأنه لم يكن و يعاد كل شيء كما كان عليه من قبل، و من ثم فإنه يترتب على القضاء بفسخ البيع أن تعود العين المباعة إلى البائع، وأن يرد هذا الأخير ما قبضه من الثمن، و على ذلك إذا كان العقد الذي تقرر انفساخه لم ينفذ شيء منه فلا يلتزم أي من المتعاقدين بشيء نحو الآخر، وإذا كان العقد قد نفذ في جزء منه، وجب أن يرد كل من المتعاقدين الأداء الذي قبضه، فإذا كان العقد بيعا، وفسخ العقد رد المشتري المبيع إلى البائع ورد البائع الثمن إلى المشتري».²

ثانياً: تحمل تبعات انقضاء الالتزام

عندما ينقضي الالتزام لاستحالة تنفيذه نتيجة وقوع حدث يوصف بالقوة القاهرة ، تتوفّر فيه شروطًا معينة، فلا يستوفي الدائن حقه لا عيناً ولا بمقابل، والتساؤل الذي يطرح هنا من يتحمل مسؤولية عدم التنفيذ، لذلك فقد اختلف في تحديد من المسؤول عن تحمل تبعات انقضاء الالتزام بسبب القوة القاهرة و هي الأثار المباشرة على العقد.

ومسألة تحديد الطرف الذي يتحمل التعويض نتيجة عدم تنفيذ الالتزام بسبب القوة القاهرة، لا تثور إلا حيث يكون محل العقد معيناً بالذات، أما إذا كان محل العقد معيناً بالنوع فلا تطرح مسألة تحمل تبعه الها لا،³ وذلك انه في حالة البيع المعين بالذات فن ذاتية محل

¹ محمود عبد الرحمن محمد، النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ب.س.ن، ص355.

² محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص319.

³ عبد المنعم البدراوي، عقد البيع في القانون المدني، دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر، طبعة 1957، ص423.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

العقد لم تتحدد بعد، حتى يمكن القول أنها هلكت، ومن ثم فإنه في هذه الحالة يمكن للبائع الرجوع إلى تنفيذ العقد عن طريق المثلثات والمثلثات لا تهلك.¹

وهلاك الشيء المباع بسبب أجنبى عامة أو بسبب القوة القاهرة خاصة هو محور أساس تحمل التبعية لأن في حالة الهلاك بسبب أحد طرفي العقد يتربت عليه فسخ العقد، واستحقاق التعويض، و بمفهوم آخر يتحمل تبعية الهلاك الطرف الذي تسبب بخطئه في هلاك محل البيع.²

والفقه القانوني عرف الهلاك بأنه تلف مال معين تلفاً كلياً أو جزئياً بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي، ويعتبر كالهلاك حدوث قوة قاهرة تحول دون الانفصال بشيء معين كان يعود بالفائدة فيفقد الشخص هذه الفائدة أو منفعة ذلك الشيء و لا يكون له أن يرجع على أحد.³

وعرف رأي آخر من الفقه الهرلي على أنه زوال الشيء أو تدميره وفناؤه وعدم إمكانية إعادة المعقود عليه بحالته التي كان عليها، وقد يكون الهرل كلياً أو جزئياً، فيكون كلياً في حالة تعلقه بجميع الأشياء، كما هو الحال في حالة احتراق البضاعة كلياً أو تدميرها أو غرقها، دون أن يبقى منها شيء.

وقد يكون الهرل جزئياً في حالة تعلقه ببعضها، كما إذا وصلت البضاعة فعلاً ولكن بها نقص أو عجز في مقدارها،⁴ أما في حالة بيع البضاعة المتعاقد عليها من طرف القضاء خشية تلفها حتى يفصل في النزاع الواقع بين الطرفين، لا يعتبر هلاك الشيء المباع ويفسخ في هذه الحالة العقد المبرم بين الطرفين ذلك أن هلاك الشيء يكون بفعل آفة سنوية

¹ عبد الوهاب على بن سعد الرومي، المرجع السابق، ص 553.

² عبد المنعم البدريري، المرجع السابق، ص 427.

³ سليمان مرقس، الوفي في شرح القانون المدني، الطبعة الخامسة، المنشورات الحقوقية-صادر، بيروت، لبنان، سنة 1977، ص 208.

⁴ محمد احمد الزرقاء، مسؤولية الناقل البري في عقد نقل الأشياء، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة و القانون، جامعة الأزهر، مصر، سنة 1971، ص 1999.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

أو بفعل مادي بفعل الإنسان، أما في حالة بيع الشيء بأيام من القضاء خشية التلف هو إجراء وقتي فصد به صيانة الشيء المباع من الهاك مع حفظ قيمته لمن يقتضي بالتسليم اليه.¹

هذا وتعنى مسألة تبعة الهاك تحديد مسؤولية من يتحمل هلاك محل الالتزام بسبب القوة القاهرة، لذلك فإن تبعة الهاك تعبّر عن خطر من نوع خاص، هو الذي يتعرض له المدين بالتزام متعلق بشيء، عندما يتلف هذا الشيء أو يهلك كلياً أو جزئياً بسبب أجنبي لا يد له فيه، مما يؤدي أن يصبح تففظ الالتزام مستحيلاً،² بعد انقضاء الالتزام العقدي و لم يتمكن الدائن ما استيفاء حقه لا عيناً ولا بمقابل فإن تبعة الهاك تختلف باختلاف طبيعة العقود إذا كانت ملزمة للجانبين أو كانت عقود ملزمة لجانب واحد.

أ) في العقود الملزمة لجانب واحد:

بعد انقضاء الالتزام العقدي و لم يتمكن الدائن من استيفاء حقه لا عيناً ولا بمقابل، بسبب القوة القاهرة و ترتب على هذا الانقضاء انفساخ العقد بقوة القانون و براءة ذمة المدين من التزامه، فإن مسؤولية تحمل تبعة هلاك الشيء تقع في هذه الحالة على الدائن و هو وحده من سيتحمل تبعة انفساخ العقد، و هذا المر يرجع بالدرجة الأولى إلى الطبيعة الموضوعية للعقد الملزم لجانب واحد، ففي عقد الوديعة اذا هلك الشيء المودع لدى بسبب لا يد للمودع فيه فإن المالك (الدائن) هو من يتحمل تبعة الهاك و بالنتيجة يفقد ما كان لديه، أما المودع لديه (المدين) في هذه الحالة لا يعتبر دائناً للمودع.³

ويرى جانب آخر من الفقه أن تحمل الدائن تبعة هلاك الشيء وحده، في العقود الملزمة لجانب واحد، فيه نوع من القسوة ولأي سبب يتحمل هو تبعة الهاك، ويرى أصحاب هذا الرأي انه يتوجب إشراك المدين في تحمل تبعة هلاك الشيء، ما دام انه وقع نتيجة

¹ عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، المرجع السابق، ص 558.

² سليمان مرقص، المرجع السابق، ص 103.

³ عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، المرجع السابق، ص 524.

حدث فجائي لا دخل لطيفي العقد فيه، و يبررون هذه المشاركة استناداً إلى قواعد العدالة هي التي تتطلب توزيع تبعة الهاك على الطرفين، بدلاً من إلقاءها كلية على طرف واحد.¹

ب) في العقود الملزمة للجانبين:

نصت المادة 121 من القانون المدني الجزائري على أنه: **في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون**، وهذا يعني في العقود الملزمة للجانبين أن المدين هو الذي يتحمل تبعة الهاك على الرغم من انقضاء التزامه، وهو الأمر المعاكس بالنسبة للعقود الملزمة للجانب الواحد، لأن المدين إذ سبق له إن تحل من تنفيذ التزامه يجد في نفس الوقت الالتزام الذي عليه في ذمة الدائن، وهو الالتزام المقابل قد انقضى هو أيضاً بسبب انقضاء الالتزام الأول وإنفاسخ العقد، فيقع عليه الغرم ومن ثم هو من يتحمل التبعة.

وفي هذا الشأن قالت محكمة النقض المصرية بأنه: **من المقرر قانوناً أن عقد البيع ينفسخ حتماً من تلقاء نفسه طبقاً لأحكام المادة 109 من القانون المدني المصري بسبب استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين لسبب أجنبي، ويترب على الانفاسخ ما يترب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد، ويتحمل تبعة الاستحالة في هذه الحالة المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه عملاً بمبدأ تحميل التبعة في العقد الملزم للجانبين**.²

وفي بعض القوانين تربط الصلة بين تبعة الهاك وانتقال الملكية، تبقى مسؤولية المدين قائمة ما دامت الملكية لم تنتقل إلى الدائن، وتكون على الدائن بمجرد انتقال الملكية

¹ سليمان مرقص، المرجع السابق، ص 204.

² ياسر شحادة مرزوق ضبابات، المرجع السابق، ص 179.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

كما أن القانون المدني الفرنسي هو الآخر يأخذ بهذه القاعدة في مسألة العقود الناقلة للملكية إذ تنص الفقرة الثانية من المادة 1138 بأن: "الالتزام بتسليم شيء يتم بمجرد اتفاق العاقدين وأنه يجعل الدائن مالكا وينقل إليه تبعة ال�لاك من الوقت الذي يجب فيه تسليم الشيء ولو لم يتم التسليم فعلاً ما لم يكن المدين معذوراً بالتسليم فتبقى عليه تبعة ال�لاك".

هذه القاعدة لا تطبق في القانون الفرنسي في العقود الناقلة للملكية التي تكون بين انتقال تبعة ال�لاك وانتقال ملكية المبيع وهو ما نصت عليه أحكام المادة 1822 من القانون المدني الفرنسي بأن: "هلاك العين المؤجرة بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي يؤدي إلى إعفاء المستأجر من دفع الأجرة".

ومما سبق الإشارة إليه أن تحمل خسارة هلاك الشيء تختلف حسب طبيعة العقد، ففي العقود الملزمة للجانبين يتحمل المدين تبعة ال�لاك، أما في العقود الملزمة لجانب واحد يتحمل الدائن الخسارة الناتجة عن ضياع أو إتلاف الشيء بسبب هلاكه نتيجة قوة قاهرة، والأصل أن الشيء يهلك على مالكه فعليه تقع تبعة ال�لاك،¹ وهو المقصود بتبعة الشيء.

ت) أنواع التبعة:

كما رأينا أن تبعة الشيء يقصد منها الخسارة التي تترتب على ضياع الشيء بسبب هلاكه بقوة قاهرة، وهو ما يطلق عليه فقهياً تبعة الشيء، أما تبعة العقد فيقصد بها تحمل المدين في العقود الملزمة للجانبين الخسارة الناجمة عن استحالة التنفيذ نتيجة القوة القاهرة، وتحمل الدائن في العقود الملزمة لجانب واحد تلك الخسارة، وفي الحالة التي تجتمع في الطرف العاقد صفاتي المالك والمدين، في هذه الحالة تجتمع تبعة الشيء مع تبعة العقد.

¹ عبد المنعم البراوي، المرجع السابق، ص 513.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالات المطلقة)

ففي حالة هلاك العين المؤجرة قبل تنفيذ عقد الإيجار أو أثناء سريانه، فإن المؤجر بصفته مالك العين المؤجرة يتحمل تبعة هلاك العين، وهنا تكون أمام تبعة الشيء، كما أنه قد يكون مدينا بتسليم المستأجر العين للانتفاع بها طوال مدة عقد الإيجار، فإن هلكت بريئ نسمة المستأجر من دفع الأجرة، وفي هذه الحالة يتحمل المؤجرة تبعة العقد، حيث ضاعت عليه الأجرة.¹

وفي بعض الحالات يتحمل متعاقد تبعة الشيء، ويتحمل المتعاقد الآخر تبعة العقد، و ذلك لاختلاف أساس كل منهما، فإذا كنا أمام عقد وديعة مأجورة، و هلكت الوديعة بسبب قوة قاهرة، فنها تهلك على المودع باعتباره مالك لها، و هو تقع عليه تحمل تبعة الشيء، أما المودع لديه باعتباره في هذه الحالة دائن بالأجرة فيتحمل تبعة العقد، لأنه لن يستطيع المطالبة بالأجرة.²

كما أنه لا تلازم بين تحمل تبعة الشيء، وتحمل تبعة العقد، فليس بالضرورة أنه من يتحمل تبعة الشيء يتحمل تبعة العقد، و في بعض الحالات تتحقق تبعة الشيء دون تبعة العقد، و تتحقق هذه الصورة في الحالة التي لا يكون أي من التزامات الطرفين متصلة بشيء، كالالتزام العامل أو المقاول أو الطبيب بالقيام بعمل معين، و لم يتم من القيام به نتيجة حدوث قوة قاهرة حالت دون ذلك، ففي هذه الحالة لا توجد سوى تبعة العقد و التي يتحملها المدين الذي استحال عليه التنفيذ، حيث لا يستحق الأجر.³

¹ عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص221.

² عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص222.

³ عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، المرجع السابق، ص675.

الفصل الثاني: المفهوم الحديث لمشكلة تغير الظروف

توصنا من خلال دراسة الفصل الأول، أن مفهوم القوة القاهرة المعروف في مختلف النظم القانونية الوطنية، تعني وقوع حادث بشروط و مواصفات معينة، يجعل تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية أمراً مستحيلاً، ويترتب على ذلك انقضاء الالتزام وانسلاخ العقد مباشرة بقوة القانون.

فمناط القوة القاهرة بمفهومها التقليدي، أن تكون الاستحالة الناشئة عن الحادث استحالة موضوعية ومطلقة، وأن يكون الحادث المشكل للقوة القاهرة غير متوقع أثناء مرحلة إبرام العقد و مستقل عن المدين، ولا يكفي أن يكون الحادث غير متوقع من جانب المدين، بل لا بد أن يكون من جانب اشد الناس حرصاً في هذا المجال يوجد في مثل ظروفه أو يتغلب على نتائجه عند حدوثه.

كما رأينا أن بعض الأنظمة القانونية توصلت إلى نفس النتيجة التي ترتبتها القوة القاهرة وهي انفصال العقد وانقضاء الالتزام، حتى في حالة عدم تحقق الاستحالة المطلقة، كما هو الشأن في القانون الإنجليزي¹ صاحب نظرية انهيار العقد «frustration» والتي

¹En droit anglais, le concept de *frustration* « couvre à la fois le domaine correspondant à la force majeure et la matière de l'imprévision ». Cettethéorie est venue tempérer les rigueurs d'un système juridique qui n'ad mettait pas qu'une partie puisse être exonérée de l'exécution de ses obligations, dût-elle s'avérer impossible.Ainsi, dans le *leading case Paradine v. Jane*, la Cour affirmait sansLa première brèche à ce principe rigide ne survint qu'en 1863 dansl'affaire *Taylor v. Caldwell*. Cette décision allait constituer la fondation surla base de laquelle allait s'élaborer la doctrine de *la frustration*. Le jugeBlackburn y rappelle d'abord le principe énoncé dans *Paradine* pourensuite ajouter.Avec ce type de raisonnement alambiqué, les juges anglais ont puappliquer la doctrine of frustrationà un large éventail de situations.D'abord limitée aux contrats dont l'exécution est subordonnée à l'existence d'une chose, la doctrine fut étendue aux situations où le cocontractant se trouvait dans l'impossibilité physique d'exécuter son engagement⁵⁷. Elle fut ensuite admise dans les cas d'impossibilité juridiqueengendrés par l'expropriation (ou la nationalisation) de biens et par lesinterdictions d'exportation ou d'importation, pourvu que le risque n'ait pasété pris en charge par l'une des parties.

Voir Pierre Moisan, *Technique contractuelle et gestion des risques dans lescontrats internationaux : les cas de force majeure etd'imprévision*

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

تعني فسخ العقد في حالة عدم تحقق الهدف الاقتصادي الذي ابرم من أجله، على الرغم من وجود إمكانية التنفيذ من الناحية الواقعية.

asherنا كذلك إلى مفهوم القوة القاهرة في القانون الألماني الذي يعرف هو الآخر الاستحالة المطلقة التي ينتج عنها فسخ العقد لاستحالة التنفيذ دون خطأ من المدين، ولو كانت الواقعية التي أدت إلى عدم التنفيذ راجعة للمدين، وهي شرط من شروط توفر حالة القوة القاهرة.

هذا المفهوم الجامد للقوة القاهرة الذي تعرفه القوانين الوطنية، و ما يتربت عنه من فسخ أو انفاسخ للعقد هو نفسه المفهوم المتداول في عقود التجارة الدولية، أم أن هناك مفهوماً آخر يتسم بالمرونة والاتساع لمفهوم القوة القاهرة، نظراً لما تميز به عقود التجارة الدولية من أهمية اقتصادية كبيرة، ليس فقط بالنسبة لأطراف العقد بل تمتد إلى الدول التي ينتمي إليها هؤلاء الأطراف، وفي بعض الحالات تتعدي أهمية العقد التجاري الدولي إلى اقتصadiات الدول الواقعة في المنطقة الجغرافية المجاورة¹ يتماشى ومتطلبات التجارة الدولية.

كما تميز العقود التجارية الدولية بتدخل الدولة في هذه العقود سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، ويظهر هذا التدخل المباشر عندما تدخل بنفسها أو بواسطة أحد أشخاصها القانونية العامة طرف في العقد، خاصة إذا تعلق العقد بمرافق حيوية لا يمكن للدولة أن تتركها لشركات القطاع الخاص، أو كان موضوع العقد يمس الأمن القومي للدولة.²

¹ KHAN (PH), L ex mercatiria et pratique des contrats internationaux : L expériences française, le contrat économique international, stabilité et évolution, journées d études juridiques, Jean Dabain, Bruxelles, Paris, Bruylant et Pedone, 1975, p 481.

² اختلف الفقه القانوني في تحديد الطبيعة القانونية للعقود التي تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص القانونية التابعة لها مع الأشخاص الطبيعية، أو المعنوية التابعة لدولة و التي يطلق عليها عقود الدولة فالبعض يرى أن هذه العقود تعتبر عقود إدارية تخضع إلى لأحكام القانون الإداري إذا لم يتفق الأطراف على تطبيق قواعد أخرى، ويرجع الاختصاص في المنازعات الناشئة عن هذه العقود إلى المحاكم الإدارية، و يستند أنصار هذا الاتجاه إلى ما يلي :

وبما أن أطراف العلاقة التجارية الدولية هم من يضع شروط العقد لتنظيم نطاقه وإجراءاته، وحتى الاتفاق على مفهوم القوة القاهرة الذي يستمد أساسه القانوني من إرادة الأطراف، وهو يصبح عليه نوع من المرونة تختلف تماماً عن ما هو في القوانين الداخلية.

هذا يرجع إلى الطبيعة الخاصة للعقد التجاري الدولي، هذا ما سنعالجه من خلال التعرف على مسألة تغير الظروف في الاتفاقيات الدولية (المبحث أول) ثم بليها التوسع في مفهوم القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تغير الظروف في الاتفاقيات الدولية

سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى تغير الظروف في الاتفاقيات الدولية وكيف عالجت هذه الأخيرة مسألة التغير في الظروف المصاحبة لتنفيذ العقد التجاري الدولي، وذلك في الأحوال التي تكون فيها هذه الإتفاقية واجبة التطبيق وفقاً للمعايير التي تتضمنها تلك الإتفاقية أو في الأحوال التي يتفق فيها الأطراف على تطبيق أحكام الإتفاقية على عقدهم، كما سنحاول أن نبرز مفهوم القوة القاهرة في اتفاقية لاهي 1964 وكيف

- هذه العقود وان كانت من حيث الأصل تستهدف إلى تحقيق ربح بالنسبة للمستثمر الأجنبي إلى أنها بالنسبة للدولة تهدف إلى تسيير مرفق عام، ومثل ذلك ا لعقود المتعلقة بإنشاء مشروعات السكة الحديدية وإنشاء القرى السياحية، إقامة المستشفيات.
 - تكون الدولة طرفاً في هذه العقود أو أحد أجهزتها القائمة على النشاط الاقتصادي.
 - تتضمن هذه العقود شروطاً استثنائية و غير مألوفة في القانون الخاص، مثل منع المزايا العينية التي تقرها الدولة للطرف الأجنبي، الإعفاء من دفع الضرائب و الرسوم الجمركية، منح المستثمر عقار لإقامة عليه المشروع، التسهيلات الإدارية. راجع في ذلك: عبد المنعم محفوظ، قضاء المشروعية و فلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر، الطبعة الأولى، عالم الكتب، مصر، سنة 1974، ص 412.
- ويرى البعض الآخر أن هذه العقود تعتبر عقود خاصة و تخضع لأحكام القانون الخاص و ليست عقوداً إدارية، و يستند أنصار هذا الاتجاه إلى حاجة الدول إلى هذه العقود يجعلها تتعاقد باعتبارها شخصاً خاصاً و تبتعد في أساليب تعاقدها عن القانون العام، الذي يتخوف منه الطرف الأجنبي و بالتالي لا يقدم على التعاقد معها في حالة استعمالها لأسلوب القانون العام، راجع في ذلك:

Khan, Problème juridique de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique Française, DJI, 1965, p.138 .

عالجت هذه الإنفاقية التغير في الظروف المؤدية إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد (مطلوب أول) ثم إلى مفهوم القوة القاهرة في اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع (مطلوب ثاني).

المطلب الأول: مفهوم تغير الظروف في اتفاقية لاهاي 1964

من خلال دراستنا لمفهوم القوة القاهرة في بعض التشريعات الوطنية الذي كما رأينا يجد مصدره في نصوص القانون والأنظمة الداخلية و يتسم بالتشدد ، فإن الأمر يختلف بالنسبة لمفهوم القوة القاهرة في اتفاقية لاهاي ¹ الذي يعرف مفهوماً موسعاً، يجد مصدره في إرادة أطراف العقد، إلا أن المفهوم التقليدي للقوة القاهرة لا يزال يحتفظ بوجوده في بعض الشروط التعاقدية في مجال التجارة الدولية، وكذلك بالنسبة لشروط إعفاء المدين من المسؤولية نتيجة تخلفه عن تنفيذ التزاماته التعاقدية نتيجة حدث غير متوقع أثناء ابرم العقد، والملاحظ انه اختلف التعبير عن الحدث في نص الاتفاقيتين عنه فيما سبق أن تعرضنا اليه.

وتعتبر اتفاقية لاهاي عام 1964 المتعلقة بعقود البيع الدولي للمنقولات المادية والبضائع المجال الخصب لعقود التجارة الدولية، ولمعرفة مفهوم القوة القاهرة الذي تأخذ به

¹Dans le domaine de la vente, «les différences entre les droits nationaux sont nombreuses et édoutables98 ». L'objectif premier de la Convention de Vienne est d'aplanir ces distorsions en énonçant des règles uniformes conformes aux nécessités du commerce international99. Les succès remportés par la Convention sont remarquables si l'on considère qu'elle constitue en fait l'expression d'un véritable compromis entre des conceptions nationales relatives à la vente qui se situent souvent aux antipodes. Ce caractère compromissoire a toutefois eu pour effet de restreindre grandement son champ d'application. Ainsi, de nombreux auteurs ont critiqué le fait qu'elle ne traite pas, entre autres, de la validité du contrat, du transfert de la propriété et de l'imprévision. En conséquence, les dispositions de la Convention de Vienne relatives aux changements de circonstances ne pourront, en principe, être d'aucun secours aux parties dont les prestations sont devenues plus onéreuses, à la suite d'événements imprévisibles ou imprévus. Par contre, la Convention a élaboré un concept original trouvant application lorsqu'un changement de circonstances empêche l'une ou l'autre des parties d'exécuter ses obligations. Il s'agit de la notion d'« exonération » énoncée à l'article 79 : voir Moisan Pierre, Op, cit, P.300.

اتفاقية لاهي، وهل تأخذ بالمفهوم المتشدد أو بالمفهوم المرن والموسع الذي يجد مجاله في عقود التجارة الدولية أم أنها تبني مفهوماً خاصاً بها.

وكما هو معروف أن اتفاقية لاهي تطبق في عدة دول التي تختلف أنظمتها القانونية، والتي لا يمكن لاتفاقية لاهي أن تأخذ بإحدى هذه الأنظمة دون أخرى، الأمر الذي تطلب إيجاد تنظيم قانوني دولي واحد يعطي مفهوماً للقوة القاهرة تأخذ به العقود الدولية المبرمة في ظل اتفاقية لاهي للبيع الدولي.

ومن جهة أخرى تظهر أهمية صياغة مفهوم القوة القاهرة في القانون الدولي¹ من حيث في حالة إغفال طرفي العقد الدولي تنظيم مسألة القوة القاهرة في العقد المبرم بينهما، إذ في هذه الحالة لا يكون هناك مجال للبحث عن إرادة الأطراف لتحديد المفهوم الذي رغبوا في الأخذه.²

¹ Devant les lacunes constatées dans les droits nationaux et dans un souci d'uniformiser les principes juridiques et la pratique commerciale internationale, certains organismes internationaux se sont proposés d'offrir des solutions de rechange au problème de la force majeure et de l'imprévision. Ainsi, l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) travaille présentement à l'élaboration de «principes généraux pour les contrats commerciaux internationaux». L'avant-projet comporte sept chapitres respectivement consacrés aux dispositions générales, à la formation, à la validité, à l'interprétation, au contenu, à l'exécution et à l'inexécution des contrats. À l'origine, ses promoteurs souhaitaient élaborer un texte pouvant être soumis aux divers gouvernements sous la forme d'un projet de convention qui aurait constitué un «véritable code des contrats internationaux». Le réalisme a cependant ramené le projet à des dimensions plus modestes. On espère tout de même que le prestige et l'autorité de l'Institut permettront aux «principes» d'être considérés «comme une espèce de ratio scripta, d'ordre légal supranational émergeant — une lex mercatoriamoderne — qui gouverne les transactions internationales soit parce que les parties elles-mêmes s'y sont référencées comme étant la loi applicable ou à cause de sa reconnaissance par les instances arbitrales ». Parmi les principes sont reconnues l'imprévision et la force majeure. Bien qu'il ne s'agisse pas de la version définitive des principes, il est intéressant de présenter l'approche qu'a retenue le groupe de travail d'Unidroit à l'égard de ces deux notions. voir, Moisan Pierre, Op, cit, P.303

² محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص206.

وحتى نستطيع تبيان مفهوم القوة القاهرة في اتفاقية لاهاي نتعرض إلى نطاق تطبيقها أولا ثم يليه الحديث عن مفهوم القوة القاهرة في ظل هذه الاتفاقية.

الفرع الأول: نطاق تطبيق اتفاقية لاهاي عام 1964

تعتبر اتفاقية لاهاي للبيع الدولي للبضائع اللبنة الأولى لميلاد القانون الدولي في مجال التجارة الدولية، من خلال وضع المبادئ العامة لمشروع اتفاقية تتعلق بالبيع الدولي للمنقولات المادية وأول البوادر كانت خلال انعقاد المؤتمر الدولي بمدينة لاهاي سنة 1951 الذي وضع الخطوط العامة لاتفاقية من خلال إنشاء لجنة أوكلت لها مهمة إعداد الاتفاقية.

وبعد إعداد مشروع الاتفاقية سنة 1956 تم إرساله من قبل الحكومة الهولندية إلى الدول لأخذ الرأي فيه، وفي سنة 1962 اجتمعت اللجنة لدراسة الملاحظات المدونة من قبل الدول التي عرض عليها مشروع الاتفاقية من أجل إعادة صياغته، كما قام معهد روما بإعداد مشروع اتفاقية ثانية تتعلق بمعالجة تكوين عقد البيع الدولي للمنقولات المادية.

وفي سنة 1964 انعقد مؤتمر دولي بمدينة لاهاي لمناقشة المشروعين شاركت فيه 28 دولة وستة منظمات دولية، والذي تم خص عن إبرام الاتفاقيتين الدوليتين في أول يوليو 1964¹، وقعتها اثنتا عشرة دولة، الاتفاقية الأولى تشمل على خمسة عشرة مادة وملحق اتفاقية الذي هو عبارة عن القانون الموحد بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية ويكون من 101 مادة، يتناول هذا الملحق نطاق تطبيق الاتفاقية والتزامات كل من البائع والمشتري المترتبة عن عقد البيع دون سواها من مسائل البيع الأخرى، التي بطبيعة الحال تخضع إلى القانون الواجب التطبيق وفقا لما تنص عليه أحكام القانون الدولي الخاص.

¹ محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 208.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

الاتفاقية الثانية تتكون من ملحقين الأول يتكون من ثلاث عشرة مادة تتعلق بتكوين عقد البيع و نطاق تطبيقه، الإيجاب والقبول فقط دون التطرق إلى المسائل الأخرى المتعلقة بتكوين العقد كالأهلية والمحل والمسبب ولم يتناول الملحق عيوب الرضا كالغلط والإكراه والتدليس.

الملحق الثاني للاتفاقية يتكون من مادتين فقط التي تربط بين الاتفاقية الأولى الخاصة بالقانون الموحد لعقد البيع والثانية، حيث تطرق المادتين الأولى من الملحق الثاني إلى نطاق تطبيق القانون الموحد المتعلق بتكوين العقد (التزامات البائع و المشتري) أما المادة الثانية من الملحق فهي تطرق إلى قواعد تفسير الإيجاب الصادر بطريق المراسلات أو البرقيات أو التليفون أو التلكس أو بأي وسيلة أخرى من وسائل المواصلات.

وما يمكننا ملاحظته أن الاتفاقيتين لم تطرقان إلى كل الجوانب المتعلقة بعقد البيع وإنما اقتصرتا على الجانب العملي في مسألة البيوع الدولية و تطرقنا إلى الجوانب التي تثار بشأنها المنازعات الدولية المتعلقة بالإيجاب والقبول والالتزامات التي تقع على أطراف عقد البيع الدولي وكيفية تفيذهما وجزاء عدم التنفيذ.¹

كما يلاحظ أن عدم إدماج الاتفاقيتين معاً كان الهدف منه توحيد قانون التجارة الدولية، الدول تصادق على الاتفاقية التي تلائمها و ترفض التي لا تخدم مصالحها و يشترط لتطبيق اتفاقية لاهي لسنة 1964 والتي سميت "بالقانون الموحد" أن يكون موضوع العقد بيعاً دولياً.²

¹ محسن شفيق، اتفاقية لاهي لعام 1964 بشأن البيع الدولي لـ منقولات المادة، دراسة في قانون التجارة الدولية، محاضرات لنديبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص 1972-1973، ص. 95.

² ولتحديد معيار دولية العقد يأخذ الفقه بالمعايير الشخص والمادي ويقصد بالمعايير الشخص هو اختلاف المكان الذي يوجد به مراكز أطراف البيع و ذلك بصرف النظر عن اتفاق أو اختلاف جنسيتهم.

الفرع الثاني: مفهوم القوة القاهرة في اتفاقية لاهي 1964

كما تم الإشارة إليه فإن القانون الموحد للبيع الدولي (اتفاقية لاهي 1964) لم يتناول جميع المسائل المتعلقة بالبيع، وإنما تناول التزامات كل من البائع والمشتري والتي نظمت في خمسة أبواب حيث تناول في الباب الأول الأحكام العامة، وفي الباب الثاني التزامات البائع، والباب الرابع التزامات المشتري الذي تناول الأحكام المشتركة التي تسرى على الالتزامات المترتبة على العقد، وفي الباب الخامس تناول تبعة الهالك¹.

فيما حرص القانون الموحد على إقامة التوازن بين التزامات البائع والمشتري لكي لا يطغى أحدهما على الآخر وهذا ما جاء في أحكام الباب الثالث الذي يحمل عنوان "الأحكام المشتركة"، وهي الأحكام التي تسرى على كل من البائع والمشتري التي تطرقت إلى الإعفاء من المسؤولية عن التنفيذ التي نصت عليها المادة 74 من القانون الموحد التي نصت :

1. في حالة إخلال أحد الأطراف بتنفيذ التزاماته، فلن يكون هذا الطرف مسؤولاً عن عدم التنفيذ إذا ثبت أن هذا الإخلال جاء نتيجة ظروف لا يلتزم بأخذها في الاعتبار وأنجنبها أو التغلب عليها وفقاً لنية الأطراف وقت إبرام العقد، وفي غياب هذه النية ينظر لما يعتزم فعله الأشخاص العاديون في حالة مماثلة.

2. إذا كانت الظروف التي تسببت في عدم تنفيذ الالتزام تمثل مجرد عائق مؤقت للتنفيذ، يصبح الطرف المقصر معفى نهائياً من التزاماته، إذا أدى هذا التأخير إلى تغيير جزئي في الالتزام المطلوب تنفيذه، بحيث أصبح مختلفاً عن ذلك المنصوص عليه في العقد.

3. الإعفاء المنصوص عليه في هذه المادة لا يستبعد فسخ العقد طبقاً لما ورد في القانون القائم، كما أنه لا يحرم الطرف الآخر من أي حقوق في خفض السعر طبقاً لما له

¹ محسن شفيق، اتفاقية لاهي لعام 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، دراسة في قانون التجارة الدولية، ص 98.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

من حق تحت القانون القائم، إلا إذا كانت هذه الظروف التي خولت الطرف الأول الإعفاء كانت نتيجة تصرف الطرف الآخر، أو أي شخص يتحمل نفس الطرف المسؤولية عن تصرفاته.

ويقصد من أحكام نص المادة المذكورة أعلاه من إعفاء المتعاقدين المختلف عن تنفيذ التزاماته من المسؤولية هو الإعفاء الناشئ عن القوة القاهرة «La Force Majeure» أو ما يسمى في التشريعات لأنجلو أمريكية « فعل الله » - «Act of God».

وبحسب الفقرة الأولى من المادة 74 المشار إليها أعلاه، تتعذر مسؤولية الطرف المتعاقدين الذي يختلف عن تنفيذ التزاماته، إذا اثبت أن عدم التنفيذ راجع إلى ظروف لم يكن بإمكانه وفقاً لمقاصد المتعاقدين أثناء مرحلة إبرام العقد توقعها أو تخطيها وهو نفس الشرط الواجب التحقيق في مفهوم القوة القاهرة التقليدي (عدم التوقع واستحالة الدفع).¹

ولكن المفهوم الذي جاء به القانون الموحد في مفهوم القوة القاهرة هو أن تقدير توافر هذه الشروط يرجع فيه إلى قصد المتعاقدين أثناء مرحلة إبرام العقد²، وهنا وحسب تقديرنا أن المعيار الذي تبناه القانون الموحد لتقدير حالة الإعفاء من المسؤولية بسبب القوة القاهرة هو المعيار الشخصي وبذلك يكون القانون الموحد أعطى مفهوماً جديداً للقوة القاهرة وشروط تتحققها عدم التوقع واستحالة التنفيذ قوامه قصد المتعاقدين عكس المفهوم التقليدي الذي

¹ دانه عبد الغفار عزيز، إعادة التوازن المالي في عقود النفط والغاز، المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، سنة 2020، ص 42.

² Les «principes généraux du droit» et la lex mercatoria, dans la mesure où l'on en reconnaît l'existence, ne sont guère d'un plus grand secours. Ainsi, la jurisprudence arbitrale révèle que les arbitres se refusent à réviser le contrat en l'absence de clause d'imprévision « car, selon les usages du commerce international, les divers risques qui peuvent donner lieu à un bouleversement de l'équilibre du contrat doivent en principe.

يشترط في الحدث أن يكون غير متوقع واستحالة الدفع متوقع عند كافة الناس وليس لدى المتعاقدين فقط.¹

ويأخذ بالعبارة بما قصده المتعاقدين وقت إبرام العقد، و ليس قبل ذلك أو بعده و مثل ذلك إذا اتضح من العقد أن قصد المتعاقدين قد اتجه وقت إبرام العقد إلى ضرورة إرسال الثمن مهما كانت الظروف، فإنه يتوجب على المشتري اتخاذ كافة التدابير لتجاوز كل المعوقات والظروف التي تحول بينه وبين إرسال الثمن حتى ولو كانت تلك الظروف ناتجة عن تغير في قانون بلاده يمنع خروج النقد ولا يقبل من المشتري أن يطالب بإعفائه من المسئولية لوجود ظرف حال دون تمكنه من إرسال الثمن.

ويأخذ بالعبارة بما قصده المتعاقدين وقت إبرام العقد، و ليس قبل ذلك أو بعده ومثلاً إذا يعود تقدير حالة الإعفاء من المسئولية بسبب القوة القاهرة في القانون الموحد أن تكون وفقاً للمعيار الشخصي وهو قصد المتعاقدين وقت إبرام العقد.

ولمعرفة مقاصد المتعاقدين وقت إبرام العقد نصت المادة 74 من القانون الموحد أن العبرة تكون بما يقصد أشخاص عقلاً من صفة المتعاقدين و إذا ما وجدوا في نفس الظروف و يقصد بالأشخاص العقلاً الأشخاص متوسطي الحرص إذا ما و ضعوا في نفس ظروف المتعاقدين.

ومعنى ذلك أن القانون الموحد قد وضع معيار موضوعي احتياطي في حالة تعذر تطبيق المعيار الشخصي، و هذا المعيار قوامه ما كان يقصد الشخص العاقل "الرجل المعتاد" متوسط الحرص من صفة المتعاقد إذا ما وضع في نفس ظروف المتعاقد الذي قام بشأنه سبب الإعفاء.

¹ محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص224.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

إن الأخذ بالمقاصد سواء كانت مقاصد المتعاقدين وفقاً للمعيار الشخص أم مقاصد الشخص المعتمد متوسط الحرص وفقاً للمعيار الموضوعي الاحتياطي عند تقدير قيام حالة الإعفاء هو الذي يميز مفهوم القوة القاهرة في القانون الموحد عن مفهومها في النظرية التقليدية.

حيث تقوم القوة القاهرة حسب النظرية التقليدية على ضوابط مادية عامة لا علاقة لها بقصد المتعاقدين، أو من يوضعوا في نفس ظروفهم، فهي تتطلب أن يكون الحادث غير متوقع ويستحيل دفعه لا من جانب المدين فقط وإنما من جانب عامة الناس، بل حتى من جانب أشدهم حرصاً ويقظة، فضلاً عن اشتراط النظرية التقليدية للقوة القاهرة أن يؤدي الحادث إلى استحالة التنفيذ استحالة مطلقة في التنفيذ ليس للمدين وحده بل لكل شخص وضع في مركزه.

ويرى الفقه الحديث أن هذه المادية في تقدير عناصر القوة القاهرة هي التي جعلت منها معنى جاماً يطبق على كل عقد و هو المفهوم الذي أراد القانون الموحد تجنبه من خلال إسناد المعنى إلى ما يقصده المتعاقدون ليكون لكل عقد مفهومه الخاص عن القوة القاهرة، فتتحقق بذلك المرونة التي تتناسب التجارة الدولية.¹

و من هنا يكون مفهوم القوة القاهرة في القانون الموحد ليس واحداً وإنما يختلف من عقد إلى آخر بل في إطار النوع الواحد من العقود يختلف من حالة إلى أخرى حسب ما يقصده المتعاقدون من مفهوم للقوة القاهرة.

ومثل ذلك إذا اتجهت إرادة البائع و المشتري، على اعتبار تغير قانون بلد المشتري لا يعتبر قوة قاهرة في إرسال الثمن في الوقت و الطريقة المتفق عليها، فإذا صدر قانون في بلد

¹ محسن شفيق، المرجع السابق، ص206.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

المشتري يمنع خروج العملة فلا يشكل بذلك قوة قاهرة و من ثم لا يشكل حالة إعفاء وهذا يضل المشتري ملتزم بدفع الثمن ولا يستطيع التخلص من التزاماته التعاقدية.

ومن هنا يمكننا القول أن مفهوم القوة القاهرة في القانون الموحد وأن لم يستعمل هذا المصطلح يقترب كثيراً من مفهوم شرط القوة القاهرة الذي يتفق عليه الأطراف في العقد، و ذلك في الأحوال التي يظهر فيها قصد المتعاقدين صراحة، إلا أن الفارق بينهما في شرط القوة القاهرة انه يتم البحث عما تضمنه الاتفاق بين الطرفين صراحة أو ضمناً وفقاً ما يبين من ظروف التعاقد.

أما في القانون الموحد فإن البحث يدور حول عدم بيان قصد المتعاقدين صراحة ففي هذه الحالة يتم اللجوء إلى قصد الطرف الثالث و هو الشخص المعتمد الذي يوضع في نفس ظروف المتعاقدين، و تكون له نفس صفاتهم، و يتم اتخاذ هذا القصد من أجل الوصول إلى قصد المتعاقدين، أي انه إذا لم يظهر قصد المتعاقدين صراحة فإن للقوة القاهرة في القانون الموحد مفهوماً مختلفاً عن مفهومها التقليدي قوامه قصد الشخص المعتمد من صفة المتعاقدين اذا وضع في نفس ظروفهم.¹

ولم يضع القانون الموحد ضوابط معينة لتحديد الشخص العاقل "الرجل المعتمد" الذي يقام عليه قصد المتعاقدين في الحالات التي لا يمكن فيها التوصل إلى قصد المتعاقدين صراحة وقت إبرام العقد إلا أن هناك عدة ضوابط يتم اللجوء إليها عند الاعتداد بقصد هذا الشخص و هي:

- أن يكون الشخص الذي يقاس عليه من ذات صفة المتعاقدين:

فإن كان المتعاقدون تجارة، فيجب الاعتداد بهذه الصفة في الشخص الذي يقاس على قصده قصد المتعاقدين و إذا اختلفت صفات المتعاقدين فإذا كان أحد المتعاقدين تاجراً و

¹ محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 227.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

الطرف الآخر ليس بتاجر ففي هذه الحالة يؤخذ بصفة الطرف الذي قام بشأنه سبب الإعفاء فإن كان البائع تاجراً وقد ألمت به ظروف غير متوقعة و ليس في مقدوره تخطيها جعلته يختلف عن تنفيذ التزاماته ففي هذه الحالة فإن الشخص العاقل الذي يقاس عليه يجب أن يكون تاجراً و يوضع في نفس ظروف التاجر المتعاقد البائع، أي أنه في حالة اختلاف صفة المتعاقدين يؤخذ بصفة المتعاقد الذي أخل في تنفيذ التزاماته نتيجة القوة القاهرة، أن يوضع الشخص الذي يقاس عليه في نفس ظروف المتعاقدين، ويعتبر وقت إبرام العقد هو أحد الظروف التي تحيط بالتعاقد.

ومثل ذلك إذا كان أحد أطراف العلاقة التعاقدية وهو المشتري يتوقع عند إبرام العقد استحالة دفع المبلغ للبائع نتيجة توقعه صدور قانون في دولته يمنع خروج العملة نتيجة للظروف الاقتصادية التي تمر بها بلده، فإن الشخص العاقل إذا وجد في نفس ظروف المشتري كان بإمكانه اتخاذ كل الاحتياطات الضرورية واللازمة من أجل توصيل الثمن أو كان بإمكانه الحصول على إذن مسبق لخروج العملة ففي هذه الحالة لا يعفي المشتري من المسؤولية عن الإخلال بالتزاماته لأنه يكون بذلك قد تقاعس عما كان سيقوم به "الشخص العاقل" في مثل تلك الظروف¹.

خلاصة القول أن مفهوم القوة القاهرة في القانون الموحد يختلف عنه في النظرية التقليدية للقوة القاهرة و التي تفترض أن يكون الحادث غير متوقع و استحالة الدفع لدى الكافية وان مفهوم القوة القاهرة في القانون الموحد يعتمد بالأساس على قصد المتعاقدين وقت إبرام العقد و انه في حالة عدم معرفة هذا القصد يلجأ إلى قصد الشخص العاقل من صفة المتعاقدين إذا وجد في نفس ظروف المتعاقدين و هذا القصد يمكن الوصول إليه من ظروف التعاقد وهو أمر يخضع لتقدير القاضي أو المحكم.

¹ محسن شفيق، المرجع السابق، ص 207.

كما أن القانون الموحد أعطى مفهوما مغايرا لمفهوم القوة القاهرة في حالة الاستحالة المؤقتة التي ترجى التنفيذ وتعفي منه، إلا أن القانون الموحد جاء بمفهوم جديد، وهو إمكانية الإعفاء نهائيا إذا تبين أن التأجيل في التنفيذ أحدث تغييرا جوهريا في التنفيذ وهو ما جاءت به أحكام المادة 74 الفقرة 2 من القانون الموحد حالة الاستحالة المؤقتة في التنفيذ الناشئة عن قيام ظروف تشكل مجرد عقبة مؤقتة و لكن إذا أحد هذا التأخير تغييرا جوهريا في التنفيذ بحيث يصير هذا التنفيذ مختلف تماما عن التنفيذ المنصوص عليه في العقد.¹

أما في النظرية التقليدية فلا يكن الإعفاء من المسؤولية إلا إذا أصبحت الاستحالة المؤقتة استحالة مطلقة، و هذه المرونة التي جاء بها القانون الموحد في مفهوم القوة القاهرة هي ما تتناسب مع مبادئ التجارة الدولية وتحقيق استقرار أكثر في البيوع الدولية.

نستخلص مما سبق الإشارة اليه، ان تغير الظروف في اتفاقية لاهاي 1964 يستمد من مفهوم القوة القاهرة في الاتفاقية والتي تعني تخلف المدين عن تنفيذ التزاماته بسبب راجع الى لم يكن وفقا لمقاصد المتعاقدين من واجبه وقت إبرام العقد توقعها أو توقيها أو تخطيها

المطلب الثاني : تغير الظروف في اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع

فيينا 1980

لتحديد تغير الظروف المحيطة بتنفيذ العقد التجاري الدولي في اتفاقية فيينا 1980 للبيع الدولي للبضائع، ومعرفة كيف عالجت هذه الاتفاقية مسألة تغير الظروف المؤدية الى اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، يجب علينا أولا التطرق إلى نطاق تطبيق الاتفاقية، وبعدها نحدد مفهوم القوة القاهرة في إطار الاتفاقية:

¹ محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 228.

الفرع الأول: نطاق تطبيق اتفاقية فيينا لسنة 1980

لقد ساهمت هيئة الأمم المتحدة في مجال توحيد قانون التجارة الدولية من خلال اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها، واتفاقية البيع الدولي للبضائع لسنة 1980 التي نحن بصدده دراستها وكذلك من خلال مختلف اللجان الاقتصادية المنبثقة عن الأمم المتحدة المتمثلة في أربع لجان لكل من أوروبا، وأسيا وأمريكا اللاتينية وإفريقيا و من بين أهم أعمال لجنة الاقتصادية الأوروبية في مجال التوحيد وضع الشروط العامة لبيع الآلات وأجهزة المصانع والاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم الدولي لسنة 1961.

وبهدف توحيد جهود مختلف هذه المنظمات والتنسيق فيما بينها للوصول إلى تطوير القانون الدولي الخاص وتطوير التجارة الدولية،¹ حيث توصلت هيئة الأمم المتحدة بعد استشارة المختصين في قانون التجارة الدولية وبعد اخذ رأي لجنة خاصة قامت بتشكيلها مكونة من خمسة أشخاص روعي فيها الجانب الثقافي والقانوني ومن جنسيات وثقافات قانونية مختلفة.²

إلى إنشاء لجنة دائمة لهذا الغرض أسمتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي اليونستال،³ حيث عقدت لجنة اليونستال أول اجتماع لها في سنة 1968 و كان من بين أهم موضوعاتها التي تتولى العمل به هو البيع التجاري الدولي، النقل، التأمين، طرق الوفاء بالديون، الوكالة التجارية.

¹ محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دراسة في قانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 15.

² اللجنة مكونة من الأساتذة: Margarita Argues من الأرجنتين، T.Elias من الأرجنتين، GuylaEorsi من المجر، W.Reese من أمريكا، مصطفى حمال يسین من العراق.

³ United Nation Commission of International Trade Law

وتنصى بالحروف الأولى بهذا الإسم "UNCITRAL"

وفي هذا المجال قامت اللجنة بإعداد مشروع اتفاقية دولية تتضمن قانون موحداً للتقادم في البيع التجاري الدولي للبضائع، والتي تم إقرارها في مؤتمر دبلوماسي انعقد في نيويورك سنة 1974 ثم تلى ذلك إعداد مشروع اتفاقية دولية لبيع البضائع والتي أقرت في مؤتمر فيينا سنة 1980 والتي أطلق عليها "اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع" والتي تعرف حالياً باتفاقية فيينا، 1980 وقد تناولت الاتفاقية تنظيم البيع الدولي في 101 مادة موزعة على أربعة أجزاء من الاتفاقية.¹

يتناول الجزء الأول نطاق تطبيق الاتفاقية، الجزء الثاني يتناول تكوين البيع، الجزء الثالث يتناول التزامات كل من البائع والمشتري، وتتضمن الجزء الرابع الأحكام الخاتمية

ولم تشترط اتفاقية الأمم المتحدة أن يكون البيع الدول خاضع لها تجارياً وذلك بسبب التباين في التشريعات الوطنية في وضع ضوابط واضحة للتفرقة بين العمل المدني والعمل التجاري،² فضلاً عن وجود بعض الدول التي لا تفرق بين العمل التجاري والعمل المدني مثل القانون الإنجليزي والقانون السويسري و القانون الإيطالي، فقد تضمنت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من نص الاتفاقية: "لا عبرة عند النظر في تطبيق هذه الاتفاقية لصفة المدنية أو التجارية لطيفي البيع أو العقد".³

وتشترط الاتفاقية لتطبيقها أن يكون البيع "دولياً" و معنى ذلك أن طيفي العقد يكونان من دولتين مختلفتين فقد نصت المادة الأولى من الاتفاقية على أن: "تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد في أماكن عملهم في دول

¹ محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 234.

² تختلف الأنظمة الوطنية في تحديد معايير التفرقه بين العمل المدني والتجاري فمنها ما يقيم تلك التفرقه على معيار شخصي فتحتقر على ما يقوم به التجار وحدهم و منها ما يأخذ بالمعيار المادي للتفرقه بين العمل المدني و العمل التجاري، فيعتبر العمل تجاري اذا كان من الأعمال التجارية بغض النظر عن من يقوم به، ومنها ما يجمع بين المعيارين بتطبيق القانون التجاري على الأعمال التجارية.

³ Stéphane Chatillon, op.cit,p.199.

مختلفة " عندما تكون هذه الدول دولاً متعاقدة أو عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة.¹

هذا ولم تعرف الاتفاقية عقد البيع الخاضع لها باعتبار أن له مفهوم متقارب في جميع التشريعات و التي تعتمد في تعريفه على ما يرتبه البيع من أثار أساسية على طرفيه و من ذلك التعريف الذي اعتمد القانون المدني الجزائري في المادة 351 التي عرفت عقد البيع أنه: "عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدى" ، وهو ما نصت عليه أحكام المادة 30 و 53 من نص الاتفاقية والتي حددت التزامات كل من البائع والمشتري فال الأول يلتزم بتسلیم الشیء المبیع و نقل ملکیته و يلتزم الثاني باستلام المبیع و دفع الثمن.

وهنا يجب التفرقة بين عقد البيع المقتن بتعهد البائع بصنع المبیع أو إنتاجه، بحيث يقتن بالعقد عملية مادية هي صنع السلعة وفقاً للمواصفات المطلوبة،² فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الثالثة من الاتفاقية على دخول هذا النوع من العقود في نطاق تطبيق الاتفاقية حيث نصت على أنه: "تعتبر بیوغا عقود التوريد التي يكون موضوعها صنع بضائع أو إنتاجها إلا إذا تعهد الطرف الذي طلب البضائع بتوريد جزء هام من العناصر المادية الازمة لصنعها أو إنتاجها".

ونلاحظ هنا أن الاتفاقية فرقت بين حالة تعهد البائع بتقديم المادة الأولية التي تصنع منها السلعة وهذا يكون العقد "بیعا" يخضع لبنود الاتفاقية والحالة الثانية التي يتعهد فيها المشتري بتقديم المادة الأولية التي السلعة أو تقديم الجزء الأكبر منها فهنا لا يكون العقد بیعا بل هو عقد مقاولة أو عقد استصناع يخرج من نطاق تطبيق الاتفاقية.³

¹ Stéphane Chatillon, op.cit,p.199.

² محسن شفیق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، المرجع السابق، ص 81.

³ محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 237.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

ويستثنى من تطبيق اتفاقية فيينا لسنة 1980 بعض أنواع البيوع بشكل ضمني متمثلة في بيع العقار وبيع المنقول المعنوي والمقايضة وإجارة البيع أما البيوع المستثناء صراحة والتي ذكرت في نص المادة الثانية من الاتفاقية وهي:

بيع المستهلك والبيع بالمزاد العلني والبيوع الجبرية وبيع الصكوك وبيع السفن والمراكب والطائرات والكهرباء وهي نفس البيوع المستبعدة من اتفاقية لاهاي.

كما لا يشمل نطاق تطبيق الاتفاقية جميع المسائل التي تدخل في تكوين عقد البيع فهي لا تغطي سوى شروط انعقاد العقد، والتي ذكر منها مسألة تبادل الرضا بين الطرفين كما لا تطرق اتفاقية فيينا إلى أهلية الطرفين المتعاقدين ولا إلى عنصر دافع التعاقد وهي المسائل المتروكة للتشريعات الداخلية التي يتفق الطرفان على تطبيقها أو التي تحيل إليها قاعدة تنازع القوانين.¹

كما أن الاتفاقية لا تغطي سوى أثار العقد، والتي نظمتها في الجزء الثالث بعنوان "بيع البضائع" ويفصل بالآثار وفقا لمفهوم الاتفاقية التزامات البائع والمشتري وما يترتب عنه من جراءات في حالة تخلف أحد طرفي العقد عن تنفيه بما اشتمل عليه.

هذا ما نصت عليه المادة الرابعة من الاتفاقية (لاتنظم هذه الاتفاقية إلا تكوين عقد البيع والحقوق والالتزامات التي ينشأها العقد على كل من البائع والمشتري).

أشارت المادة الرابعة من الاتفاقية لما يخرج عن نطاق تطبيقها بنصه: "فيما عدا الأحوال التي يوجد بشأنها نص في هذه الاتفاقية لا تتعلق هذه الاتفاقية بوجه خاص بما يأتي:

¹ Stéphane Chatillon, Op. Cit, p.203.

أ- صحة العقد أو صحة شروطه أو صحة الأعراف السارية في شأنه،

ب- الآثار التي قد يحدثها العقد في شأن ملكية البضائع محل البيع".

كما أوردت المادة الخامسة من نص الاتفاقية بقولها: "لا تسرى أحكام هذه الاتفاقية على مسؤولية البائع الناتجة عن الوفاة أو الأضرار البدنية التي تحدث لأي شخص بسبب البضائع".¹

وعلى الرغم من أن الاتفاقية قد وضحت نطاق تطبيقها واستبعدت بصورة صريحة وضمنية بعض البيوع ومسائل البيع والتي تم الإشارة إليها آنفا، إلا أن الاتفاقية قد احترمت، وأجلت دور الإرادة في تحديد نطاق تطبيق الاتفاقية، وهذا احتراما لمبدأ سلطان الإرادة الذي يقضي أن الإرادة الحرة وحدها التي تتشريع الروابط القانونية بين جميع الأفراد، ولا يلتزم أحد إلا بمحض إرادته الحرة، وكل التزام بغير إرادة حرة يكون ماله البطلان ولا يرتب أي التزام في ذمة صاحبه، إلا إذا كانت إرادته خالية من كل عيوب الرضا المنصوص عليها في جميع التشريعات الوطنية، وغير مخالفة للنظام العام كما هو متعارف عليه.

وهو ما نصت عليه أحكام المادة الرابعة من نص الاتفاقية بقولها: "يكون هذا القانون واجب التطبيق أيضا إذا اختاره المتعاقدون ليكون قانون العقد سواء أكانت منشاتهم أو محال إقامتهم العادية في دولة واحدة أم في دول مختلفة، سواء أكانت هذه الدول طرفا في الاتفاقية أم غير طرف فيها، بشرط أن لا يترتب على تطبيق هذا القانون تعطيل نصوص آمرة تكون واجبة التطبيق".²

¹نبيل أحمد محمد، الآثار القانونية لعقد البيع الدولي للبضائع بالنسبة للبائع وفقا لأحكام اتفاقية فيينا سنة 1980، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، سنة 2005، ص 237.

²محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، المرجع السابق، ص 240.

الفرع الثاني: مفهوم القوة القاهرة في اتفاقية فيينا 1980

جاء مفهوم القوة القاهرة في اتفاقية فيينا تحت عنوان الإعفاءات من الفصل الخامس الجزء الثالث الذي تضمن الأحكام المشتركة التي تطبق على التزامات كل من البائع والمشتري و للوصول الى المفهوم الذي تبنته اتفاقية فيينا 1980 للبيع الدولي للبضائع يجب أن نبين التزامات كل من البائع والمشتري التي جاء بها نص الاتفاقية ثم ننطرق إلى مفهوم القوة القاهرة طبقاً لنص اتفاقية فيينا لبيع البضائع وما هي الشروط الواجب توافرها في الحدث أو الظرف لكي لا يسأل عن الطرفين عن عدم تنفيذ التزاماته العقدية.

أولاً: التزامات البائع وفقاً لنص الاتفاقية

أ) الالتزام بتسليم البضائع:

يعتبر الالتزام بتسليم الشيء المبought من الالتزامات التي تقع على عاتق البائع حتى ولو لم ينص العقد على ذلك و يقصد بذلك هو إيصال البضاعة أو الشيء المبought إلى المشتري في الزمان و المكان المتفق عليه، و تقع مصاريف التسليم على عاتق البائع كما أن التشريعات الحديثة ترتب التزامات جديدة على عاتق البائع يقتضيها التطور التكنولوجي الحديث للآلات، تماشياً مع تقرير حماية المستهلك.¹

والتسليم الفعلي يقوم على عناصر:

العنصر الأول: أن يقوم البائع بوضع المبought تحت يد المشتري ليتمكن من حيازته، والانتفاع به دون أي عائق.

¹ أمازوز لطيفة، التزامات البائع بتسليم المبought في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر، سنة 2011، ص 11.

الغصر الثاني: إعلام البائع للمشتري بأن الشيء المباع قد وضع تحت يده، وتحت تصرفه¹ فمجرد العام لا يعني حصول التسلیم بل يلزم البائع بإخطار المشتري حتى يمكن من الانتفاع بالمباع² كما لا يشترط في الإخطار شكلية معينة ويمكن أن يكون الإخطار شفهيا مادام البائع قادر على إثبات ذلك وهو بذلك يتخلص من الالتزام بالتسليم هذا وقد تضمن أحكام المادة 31 والمادة 33 من نص اتفاقية فيينا 1980، على مكان تسليم البضاعة وزمانه.

ب) الالتزام بالمطابقة:

يحتل الالتزام بالمطابقة المادية، والقانونية في عقد البيع الدولي للبضائع مكانة هامة، إذ يقوم التزام المشتري بناء على الأوصاف التي ذكرت له وهي محل الالتزام في غالبية البيوع التجارية، وتؤخذ عادة من عينات يرسلها البائع للمشتري التي يختار منها لذلك يجب أن تكون موصفات البضاعة مطابقة للعقد، لذل أصبح الالتزام بالمطابقة له دور كبير وفعال أكثر من الالتزام بالتسليم في البيوع التجارية الدولية فهي تمثل الفائدة التي تعود على المشتري من إبرام عقد البيع مع البائع، لذلك هذه العملية مقصودة لذاتها و لجوهرها في كون الشيء المباع مطابق لشروط العقد.³

ولقد تبنت اتفاقية فيينا في مادتها 35 تصورا جديدا بقصد التزام البائع حيث استبدلت جميع التفاصيل التي تتبعها التشريعات الداخلية بتصور وحيد يشملها كلها، ويشمل هذا التصور العام جميع العيوب التي يمكن أن تظهر على البضاعة بعد التسليم كالفروقات التي يكتشفها المشتري بين البضاعة المسلمة وما ورد في العقد، من حيث نوعيتها أو كميتها

¹ نص عليه الفقرة الأولى من المادة 367 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: "يتم التسليم بوضع المباع تحت تصرف المشتري بحيث يمكن من حيازته والانتفاع به من دون عائق ولو لم يستلمه تسلما ماديا".

² احمد السعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية، البيع الدولي للبضائع، الطبعة الثانية، المكتبة العصرية، جامعة المنصورة، مصر، سنة 2010، ص 132.

³ Audit Bernard, la vente internationale de marchandises, convention des nations unies du 11 avril 1980, L.G.D.J, Paris, France, 1990, p 80.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

أو طريقة تعلييفها وحفظها، وعالجت اتفاقية فيينا الالتزام بالمطابقة بفرعيها المادي والقانوني في المواد من (35 إلى 40).

أما المشرع الجزائري فإنه تكلم عن محتويات المطابقة القانونية للمشتري في المبيع في المواد من 371 إلى 377 من القانون المدني أما ضمان المطابقة المادية فتعرض لأحكامها من المادة 379 إلى 386.

ثانياً: التزامات المشتري وفقاً لنص الاتفاقية

أ) الالتزام بدفع الثمن:

عالجت اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع التزامات المشتري في الفصل الثالث الجزء الثالث في المواد من 53 إلى 59 وتطرقت إلى الالتزامات الأساسية للمشتري¹ المتمثل في الالتزام الرئيسي و الجوهرى في عقد البيع الدولي للبضائع وهو دفع الثمن واستلام البضاعة طبقاً لمواصفات العقد، يتمثل الالتزام بدفع الثمن في مبلغ النقود المتفق عليه مقابل انتقال ملكية الشيء المبيع إلى المشتري.²

كما يشترط على المشتري اتخاذ كافة الضمانات والإجراءات القانونية لسداد الثمن كما نصت عليه المادة 54 من اتفاقية فيينا 1980 للبيع الدولي للبضائع، ويعتبر هذا الالتزام جوهرياً يقع على عاتق المشتري، ولا يمكن اعتباره إخلالاً عادياً، ويحدد الثمن حسب وزن

¹ طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2008، ص 195.

² وليد علي محمد عمر، الثمن في عقد البيع الدولي للبضائع كأحد الالتزامات الجوهرية للمشتري، المكتب الفني للإصدارات القانونية، مصر، ب.س.ن، ص 04.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

البضاعة، وفي حالة الشك يحسب على أساس الوزن الصافي،¹ هذا ويتجزأ على المشتري العمل كل في وسعه من أجل سداد مبلغ البضاعة المتفق عليه في العقد.²

في حالة خلو عقد البيع الدولي للبضائع من تحديد ثمن البيع أو بيان الأسس التي يمكن في ضوئها تحديده فيما بعد، يمثل عيباً جوهرياً يلحق بالعقد ذاته فيعدمه ويؤدي إلى بطلانه لخلاف ركن الثمن الذي يبني عليه هذا النوع من العقود،³ وهذا عندما لا يتعرض العقد إلى أي وسيلة أو طريق حساب تسمح بتحديد الثمن بصفة موضوعية.

وعلى خلاف ذلك فإن المشرع الجزائري لم يرتب بطلان عقد البيع في حالة عدم الإشارة إليه في عقد البيع وتنص المادة 357 من القانون المدني الجزائري أنه: "إذا لم يحدد المتعاقدان ثمن البيع فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين أن المتعاقدين قد نويا على الاعتماد على السعر المتدال في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينها".

ويعتبر مكان الوفاء بالثمن هو المكان الذي يعينه العقد، والاتفاقية لا تتدخل في ذلك إلا بقواعد تكميلية لا يتم الرجوع إليها إلا إذا خلى عقد البيع من تحديد مكان الوفاء بالثمن.⁴

ب) الالتزام بتسلم البضاعة:

في مقابل التزام البائع بتسليم البضاعة للمشتري مطابقة لما اتفق عليه في العقد، يقع على عاتق هذا الأخير الالتزام باستلام البضاعة في الزمان و المكان المتفق عليهما في

¹ راجع نص المادة 56 من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع.

² فتحي عبد الرحيم، الوجيز في العقود المدنية المسمعة، الكتاب الأول، عقد البيع، دار القلم، المنصورة، مصر، ب.س.ن، ص 09.

³ عبد الرزاق أحمد السنووري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام (مصادر الالتزام)، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ب.س.ن، ص 484، 483.

⁴ محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، المرجع السابق، ص 197. وراجع كذلك نص المادة 57 من اتفاقية فيينا.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

العقد أو وفقا لما يقتضيه العرف،¹ هذا وقد أشارت المادة 60 من نص اتفاقية فينا 1980 إلى التزام المشتري بالقيام بجميع العمال المتوقعة منه بصورة معقولة لتمكين البائع من التسليم، و القيام في المقابل باستلام البضائع مع تحمله نفقات تسلم و حضور عملية الفرز والوزن وقد يكون التسلم فعليا أو حكميا.

• **التسليم الفعلي:** هو قيام المشتري بنشاط إيجابي نحو نقل الحيازة المادية للبضائع إليه بأية وسيلة، ويتحقق التسليم المادي بتلقي المشتري الحيازة المادية للبضاعة من البائع ومناولتها له يدابيد.

• **التسليم الحكمي:** ويتم هذا التسليم إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد أستبقى المبيع في حيازته بعد البيع.

وبعد استعراضنا للالتزامات البائع والمشتري وفقا لما نصت عليه أحكام اتفاقية فينا 1980 للبيع الدولي للبضائع ووفقا لحكم المادة 79 من الاتفاقية التي نصت 1- لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذا ثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته، و أنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ هذا العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد، أو أن يكون بإمكانه تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه،

2- إذا كان عدم تنفيذ أحد الطرفين نتيجة لعدم تنفيذ الغير الذي عهد إليه بتنفيذ هذا العقد كله أو جزء منه فإن ذلك الطرف لا يعفى من التبعية إلا إذا:

أ- اعفي منها بموجب الفقرة السابقة

ب- إذا كان الغير سيعفى من المسؤولية فيما لو طبقت أحكام الفقرة المذكورة

¹شبة سفيان، عقد البيع الدولي، أطروحة لنيل شهادة ا لدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، سنة 2012، ص 197.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

1- يحدث الإعفاء المنصوص عليه في هذه المادة أثره خلال الفترة التي يبقى فيها

العائق قائما

2- يجب على الطرف الذي لم ينفذ التزاماته أن يوجه إخطار إلى الطرف الآخر

بالعائق ، وأثره في قدرته على التنفيذ، وإذا لم يصل الإخطار إلى الطرف الآخر

خلال مدة معقولة بعدها يكون الطرف الذي لم ينفذ التزاماته قد علم بالعائق، أو

كان من واجبه أن يعلم به، فعندئذ يكون سؤلاً عن التعويض عن الأضرار الناتجة

عن عدم استلام الإخطار المذكور

3- ليس في هذه المادة ما يمنع أحد الطرفين من استعمال أي من حقوقه الأخرى

خلاف طلب التعويضات وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية).

والملاحظ حسب نص المادة 79 ان اتفاقية فينا 1980 للبيع الدولي للبضائع لم

تستعمل لفظ القوة القاهرة، وهو المصطلح المعروف في جميع التشريعات اللاتينية¹

والوطنية كما لم تستعمل الاتفاقية مصطلح "acte of the God" وهو المصطلح المعروف

في التشريعات لأنجلو أمريكية ولكنها استعملت لفظ العائق والذي يقصد به بطبيعة الحال

القوة القاهرة الذي يعفي الطرف الذي تخلف عن تنفيذ التزاماته نتيجة ناشئاً عن عائق

يحدث بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه.²

وكان الهدف لدى مسوги نص الاتفاقية بعد استعمال المصطلح المعروفة في

التشريعات الوطنية و ذلك لتجنب وغلق الطريق على التفسيرات المستقرة بشأنها في

¹ أسماء محدث سامي، الإعفاء من المسؤولية في اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2006، ص 86.

² محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 243.

النطاق الوطني، وبذلك يكون على المحاكم الوطنية مراعاة الصفة الدولية لقواعد الاتفاقية¹ والرجوع إلى ما استقر عليه العمل في التجارة الدولية في هذا المجال.

ومما سبق الإشارة إليه فإن المقصود من نص المادة 79 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع هو إعفاء الطرف الذي تخلف عن تنفيذ التزامه من المسؤولية وذلك بسبب العائق اذا توفرت مجموعة من الشروط و التي سنطرق إليها فيما يلي:

- 1 شروط العائق:

كما بینا سابقاً أن واصعي نص اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع استعملوا مصطلح العائق، ولم يستعملوا أي من المصطلحات المعروفة في التشريعات الوطنية مثل مصطلح "السبب"² أو لفظ "ظروف"³ وهذا لتجنب التفسيرات المستقرة بشأنها في النطاق الوطني، وللأمر الواضح في نص الاتفاقية هو عدم اشتراطها درجة معينة من الجسامنة حتى تجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلاً كما تقتضيه شروط القوة القاهرة في القوانين و التشريعات الوطنية، أو يجعل العائق تنفيذ الالتزام غير ممكن عملاً أو مما يجعل الالتزام غير صالح للتنفيذ كما يشترطه القضاء الإنجليزي.⁴

هذا وتضمن المادة 79 من اتفاقية شروط العائق وهي:

¹ أكرم محمد حسين، المرجع السابق، ص 179.

² استخدم المشرع الجزائري لفظ السبب للتعبير عن القوة القاهرة في نص المادة 127 من القانون المدني بقولها: "إذا ثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بالتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

³ استخدمت اتفاقية لاهي 1964 لفظ ظروف في نص المادة 74 الفقرة الأولى: "إذا تخلف أحد الطرفين البيع عن تنفيذ ما عليه من التزام فلا مسؤولية عليه إذا ثبت أن هذا التخلف كان ناشئاً عن ظروف لم يكن من واجبه وفقاً لما اتجهت إليه مقاصد الطرفين وقت إبرام العقد أن يأخذها في اعتباره أو يتجنّبها أو يتغلب عليها، فإذا لم تتضح مقاصد الطرفين، فالعبرة بما كان يقصده أشخاص عقلاء من نفس الصفة لو وجدوا في ظروف مماثلة".

⁴ أكرم محمد حسين، المرجع السابق، ص 182.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

- يجب أن يكون سبب العائق خارج عن إرادة المدين،
- أن يكون العائق غير متوقع من طرف المدين وقت إبرام العقد،
- أن يكون العائق غير ممكن الدفع.

أن يكون سبب العائق خارج عن إرادة المدين:

هذا ما ورد في نص المادة 79 من الاتفاقية بقولها: "لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذا ثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته...." ومفاده هذا الشرط أن يكون الحدث أجنبياً عن المدين، أي أن هذا الأخير لا يد له في الحدث و هو نفس الشرط الذي تشرطه النظرية التقليدية لقوة القاهرة المتمثل في شرط الخارجية كما سبق لنا وأن بيناه ضمن شروط القوة القاهرة حسب المفهوم التقليدي لها.

والحدث الأجنبي هو الذي ينفي علاقة السببية بين الخطأ و الضرر ومن ثم يتحقق هذا الشرط متى كان الحدث لا ينسب إلى فعل المدين نفسه، ولو أمكن نسبة الحدث إليه، فلا يستطيع أن يتمسك بالعائق، كالحوادث التي تحدث من جانبه وتؤثر في إمكانياته المادية أو قدرته على تقديم بضاعة مطابقة، أو الحصول على الشهادات اللازمة للتصدير.¹

ومن جهة أخرى لا يمكن أن نعتبر الحدث خارجياً، إذا أمكن نسبته إلى فعل تابعي المدين صدر منهم أثناء فترة تنفيذ العقد، كترتيب الأجهزة بصورة غير صحيحة، فلو نشأ العائق عن أحد تابعي المدين، لما أمكن لهذا الخير التمسك بالعائق و ذلك أن الاستعانة بهؤلاء التابعين مسألة ترجع إليه وحده، و أن نشاط التابعين يEDA نشاطاً للمدين في مواجهة الدائن، و بذلك يكون فعل إخلال المدين مساوياً لفعل تابعيه، و هنا يكون العائق ناشئ من

¹نبيل أحمد محمد، المرجع السابق، ص 02.

فعل المدين ولا يمكن أن يعفى من مسؤوليته عن التقصير في تنفيذ التزاماته التعاقدية اتجاه الدائن.¹

أن يكون العائق غير متوقع

يجب أن يكون العائق غير متوقع أثناء فترة إبرام العقد، كما نصت عليه اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع بقولها (...و انه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة،أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت إبرام العقد...) كما اخذ بهذا الشرط كل من قانون البيع الموحد و قانون اليونيدرو و قانون العقد الأوروبي هذا و يرى الفقه أن معيار التوقع هو معيار موضوعي و ليس ذاتي،و هذا المعيار مناطه "أشد يقظة و بصرا بالأمور" فلا يكتفى به بالشخص العادي،² و لكن أغلبية الفقهاء تأخذ بمعيار "الرجل المعتاد" الذي يوضع في نفس ظروف المتعاقد كما اشرنا إليه سابقا.

هذا وقد أخذت اتفاقية فينا بالمعيار الموضوعي لتقدير عدم التوقع يقوم على المعقولية، و الذي أشارت إليه في في نص الفقرة الأولى من نص المادة 79 على انه: "لا يسأل احد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذا ثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود الى ظروف خارجة عن إرادته،و أنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ هذا العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد...", و نص المادي يعني أن يكون العائق مما لا يمكن بميز ان العقل ان يكون المدين قد آخذه في اعتباره وقت إبرام العقد.³

هذا المعيار متواجد في كل بنود الاتفاقية، وهو ما أشارت إليه كذلك نص المادة 82 منها و التي تعتبر المعقولية قاعدة سلوك بين الأطراف قبل أن تكون معيارا يستخدم لقياس ومعرفة سلوكهم، فبالنسبة لاتفاقية فينا يجب أن يكون سلوك الأطراف المتعاقدة معقولا و الذي يجب أن يتطابق مع سلوك الشخص العاقل الذي يوجد في نفس ظروف و مجال

¹ أكرم محمد حسين، المرجع السابق،ص182.

² عبد الرزاق أحمد السنوسي، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق،ص878.

³ محسن شفيق،اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، المرجع السابق، ص253.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

تخصص الأطراف المتعاقدة ، أي أن قاعدة المعقولية تشمل قاعدة سلوك موضوعية، وكذلك معيارا موضوعيا للكشف عن سلوك الأطراف المتعاقدة¹ و التي بطبيعة الحال ليست مجرد، ويستعان في هذا الخصوص بسلوك أكثر دقة "التاجر العاقل" الذي يوجد في نفس ظروف و تخصص الأطراف المتعاقدة في فرع معين من فروع التجارة الدولية.²

ومما تمت الإشارة إليه فإن شرط عدم إمكان توقع العائق يتحقق، إذا لم يكن في مقدور المدين بصورة معقولة توقع هذا العائق، و لمعرفة عدم التوقع تتم وفقا لمعايير موضوعي مناطه شخص سوي الإدراك من صفة و تخصص المدين إذا ما وجد في نفس ظروفه الشخص العاقل أو بمعنى: أن يكون العائق غير ممكن الدفع :

وفقا لاتفاقيةينا يكون العائق غير ممكن الدفع، إذا لم يكن بإمكان المدين تجنبه، أو التغلب عليه أو تجنب عواقبه، وهو نفس الشرط المنصوص عليه في النظرية التقليدية للقوة القاهرة، بحيث يجد المدين نفسه أمام حالة استحالة التنفيذ ولا يستطيع الهروب منها أو التخلص منها، بحيث يوجد في وضع يستحيل أن يتصرف خلافا لما فعله، وهو الحدث، أو العائق الذي لا يستطيع لا حذر ولا يقظة إنسان أن يمنعه وقوعه، وهو ما يعني وجود ما يسمى بالاستحالة التامة في التنفيذ، والذي عبرت عنه الاتفاقية بقولها: "...أو أن لا يكون بإمكانه تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه".³

هذا ويتجه على المدين أن يمنع حدوث العائق الذي يحول دون تنفيذ التزاماته التعاقدية اتجاه الدائن بما يمتلكه من وسائل، فإذا وقع رغم ذلك فهو مطالب ببذل الجهد اللازم للتغلب عليه وعلى ظروفه و العمل على تجنب أثاره على العقد، أو التقليل منها فلن

¹ محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 250.

² محمد فهمي الجوهري، التحكيم وعقود التجارة الدولية طويلة الأجل، رسالة دكتوراه، جامعة رن فرنسا، سنة 1982، ص 112.

³ أكرم محمد حسين، المرجع السابق، ص 185.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

بذل ذلك الجهد ومع ذلك منعه العائق من تتنفيذ التزاماته فإن الشرط بعدم إمكانية الدفع يتحقق.¹

كما يقع على عاتق المدين عبئ إثبات قيامه بكل الإجراءات الالزمة، للوفاء بالتزاماته التعاقدية، والتي من شأنها أن تعوق تتنفيذ التزاماته ومع ذلك وقع الحدث، فضلاً عن إثبات عدم قدرته على تجنب وقوع العائق.

أما المعيار الذي بموجبه تقام عدم قدرة المدين على دفع العائق، فهناك من الرأي الذي يأخذ بمعيار الشخص "المعتاد" العاقل،² وذهب رأي آخر إلى ترك الأمر إلى قاضي الموضوع أو المحكم، لتقدير جهود المدين في دفع العائق أو الحد من آثاره، مع الأخذ في الحسبان ظروف النزاع والعادات التجارية في فرع التجارة، كما ذهب رأي آخر إلى ترك ذلك إلى ظروف المدين وتقديره.

وفي نظرنا يجب أن يأخذ بالمعايير المهني المعتمد وذلك لأن الشخص الممارس للتجارة الدولية هو شخص متخصص في عمله يمتلك من الوسائل و التقنيات والأجهزة ما يمكنه من تتنفيذ التزاماته، أفضل من الشخص العادي الأكثر حرصاً، ومن هنا يجب أن لا يقاس سلوكه بسلوك الرجل العادي، وإنما بسلوك شخص من وسطه التجاري الممارس لنشاط التجارة الدولية، وهو ما أكدته المادة 8 الفقرة 2 من الاتفاقية التي وضعت معياراً موضوعياً هو "الشخص سوي الإدراك" من نفس صفة المدين إذا وضع.

ونستنتج مما ذكر آنفًا أن مفهوم القوة القاهرة في اتفاقية فيينا 1980 للبيع الدولي للبضائع تعني عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته بسبب عائق خارج عن إرادة المدين ولم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يضعه في الاعتبار وقت انعقاد العقد، أو أن يكون بإمكانه تجنبه، أو تجنب عوقيه، أو التغلب عليه، أو على عوقيه.

¹ أكرم محمد حسين، المرجع السابق، ص 186.

² هاني حسين عبد ربه، أثر المخالفة الجوهرية على عقد البيع الدولي، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، سنة 2004، ص 140.

المبحث الثاني: التوسيع في مفهوم القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية

كما أرأينا في الفصل الأول من هذا الباب، أن القوة القاهرة بمفهومها التقليدي ترتب أثارها بانفساخ العقد تلقائياً، وانقضاء الالتزامات المقابلة، هذا الأثر لا يتلاءم وخصوصية العقد التجاري الدولي، الذي يسعى أطرافه إلى مواصلة تنفيذه وضمان استقراره، لتحقيق أهداف ومتطلبات التجارة الدولية، ولأن المفهوم التقليدي للقوة القاهرة يتسم بالجمود والثبات فهو لا يتماشى وأهداف أطراف العلاقة الدولية الذين يسعون إلى المحافظة على هذه العقود من الفسخ، ومن هنا تبدو الأهمية الاقتصادية المتعاظمة لمبدأ بقاء العقد، بمثابة الركيزة التي يستعملها مناصرو المفهوم الحديث للقوة القاهرة لتبرير حيادهم عن المفهوم التقليدي.

ويبرر ذلك مجال هذه العقود الذي يشمل عقود البيع التجاري الدولي، بالنسبة لمختلف السلع وتداولها عبر حدود مختلف دول العالم، وعقود المقاولات والمنشآت الضخمة والتنقيب عن البترول، وعقود نقل التكنولوجيا وكل مجالات النقل والتأمين.¹

فقد أدى ذلك إلى البحث عن التوسيع وإيجاد مفهوم جديد للقوة القاهرة في مجال التجارة الدولية يتسم بالمرونة يستجيب لحاجات التجارة الدولية والقائمين عليها، يعتمد على اتفاق الأطراف، بحيث يستطيع أطراف العقد أن يضمنوا عقدهم مفهوماً خاصاً بهم للقوة القاهرة.²

حيث يسمح هذا التوسيع لأطراف العقد التجاري الدولي إعطاء مفهوماً خاصاً بهم للقوة القاهرة، ويستطيعون تحديد الحالات التي إذا تحققت تعتبر قوة قاهرة، كما يستطيع أطراف العقد استبعاد من حالات أخرى محددة من نطاق القوة القاهرة،³ ويستطيعون الاتفاق على أثر

¹ محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 12.

² محمد شريف غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 166.

³ Devant l'éventualité de la survenance d'un événement de la force majeure les contractants ont toujours éprouvé une réelle vulnérabilité et affiche une certaine impuissance, de cette éventualité représente une menace permanente qu'ils doivent neutraliser pour assurer le succès de l'opération contractuelle. Parmi éventail des moyens dont ils disposent pour se prémunir de l'incertitude, le contrat est sans aucun doute celui qui se prête le mieux à la maîtrise des risques, En tant qu'instrument d'anticipations sur l'avenir, le contrat permet de rationaliser

خاص يطبق فيما بينهم إذا تحقق شروط القوة القاهرة، كما يستطيع أطراف العقد الدولي الاتفاق على بقاء العقد رغم تحقق القوة القاهرة أو إرجاء تنفيذه، ولهم الحق في الاتفاق على الإجراءات الواجب إتباعها في حالة وقوع ظرف أو حادث صنف من طرفهم على أنه حالة من حالات القوة القاهرة، ومثل ذلك الاتفاق على وجوب الإخطار، أو الدخول في مفاوضات بعد تحقق شروط القوة القاهرة في الحدث أو الظرف الذي صاحب تنفيذ العقد، وبهذا التوسيع في مفهوم القوة القاهرة أصبح بإمكان أطراف العقد التجاري الدولي أن يضمنوا في عقدتهم ما شاءوا من الشروط التي يتلقون عليها، ويمكن اعتبارها قوة قاهرة، وأن يضمنوا الحلول التي يمكنهم التوصل إليها لإنها العقد والإبقاء على استمراره وترتيب نتائجه وفقاً لمصالحهم.¹

وبهذا المفهوم المرن والمموسع للقوة القاهرة الذي يعني تدخل إرادة الأطراف المتعاقدة عن طريق وضع شرط لتنظيم القوة القاهرة، من حيث مفهومها وشروطها وآثارها وأيات إعمالها، من أجل الحفاظ على استمرار العقد وترتيب أثاره التي ابرم لأجلها، ولعل الدافع الرئيسي لأطراف العلاقة التجارية الدولية، هو مبدأ سلطان الإرادة، ومبدأ قدسيّة العقد كأصل عام في عقود التجارة الدولية، بحيث أصبح العقد التجاري الدولي يخضع لهذا الأصل العام في العصر الحديث.

وقد ساهم هذا الاتجاه الحديث في إلغاء الفسخ التقليدي للعقد كنتيجة مباشرة للقوة القاهرة، نظراً لأهمية العقد التجاري الدولي، ولدوره في تنمية اقتصاديات العالم، فقد أعطت هذه الأهمية أولوية كبيرة للتمسك بوجوب إنفاذ العقد وتجنب فسخه، وعن هذا التوسيع الحديث في مفهوم القوة القاهرة في مجال عقود التجارة الدولية، عبر الأستاذ Kahn بقوله: "تم يعد الفسخ ينطبق بشكل تلقائي في حالة القوة القاهرة، إنما يلتزم الأطراف بأن يتلقوا حول النتائج التي يرتبها وقوع الحدث، فالأمر أصبح يتعلق بشرط إعادة التفاوض".

¹ l'incertain en le ramenant dans le domaine du certain. ROCHFELAIRE IBARA, l'aménagement de la force majeure dans le contrat. Thèse pour le doctorat, Université de Poitiers, France, 2012, p13

¹ محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص130.

¹ « Clause de renégociation»

سوف نتعرض إلى مظاهر التوسيع للمفهوم الحديث للقوة القاهرة (المطلب الأول) ثم نطرق إليه الحديث عن الأساس القانوني لهذا التوسيع لمفهوم القوة القاهرة الذي يجد مصدره في اتفاق الأطراف وإرادتهم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مظاهر التوسيع للمفهوم الحديث القوة القاهرة

إن تتبع واقع التعامل التجاري الدولي، يبين بوضوح فكرة تخلي أطراف العقد الدولي عن المفهوم التقليدي للقوة القاهرة، أو بعبارة أخرى تلبين هذا المفهوم سواء بالنسبة لأساس المفهوم وركائزه، أو بالتخلي عن أثاره، بمنع فسخ العقد تلقائيا كما هو معمول به في العقود الداخلية، هذا الاتجاه ساهم بشكل كبير في بلورة المفهوم الحديث للقوة القاهرة من خلال تدخل إرادة الأطراف المتعاقدة عن طريق وضع شرط في العقد لتنظيم القوة القاهرة من حيث مفهومها، وشروطها وآثارها وآليات إعمالها، هذا التدخل لا يكون بصيغة واحدة ، فإما أن يصاغ شرط القوة القاهرة بشكل مجرد أو يكون الشرط بتعداد أحداث إن وقعت بشروط معينة من وجهة نظرهم، يمكن القول أن هناك قوة قاهرة.

وحتى نعرف كيف صاغ المتعاملون بالتجارة الدولية هذا المفهوم الحديث للقوة القاهرة وما هو الأسلوب المستخدم للتعبير عنه من خلال التطرق إلى مختلف الصيغ المعتمدة في التكريس الموسع لمفهوم القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية.

الفرع الأول: صيغ المفهوم الإتفاقي للقوة القاهرة "المفهوم الحديث"

كما أسلفنا الذكر فإن أطراف العلاقة التعاقدية لهم الحرية التامة في إعطاء مفهوم مجرد للقوة القاهرة، وقد يستعيير الأطراف صياغة شرط القوة القاهرة في النظام القانوني الوطني أو أي نظام آخر ويتركون للقاضي أو المحكم مهمة تفسير وتطبيق الشرط على

¹ Kahn (Philip),Force majeure et contrat internationaux de long delai, G.D.I et edition cliente 1975, p 481.

الحدث، مثل ذلك الشرط الذي ينص على أنه "يعد من قبيل القوة القاهرة كل حادثة اتفق عليها القضاء واعتبرها قوة قاهرة" ¹، أو يتسعون بخصائصه.

أولاً: التعريف المجرد للقوة القاهرة

يطلق على هذه الطريقة في التعريف أيضا طريقة النص العام، وهو تعريف يأخذ وصف المرونة، ويقصد بالمفهوم المجرد للقوة القاهرة، هي أن ينص الأطراف في العقد على شروط عامة في الحدث المكون للقوة القاهرة، فكلما توافرت تلك الشروط في حدث ما، أمكن القول بتوافر القوة القاهرة فيه، لأن ينص الأطراف على وجوب أن يكون الحدث غير متوقع وغير ممكن الدفع، وأن يكون مستقلا عن إرادة الأطراف ويشكل استحالة مطلقة في التنفيذ، ومثل ذلك أن يضمن الأطراف في عقدهم الشرط التالي: "تعتبر قوة قاهرة تنتفي معها المسؤولية كل الظروف المستقلة عن إرادة الأطراف، والتي لا يستطيع متعاقد عادي أن يتجنبها أو يتتجنب نتائجها عندما تقع بعد إبرام العقد، وتجعله مستحيلًا في تنفيذه سواء بصفة كافية أو جزئية".²

ومثال ذلك الشرط الذي ينص على أن: "القوة القاهرة هي الأحداث غير المتوقعة، التي تحدث بعد إبرام العقد والمستقلة عن إرادة المتعاقدين، والتي تجعل التنفيذ المستقبلي مستحيلًا".³

نظرا لما يتصف به هذا التعريف العام من ضيق وجمود "conception stricte" أو المفهوم الأكثر تشديدا "conception plus rigoureuse" فقد حاول المتعاملون في عقود التجارة الدولية إعطاء نوع من المرونة على هذا التعريف، بإغفال أحد بنوده أحيانا والتخفيف

¹ نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، سنة 2003، ص 432.

² محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 130.

³ FONTAINE ,Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses, éd. Brulant, FEC, Bruxelles, Belgique, 1989, p.212.

من شدتها أحياناً أخرى، حيث يفضل الأطراف ذكر بعض الشروط دون بعضها و هذا هو الأسلوب الأكثر استعمالاً.

هذا التوسيع في ظل التعريف المجرد للقوة القاهرة، يكون عن طريق قيام الأطراف بإضفاء بعض المرونة على الشروط العامة للقوة القاهرة، والتي تأخذ شكل استبعاد أحد اشتراطات المطلقة، مثل شرط الاستحالة المطلقة كأن يتضمن التعريف الاكتفاء بأن يكون الحدث خارجاً بشكل معقول عن سيطرة الأطراف، أو أن تأخذ المرونة شكل إسقاط أحد الشروط المحددة للقوة القاهرة مثل شرط عدم التوقع لما يتميز به من دقة في تحديد مسؤولية المدين و درايته و حرصه، أكثر الخصائص التي يهملها أطراف العلاقة التجارية الدولية عند تعريف القوة القاهرة، و من ذلك أن يتفقوا على أنه: "في حالة وقوع أحداث مستقلة عن إرادة الأطراف تؤدي إلى استحالة كلية أو جزئية تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين الناشئة عن هذه الاتفاقية ..".¹

وبذلك فقد اعتمد متعاملوا التجارة الدولية معيار الحدث الخارجي عن إرادة الأطراف كمعيار أساسي، لما يعد قوة قاهرة وإهمال مسألة إمكانية التوقع من عدمها، من خلال النص في العقد على أن: "تعني اصطلاح القوة القاهرة أي حدث غير منظور خارج عن إرادة أي من الطرفين يتغدر معه تنفيذ العقد".²

وأيضاً مثل إسقاط استحالة التنفيذ، كأن ينص الأطراف على: "تعني القوة القاهرة في مفهوم هذا العقد أي حدث خارج رقابة الأطراف يعوق أو يؤخر تنفيذ العقد".

فهذا الشرط الذي يدرجه الأطراف في العقد لا يتطلب استحالة التنفيذ وإنما يكفي أن يكون من شأنه أن يعوق أو يؤخر تنفيذ العقد حتى يعد قوة قاهرة.³

¹ شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 206.

² محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، سنة 1988، ص 577.

³ FONTAINE : Les clauses de hardship: aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats à long terme, D.P.C.I., 1976, p213.

وكذلك تأخذ مرونة التوسع للمفهوم الحديث للقوة القاهرة شكل التخفيف من بعض الشروط، وهي الطريقة الأكثر شيوعا في التعريف المجرد، فإذا كان الاستبعاد الصريح لبعض الشروط أو الإغفال لها يردا على بعض العناصر المكونة للحدث، فإن التخفيف قد يرد على كل هذه العناصر.¹

ومثل ذلك تخفيف شرطي استحالة الدفع، واستقلال الحدث عن إرادة المدين كأن تستخدم عبارة "خارج عن سيطرة الأطراف" ومن أمثلة ذلك الشرط رقم 1066 من شروط FIDIC الذي ينص على أنه: "إذا وقع حدث خارج عن سيطرة الأطراف، يجعل تنفيذ التزامات المتعاقدين مستحيلا أو غير قانوني...".²

ووجه التخفيف هنا أن الأطراف يتبنون اللجوء إلى المعيار المتشدد في تقدير استحالة الدفع، وشرط استقلال الحدث عن إرادة المدين، فبدلا من عدم وجود أي وسيلة مشروعة يمكن بها المدين تنفيذ التزامه حتى ولو تحمل تكلفة زائدة، إلى معيار أخف، مثل وقوع الحدث دون أن يكون للمدين يد فيه أو خارج عن إرادته، ويظهر البديل الذي لجأ إليه الأطراف للتعبير عن التخفيف هو عبارة "خارج عن السيطرة المعقولة للأطراف" وهي عبارة يصفها بعض فقهاء التجارة الدولية بأنها تترجم مرونة كبيرة في الشروط التقليدية للقوة القاهرة.³

ومن جهة أخرى تستخدم عبارة "لا يمكن التغلب على الحدث باستخدام الجهد الممكنة المعقولة" "Efforts raisonnablement possibles" ومن أمثلة الشروط التي يستخدم فيها الأطراف هذه العبارة الشرط الذي ينص على أن: "يقصد بالقوة القاهرة في تنفيذ هذا

¹ شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 207.

² يصف الأستاذ Kahn صيغة الجهد الممكنة المعقولة بأنها تتضمن مقارنة بين استخدام وسائل معقولة في دفع الحدث وبين التكاليف التي يت肯دها الأطراف في دفع هذا الحدث، و يمكن القول بأن كل الصعوبات يمكن دفعها إذا خصصنا الوسائل والأموال الضرورية، ولكن هذا يرتبط بالإطار الاقتصادي الذي يعمل من خلاله المدين. راجع في ذلك: شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية المرجع السابق، ص 209.

³ Fontaine, op. cit, p.213.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

العقد كل عمل أو حدث.. ولا يمكن التغلب عليه بالرغم من بذل الجهود الممكنة المعقولة". ومن ذلك أيضا الشرط الذي ينص على أن: "القوة القاهرة هي كل حدث غير متوقع... ولا يمكن للأطراف أو الآخرين تجنبه حتى مع بذل كل الجهود الاقتصادية التي في مكنته للأطراف".¹

أو أن تكتفي الصياغة بإعفاء المدين من المسؤولية دون اللجوء إلى تعريف القوة القاهرة، كما هو الحال في النص التالي: "لن تكون الأطراف مسؤولة عن عدم تنفيذ الاتفاق بسبب القوة القاهرة".²

ويلاحظ من خلال الأمثلة السابقة مدى التوسيع الذي يلحق بالقوة القاهرة في مفهومها التقليدي، جراء التنظيم الإنافي للأطراف لهذا الشرط، فالشرط يتحقق لمجرد بذل المدين جهوده المعقولة في دفع الحدث، ولا مكان لتطبيق المفهوم المتشدد لاستحالة الدفع و الذي يعني كما سبق الإشارة إليه غياب أية إمكانية لتنفيذ العقد ولو عن طريق بديل آخر حتى ولو كان مكلفا.

ويعتبر شرط الاستحالة المطلقة من أكثر الشروط التي ترد عليها المرونة والتتوسيع، أو التخفيف، حيث لا يتطلب الأطراف أن يؤدي الحدث إلى استحالة مطلقة في تنفيذ العقد، وإنما يكفي أن يجعل الحدث تنفيذ العقد صعبا، و من أمثلة ذلك الشرط الذي ينص على أن: "تعني القوة القاهرة كل حدث يفلت من سيطرة الأطراف و يجعل تنفيذ العقد صعبا جدا أو مستحيلا.."،³ و توضح درجة التخفيف في هذا الشرط في أنه لا يتطلب بالضرورة أن يؤدي الحدث إلى استحالة مطلقة في تنفيذ العقد بل يكتفي في أن يجعله صعبا و من أمثلة هذا

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، اثر تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية ص 209.

² ACCAOUI(P) - LORFING, la renégociation des contrats internationaux, thèse pour le doctorat en droit international, Université Panthéon- Assas, paris II,France, 2008, p.539.

³ بن دريس حليمة، مآل العقد التجاري الدولي في ظل تأثير وباء كورونا المستجد على تنفيذه، دراسة في ضوء القوانين المقارنة و أحكام اتفاقية التجارة الدولية، المجلة الدولية للقانون، المجلد التاسع، العدد الرابع، دار نشر جامعة قطر، سنة 2020، ص 222.

التخفيف كذلك التعريف الذي تبنته اللجنة الاقتصادية الأوروبية، و الذي اكتفت فيه بأن تؤدي الأحداث إلى "استحالة نسبية في تنفيذ العقد أو إعاقة السريان العادي للعقد"، وذلك لإمكان القول بقيام حالة القوة القاهرة و الذي ينص على أن: "تعد حالة من حالات القوة القاهرة كل حادث مهما كانت طبيعته، يكون خارج السيطرة المعقولة للبائع و ذات طبيعة تعرقل أو تؤخر تنفيذ البيع".¹

ومن ذلك أيضا الشرط الذي ينص على أن: "يقصد بالقوة القاهرة كل فعل أو حدث يجعل تنفيذ التزامات الأطراف مستحيلا من الناحية الإنسانية".²

ثانيا: التوسيع في حالة التعريف بذكر أمثلة

من خلال ما توصلنا إليه في التعريف المجرد للقوة القاهرة، الذي يتطلب من القضاء الوطني أو قضاء التحكيم بدقة الحدث وظروف وقوعه لتحديد ما إذا كانت هذه الخصائص يتطلبها القانون، أو الأطراف في الحدث متوفرة أم لا وهذا التحليل يجب أن يكون دقيقا في غالبية الأحيان و يشير الكثير من المشكلات خاصة في بعض الأنواع من العقود.³

ويقصد بطريقة التعريف بذكر أمثلة أو ما يعرف كذلك بالصياغة التعندي، هي أن يحدد الأطراف في قائمة محددة للأحداث والظروف التي يتلقون عليها ويعتبرونها في نظرهم قوة قاهرة، حتى ولو لم تكن كذلك من الناحية الموضوعية لتأخر شروط القوة القاهرة فيها، ويضخون في نفس الشرط النظام القانوني الذي اتفق عليه الأطراف بمجرد حدوثه، ومن أمثلة ذلك الشرط الذي جرى نصه على النحو التالي: "يعتبر من قبيل القوة القاهرة الحرب والثورات والانقلابات والغزو والتمرد والشغب والمظاهرات المدنية والعنف والتخريب الإنفجارات والعواصف والرياح والبراكين وحظر الاستيراد".

¹ محسن شقيق،اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع، المرجع السابق، ص.87.

² شريف محمد خنام، اثر تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية المرجع السابق، ص.211.

³ Kahn (Philip), op.cit, p.470

وفي هذه الطريقة يعفى القاضي أو المحكم من فحص مدى توافر شروط القوة القاهرة في أي حدث يندرج في هذه القائمة.¹

ويمكن للأطراف كذلك الاتفاق على قائمة من الأحداث التي لا تشكل في نظرهم قوة قاهرة، أما الصورة الثانية لتعريف بذكر أمثلة، هي أن يدرج الأطراف في عقدهم ما لا يعتبر قوة قاهرة إذا حدث، ومن هنا تعتبر جميع الأحداث ما عدا ما حدده صراحة في العقد قوة قاهرة إذا تואفت فيها الشروط العامة للقوة القاهرة، ومن أمثلة هذا النوع من الشروط في الصورة الثانية " لا يعتبر قوة قاهرة انفجار وسائل النقل أو احتراقها أو خروجها عن القضبان أو تصادمها ..".

ونظراً لبساطة وسهولة تطبيق هذه الصورة من الناحية العملية فقد اخذ بها المشرع المصري في قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، و ذلك في نص المادة 214 والتي نصت على ما يلي: "لا يعتبر من القوة القاهرة في عقود النقل انفجار وسائل النقل أو احتراقها أو خروجها عن القضبان التي تسير عليها أو تصادمها أو غير ذلك من الحوادث التي ترجع إلى الأدوات أو الآلات التي يستعملها الناقل في تنفيذ النقل، ولو ثبت أنه اتخذ الحيطة لضمان صلاحيتها للعمل، و لمنع ما تحدثه من ضرر".²

وفي هذا الإطار يرى البعض أن الحادث المفاجئ أو السبب الأجنبي الذي ينشأ في شيء المستخدم وينبع من طبيعته لا يعد من قبل القوة القاهرة، فالقوة القاهرة هي سبب خارجي عن وسيلة النقل.³

¹ شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية المرجع السابق، ص 214.

² محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 134.

³ سمية القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ، سنة 2007، ص 530.

ما لا شك فيه أن اتفاق الأطراف على تحديد قائمة من الأحداث التي يعتبرونها في نظرهم تشكل قوة قاهرة، بصرف النظر عن مدى توافر الشروط العامة للقوة القاهرة، أو يدرجون في عقدهم ما لا يعتبر قوة قاهرة إذا حدث، وتعتبر جميع الأحداث خارج ما ذكره صراحة في العقد، قوة قاهرة يعد توسيعا في مفهوم القوة القاهرة.¹

الفرع الثاني: التوسيع في حالة التعريف المختلط

يقصد بالتعريف المختلط هو أن يتفق الأطراف على إدراج تعريف مجرد للقوة القاهرة يتضمن الشروط العامة الواجب توافرها لإمكان القول بتوافر القوة القاهرة في الحدث، ثم يلي ذلك ذكر أمثلة لما يعتبر قوة قاهرة ، أي أن في هذا النوع من التوسيع يجمع الأطراف بين التعريف المجرد للقوة القاهرة، والتعريف بذكر أمثلة سواء على سبيل الحصر أو على سبيل المثال، و في حالة وقوع حدث وارد في قائمة الأمثلة فهو يعد قوة قاهرة دون اللجوء إلى البحث عن توافر أو عدم توافر الشروط العامة للقوة القاهرة بشأنه، أما إذا كان الحدث غير مدرج ضمن القائمة المتفق عليها بين الطرفين، فهنا يتم البحث عن مدى توافر أو عدم توافر الشروط العامة الشروط العامة للقوة القاهرة في هذا الحدث حتى يعتد به كقوة قاهرة.

وتعتمد غالبية عقود التجارة الدولية على شرط القوة القاهرة الذي يجمع بين التعريف المجرد والتعريف بذكر أمثلة² ومن أمثلة ذلك الشرط الذي ينص على أنه: تعتبر قوة قاهرة الأحداث التي تقع بعد انعقاد العقد، وتكون مستقلة عن إرادة الأطراف، وتجعل تنفيذ العقد مستحيلا مثل الحرب و الحصار والثورات...³.

وكذلك الشرط المدرج في عقد البيع الغاز المبرم بين الشركة المصرية للغازات الطبيعية وإحدى شركات صناعة السيراميك المصرية، والذي نص على أنه: يقصد بعبارة

¹ Michel Alter, vente commercial, Obligation délivrance du vendeur, Juris Classeurs, et, Techniques, Fasc310, II, 1993, No, 43, p.9.

²Jean Virole, Incidence des mesures d'embargo sur les contrats internationaux, 1981, p.321.

³Kahn (Philip), Op.cit ,p.981

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

القوة القاهرة أي حدث غير متوقع خارج عن إرادة الطرفين ولا يستطيع أي منهما منع هذا الحدث، ويتربّ عليه عدم تمكن الطرفين أحدهما أو كليهما من أداء التزاماته التعاقدية جزئياً أو كلياً تحت نطاق هذا العقد، ويعتبر من قبيل القوة القاهرة التمرد والعصيان والشغب والإرهاب وال الحرب.¹

وأيضاً الشرط الذي ينص أنه: "يقصد بالقوة القاهرة بأنها أي حدث أو ظروف خارجة عن إرادة وخارج نطاق السيطرة المعقولة لأي من الطرفين، ينشأ عنها عدم تمكن الطرفين أحدهما أو كليهما من أداء التزاماته التعاقدية تحت نطاق هذا العقد، وتشمل في عموميتها الكوارث الطبيعية، مثل القضاء والقدر والزلزال والسيول والفيضانات والصواعق والحروب والاضطرابات العمالية والواردة نصاً بأحكام القانون المدني".²

هذا وتتخذ المرونة والتتوسيع في حالة التعريف المختلط نفس الأشكال والمظاهر التي تم التطرق إليها في حالة التعريف المجرد و التعريف بذكر أمثلة، فهذا التعريف يمزج بين التعريف المجرد للقوة القاهرة و التعريف بذكر أمثلة.

ويتبين ذلك من خلال شرط القوة القاهرة الذي أعدته غرفة التجارة الدولية ICC³ بحيث تضمن الشرط في الفقرة الأولى تعريفاً عاماً للقوة القاهرة ثم تعداد لحالات القوة القاهرة في الفقرة الثالثة من نفس الشرط.¹

¹ محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 137.

² عقد بيع غازلت مبرم بتاريخ 04 جوان 2007 مبرم بين شركة ولدي التيل للغاز وإحدى شركات صناعة الإسمنت اشار إليه محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 137.

³ تعتبر غرفة التجارة الدولية، التي تتخذ باريس عاصمة الدولة الفرنسية مقراً لها، عاصمة مظلة نظامية لمجتمع رجال الأعمال والتجار، كما تعد من أهم المنظمات التي تعنى بتطوير قانون التجارة الدولية، و بمجال عقود التجارة الدولية على وجه الخصوص، وقد بدأ التفكير في إنشائها إلى المؤتمر الدولي للتجارة الذي عقد بمدينة Atlantic City في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1919، عقد أول مؤتمرها التأسيسي في باريس عام 1920، هذه المنظمة تشكل اتحاداً عالمياً لمجموعات اقتصادية و رجال أعمال ينتمون لأكثر من 75 دولة ، وهيئة استشارية للمجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة، يدير هذه المنظمة مندوبيين ينتمون لأكثر من 90 دولة وأعضاء لأكثر من 40 دولة و هي تجمع بين

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

ونفس الشرط تم التطرق إليه في عقد بيع الغاز المبرم بين الشركة المصرية للغازات الطبيعية، وإحدى شركات تصنيع الزجاج في مصر عام 2001، إذ عرفت الفقرة الأولى من المادة 16 القوة القاهرة وفقاً للتعریف المزدوج، جاء نص الفقرة الثانية أن اثر القوة القاهرة هو الإعفاء من التعويض فقط، كما أوجبت الفقرة الثالثة من نفس المادة على الطرف المتضرر من حالة القوة القاهرة أن يقوم بإخبار الطرف الآخر بها مدعماً بالمستندات وموضحاً مدى الضرر المتحقق ومناطقه و المدة المتوقعة لاستغرائه، أما الفقرة الخامسة من نص المادة 16 على انه: "في حالة استمرار حدث القوة القاهرة لمدة أكثر من 60 يوماً متصلة من تاريخ واقعة القوة القاهرة، فإنه يحق لأي من الطرفين إنهاء العقد إلا إذا اتفقا على خلاف ذلك، و يتم ذلك بإرسال إخطار كتابي إلى الطرف الآخر قبل 7 أيام من إنهاء بشرط استمرار القوة القاهرة حتى تاريخ استلام الطرف الآخر للاستلام".²

خبرات مختلفو من منتجين ومستهلكين وأصحاب مصانع وبنوك وشركات تأمين ونقلين وخبراء في علم الاقتصاد والقانون، يقومون بوضع قواعد تستجيب لحاجات التجارة الدولية، وتساهم في استقرار و حرية التجارة الدولية، و من ابرز أعمالها توحيد قواعد المصطلحات البيوع التجارية الدولية المعروفة باسم الأنكتورمز Incoterms للتوحيد، وقواعد خاصة بالتحكيم التجاري الدولي، وكذلك قواعد تحكم الإعتمادات المستدية، وقواعد تتعلق بنقل البضائع. راجع في ذلك عمر سعد الله، *قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة*، دار هومة للنشر، الجزائر، طبعة 2009، ص 118.

¹ نصت الفقرة الأولى من الشرط النموذجي للقوة القاهرة الذي وضعته غرفة التجارة الدولية ICC لسنة 2003 والتي تنص على أنه: "ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك صراحة أو ضمناً، في حالة عدم تنفيذ الطرف المتعاقد نواحٍ أو أثراً من التزاماته التعاقدية تطبق النتائج الواردة في الفقرات 4،5،6،7،8،9 و ذلك في حالة إثبات هذا الطرف ،
1- أن إخفاقه في تنفيذ التزاماته جاء بسبب حدث خارج عن إرادته المعقولة
2- لم يكن بإمكانه توقع مثل هذا الحدث عند التعاقد،

3- لم يكن من المعقول تجنب أو السيطرة على الآثار المترتبة من هذا الحدث" و من جهة أخرى جاء في الفقرة الثالثة الحالات التي تعتبر قوة قاهرة بشرط إثبات البنددين أو 2 من الفقرة الأولى وهي الحرب و الحرب الأهلية، عمل إرهابي، قرار سيادي، قضاء و قرر، طاعون، كوارث طبيعية، انفجار، حريق، دمار آلات، اضطراب عمل عام".

² المادة 16 من عقد توريد غاز طبيعي مبرم بين الشركة المصرية للغازات الطبيعية و إحدى شركات صناعة الزجاج في مصر مؤرخ في 05 جويلية 2011 ، راجع في ذلك: محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 139.

فالتوسيع وفقاً لهذا العقد هو عدم فسخ العقد بمجرد تحقق حالة القوة القاهرة، وإنما يستمر العقد قائماً لمدة ستين يوماً فإذا لم تزل حالة القوة القاهرة أصبح من حق أي من الطرفين إنهاء العقد.

ويمكن كذلك التوسيع في مفهوم القوة القاهرة من حيث الأثر الناتج عن القوة القاهرة أو فعل الأمير أو تدخل الدولة و التي تمنع أي من طرفي العقد من القيام بالتزاماته، فكلاً هما يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار من حيث نفي مسؤولية أخذ الشرط المنصوص عليه في عقد بيع دولي لحبوب و مكونات أعلاف الذي نص على ما يلي: **يجب الأخذ في الاعتبار القوة القاهرة و الأعمال الأميرية التي قد تمنع أيها من الطرفين قصراً عن تنفيذ جزء أو كل هذا التعاقد دون أي مسؤوليات أو غرامات أياً كان نوعها أو شرط جزائي**.¹

ومن جهة أخرى فإن المفهوم الموسع للقوة القاهرة يتأثر هو الآخر بتدخل الدولة في الحياة الاقتصادية في مجال التجارة الدولية، حيث لا يتم إعفاء المدين إذا كان هذا المدين يمثل إحدى الهيئات التابعة للدولة، عندما تكون في مواجهة حدث ناتج عن تدخل الدولة ذاتها في العقد، وفي هذا الصدد فقد قضت هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بأن منع تحويل العملات الصعبة من قبل البنك المركزي للبلد لا ينسى لمشروع القطاع العام حالة قوة قاهرة، نظراً لكون هذا المشروع هو إحدى الهيئات الاقتصادية لهذا البلد.²

ومن خلال ما تم التطرق إليه بخصوص التوسيع في مفهوم القوة القاهرة سواء بالنسبة للأخذ بالتعريف المجرد أو التعريف بذكر أمثلة أو الأخذ بنظام المختلط، فإن ذلك التوسيع بمفاهيمه الثلاث، يصب في مصلحة عقود التجارة الدولية، ذلك بأنه يمثل الأسلوب الأكثر

¹ عقد بيع حبوب مؤرخ في 28 مارس 2010 بين شركة مصرية تعمل بنظام المناطق الحرة لتداول الحبوب و الخدمات البحرية و شركة الحريري أوف شور بلبنان، راجع في ذلك: محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 139.

² قرار هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية، في الدعوى رقم 3100/3093 لسنة 1979 ، منشور في مجلة القانون الدولي، المجموعة الأولى من قرارات تحكيم الغرفة، ص 367.

مرونة في تحديد مفهوم القوة القاهرة، والذي يتاسب وخصوصية عقود التجارة الدولية التي يسعى أطراف العلاقة التعاقدية فيما بينهم إلى الحفاظ على العقد والاستمرار في تفيذه، وتحقيق مصلحة الطرفين، عوضاً عن فسخه كما يقتضيه المفهوم التقليدي للقوة القاهرة.

المطلب الثاني: الأساس القانوني للمفهوم الموسع للقوة القاهرة

يجد المفهوم الموسع للقوة القاهرة في عقود التجارة الدولية أساسه القانوني، في اتفاق الأطراف ورغبتهم، فالنتائج المشددة التي يرتتبها المفهوم التقليدي للقوة القاهرة، في مجال عقود التجارة الدولية، دفعت الأطراف إلى البحث عن مفهوم جديد للقوة القاهرة يتسم بالمرونة في شروط نظرية القوة القاهرة وفي نتائجها، ولهذا يعتبر الفن التعاقد أو الحرية التعاقدية هي المهد الحقيقي لهذا المفهوم الموسع.¹

هذا التوسيع في مفهوم القوة القاهرة يتاسب ومبدأ حرية التعاقد، وهو المبدأ الأساسي المعترف به في كافة القوانين، وفي عقود التجارة الدولية فإذا كان الأطراف يتمتعون بحرية كبيرة في إبرام العقود الداخلية، فإن هذه الحرية تنسع إلى أقصى حد إذا تعلق الأمر بعقود التجارة الدولية، الأمر الذي يترتب عنه اتساع حرية الأطراف في تنظيم شروط القوة القاهرة ونتائجها.

فقد أكدت غرفة التجارة الدولية على هذه الحرية من خلال وضعها للشرط النموذجي للقوة القاهرة لعام 2003 حيث ورد في التعليق على هذا الشرط "أن أطراف العقد لهم الحرية الكاملة في استبعاد مثل هذا الشرط من خلال النص في بنود العقد على استبعاده من العقد".²

¹ محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 149.

² الشرط النموذجي للقوة القاهرة الذي وضعه غرفة التجارة الدولية ICC لعام 2003.

هذا التوسيع والمرونة في المفهوم الحديث للقوة القاهرة يعتمد على عدة مبادئ نذكر منها:

الفرع الأول: مبادئ التوسيع في مفهوم القوة القاهرة

يتمتع الأطراف بحرية تامة في إبرام العقود بصفة عامة، وتزداد أهمية هذه الحرية عندما يتعلق الأمر بإبرام عقود التجارة الدولية، وتجد هذه الحرية أساسها في قانون التجارة الدولي، وأعراف التجارة الدولية، فالإرادة الحرة وحدها من ينشئ الالتزام، وترجم أهمية تلك الحرية في إعطاء الأطراف الحرية التامة في تنظيم مفهوم القوة القاهرة، وتنظيم الآثار المتربطة عن المفهوم الإنافي للقوة القاهرة و إدراجها في بنود العقد، وعلى هذا الأساس فإن التوسيع في مفهوم القوة القاهرة يقوم على مجموعة مبادئ نفصلها كما يلي:

أولاً: مبدأ حرية الأطراف في تنظيم شروط القوة القاهرة

الإرادة الحرة هي وحدها من تنشأ الالتزام، وهي أساس التصرف القانوني، فهي التي تنشأ، وهي التي تحدد أثاره،¹ وهو ما عبر عنه الفقه القانوني بمبدأ سلطان الإرادة، الذي يعني أن إرادة المتعاقدين حرية في أن تلتزم أولاً تلتزم، وإذا التزمت فهي حرية في تحديد شروط وأثار هذا الالتزام.

وحسب هذا المبدأ فإن كل الالتزامات ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة للأطراف، وأثر هذه الإرادة لا يتوقف عند إنشاء الالتزام، بل يمتد إلى تحديد أثاره.²

لقد اثر مبدأ سلطان الإرادة على العقد من جميع الجوانب، فمن حيث الشكل حل مبدأ الرضائية محل شكل العقد، الذي يعني أن الإرادة كافية بذاتها لإبرام التصرفات القانونية دون الحاجة لأن تصب في شكل معين.¹

¹ عبد الرزاق السنوري، الوسيط – مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 180.

² عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 41.

أما من حيث موضوع العقد، فالأطراف أحراز يبرمون ما يشاءون من عقود، وأحرار في تحديد مضمون تلك العقود وشروطها، ولا يقيدهم في ذلك إلا القانون والنظام² وكل طرف في العقد الحق في مناقشة مضمون العقد وشروطه ويقبل ما يخدم مصلحته ويرفض ما لا يتماشى معها، وهو ما يعرف "بالحرية التعاقدية".

ونظام الحرية التعاقدية معروف لدى كافة الأنظمة القانونية، فالتشريعات المعاصرة أصبحت تعرف بقدر واسع بمبدأ سلطان الإرادة، فقد نص المشرع الجزائري عليه في المادة 106 من القانون المدني بقولها: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون"، التي يقابلها نص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن: "الاتفاقات التي تعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقيها".

ويعلق الأستاذ ROBERT على الأهمية التي يحتلها هذا المبدأ في القانون الفرنسي بقوله: "إن المبدأ الجوهري والأساسي المتعلق بسلطان الإرادة وصل إلى أقصى حدود له".³

كما أن المادة الرابعة من القانون الألماني المتعلقة بالعقود الاقتصادية التي جاءت تحت عنوان "الحرية التعاقدية" على أن: "يمكن للأطراف في جميع الأحوال مخالفة أحكام هذا القانون".

وفي مجال عقود التجارة الدولية يجد مبدأ سلطان الإرادة أو الحرية التعاقدية المجال الخصب له، في التطبيق بشكل واسع ومستمر، كما يجد هذا المبدأ مجاله في قرارات هيئات التحكيم الدولي، ففي قضية شركة توبكو كلاسياتيك والحكومة الليبية، حيث قررت هيئة

¹ عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 45.

² محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 151.

³ ROBERT (J.), La législation nouvelle sur l arbitrage, D., 1980, Cho. , p.189

التحكيم ما يلي: "أن كل الأنظمة القانونية أيا كانت تطبق مبدأ سلطان الإرادة فيما يتعلق بالعقود الدولية، ويظهر هذا المبدأ على أنه مبدأ عالمي في هذه الأنظمة حتى ولو لم يكن له دائما نفس المعنى و نفس النطاق".¹

كما أن مبادئ عقود التجارة الدولية «lex mercatoria» تأخذ كذلك بهذا المبدأ والذي يعتبر من المبادئ الرئيسية التي قامت على أساسها مبادئ «Unidroit» أكدت على حرية التعاقد، التي جاءت في نص المادة الأولى تحت عنوان الحرية التعاقدية على أن: "الأطراف أحرار في إبرام العقد و تحديد محتواه".²

وفقا للتعليق على نص هذه المادة فإن الأطراف يتمتعون بحرية إبرام العقد، وتحديد مضمونه وأن مبدأ حرية التعاقد يحظى بأهمية عظمى في مجال التجارة الدولية ولرجالات العمال الحق في أن يقرروا بحرية الأطراف الذين يعرضون عليهم بضائعهم وسلعهم أو خدماتهم، فضلا على أن يتلقوا على شروط المعاملات الفردية.

¹ تلخص وقائع هذه الدعوى في أن "شركة تيكساكو" أبرمت اتفاقية مع الحكومة الليبية للبحث عن النفط والغاز، في الصحراء الليبية في الفترة الممتدة بين عام 1956 وعام 1966 ، إلا أنه بتاريخ 1973/09/01 قامت الحكومة الليبية بتأمين المشروع، فرفعت الشركة دعوى أمام محكمة العدل الدولية التي قيدت تحت رقم 750/1977، والتي عينت محكما منفردا فيها، هو "رينيه جان ديبوي" الذي أصدر حكما في 19/01/1977 يلزم الحكومة الليبية بالتعويض عن التأمين. أشار إليها: محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 152.

² Les parties sont libres de conclure un contrat et de fixer son contenu, la seule limite à cette liberté contractuelle réside dans le respect de l'ordre public. Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international et ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée.
Stéphane Chatillon, Op.cit., P.79.

ومن جهة أخرى تأخذ هيئة التحكيم الدولية بعين الاعتبار وبالدرجة الأولى عند الفصل في النزاعات المطروحة عليها، تطبيق أعراف التجارة الدولية والمبادئ العامة للقانون.¹

ففي أحد قرارات التحكيم طبق المحكم الشرط الوارد في العقد، الذي يعفي الأطراف من أية خسارة متولدة عن أي وضع أو إجراء ينتج من نص تشريعي صادر من أي سلطة وطنية، على الرغم من أن الحالة المعروضة على المحكم كانت تتعلق بعدم تنفيذ أحد المتعاقدين للتزاماته بسبب قانون الرقابة على النقد المفروض من طرف حكومته، رغم أن القانون الفرنسي الواجب التطبيق على مجموع العقد، كان ينظم تلك المسألة، ومع ذلك فإن المحكم استبعده، بسبب وجود الشرط الوارد بالعقد.²

وترجع هذه الحرية الممنوحة للأطراف في تنظيم شروط القوة القاهرة في مجال العقود التجارية الدولية له ما يبرره من الخوف من تغير الظروف في المجال التجاري، لا سيما فيما يتعلق بما ترسم به عقود التجارة الدولية من امتداد تنفيذها في الزمن لمدة طويلة، و بطبيعة الحال اختلاف ظروف تنفيذ هذه العقود عن ظروف إبرامها، لذلك يسعى أطراف العقد التجاري الدولي إلى السعي على الحرص والعناء في تنظيم شروط القوة القاهرة تحقيقاً لمصلحتهم الاقتصادية، فكل طرف له مصلحة في تنفيذ العقد يتحمل جزءاً من مخاطر التغيرات التي قد تطرأ عليه مستقبلاً، والتي قد لا تكون في صالحه.

ومن جهة ثانية يرى جانب من الفقه أن اتساع مجال مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الدولية لا يقتصر فقط على إعطاء الأطراف حرية تنظيم شروط القوة القاهرة أو إعطاء مفهوم لها أو تعديل أثارها، ولكن يتوجب إخضاع الشرط لقانون معين سواء كان

¹ GAILLARD (E.), *Trente ans de l'ex mercatoria, pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit*, JDJ, 1995, p.10.

² قرار التحكيم رقم 3100 لسنة 1980، المجموعة الأولى من قرارات تحكيم غرفة التجارة الدولية، راجع في ذلك: محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 159.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

هذا القانون هو القانون المطبق على كل شروط العقد الأخرى، أم كان قانوناً يختلف عن القانون الواجب التطبيق على باقي شروط العقد، يستوي في ذلك أن يكون هذا القانون قانوناً داخلياً أم قانوناً دولياً.¹

وتمتد حرية الأطراف في تنظيم شروط القوة القاهرة، إلى إمكانية خضوع العقد لعادات وأعراف التجارة الدولية، ويكون الشرط المدرج في العقد واجب التطبيق، وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه أن الحلول الكثيرة ذات الصلة بالقوة القاهرة، والتي ترد في عقود التجارة الدولية، وفي قرارات هيئات التحكيم أصبحت تشكل عادات دولية.

وبذلك نجد أن حرية الأطراف في تنظيم شروط القوة القاهرة لعبت دوراً أساسياً في إعطاء المفهوم الحديث للقوة القاهرة في مجال عقود التجارة الدولية، وما تتمتع به إرادة الأطراف من حرية في تحديد مفهوم القوة القاهرة ونطاقها وشروطها ونتائجها، كما تمتد حرية الأطراف في الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق على شرط القوة القاهرة وحده، حتى ولو كانت جميع شروط العقد الأخرى تخضع لقانون آخر، وتسمح هذه الحرية للأفراد عند تنظيم القوة القاهرة لهم من إخضاع الشرط إلى عادات وأعراف التجارة الدولية.²

¹ محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 160.

² تعرف العادات بأنها ما يستقر في النفوس من الأمور المقبولة عند الطابع السليم، ويدرك آخر من الفقه القانوني إلى عدم التفرقة بين العرف والعادة بل يعتبرهما مترادفين في المعنى، ويعتبران لفظان مترادفان معناهما واحد، وعلى المستوى الدولي يذهب غالبية فقهاء التجارة الدولية إلى القول أن التفرقة بين العرف والعادة من حيث عنصر الإلزام لا مكان له في قانون التجارة الدولية، حيث يعتبر العرف و العادة ذات مدلول واحد، ومن الأمثلة على ذلك استخدام هيئات التحكيم الدولية مصطلحات عديدة منها (عادات التجارة الدولية، وأعراف التجارة الدولية، ومصالح التجارة الدولية) والتي يقصد منها في الغالب معنى واحد وهو العادات التجارية، وتعد عادات التجارة الدولية من أهم مصادر قانون التجارة الدولية حيث بقيت هذه العادات فترة طويلة مصدراً للأحكام التي تنظم التعامل بين الشعوب و التجار حتى ظهور التقنيات الوطنية و الدولية التي أخذت الصدارة و بقيت العادات تكمل ما غفل ذكره حتى أصبحت تمثل النواة لمصادر قانون التجارة الدولية، فالعادات التجارية الدولية تعتبر الوسيلة الأكثر ملائمة لتحقيق أكبر تقدم في نطاق العلاقات التجارية الدولية، و القدرة على تحقيق الملائمة بين النصوص القانونية و بين الظروف الواقعية المتغيرة، و لذلك أشارت العديد من التشريعات الدولية المهمة بالعقود التجارية الدولية أو التحكيم التجاري الدولي إلى أهمية العادات التجارية

ثانياً: ميزة عقود التجارة الدولية

تتميز عقود التجارة الدولية عن غيرها من العقود الداخلية، بطول مدتها و التي توصف بأنها عقود نموذجية، حتى ولو أمكن تعدد نماذج العقود التي تعالج بيع سلعة واحدة، بحيث أن لأطراف العلاقة الدولية الحرية في تبني الشكل الذي يروق لهم و الذي يتماشى مع ظروف تعاقدهم، وهذا يعتبر الشكل من خصائص العقد و ليس من التزاماته.

تأخذ عقود التجارة الدولية شكل الشروط العامة، والتي تمثل في مجموعها قانوناً خاصاً يحكم كافة جوانب العقد والتي يطلق عليها بالشروط التعاقدية، والتي تتعلق بالتعامل على بضاعة معينة تضم مجموعة من البنود أو القواعد العامة التي يتعين بها المتعاقدون في إتمام تعاقدهم، بحيث يشيرون إليها ويضمونها إلى العقد ثم يكملونها بعد ذلك بما يتقوون عليه من كمية وثمن وموعد للتسليم ومكان هذا التسليم وغير ذلك من المسائل التفصيلية للعقد، هذه الشروط التي أصبحت توصف بأنها عقود نموذجية.¹

تبرم عقود التجارة الدولية بصفتها عقود دولية ذات طابع تجاري، وتظهر هذه الصفة في حالة وقوع تنازع بين القوانين الدولية ، من حيث أهلية المتعاقدين وشروط التعاقد وموضع العقد والقواعد التي تحكم شكل العقد كما يستمد العقد الدولي صفتة الدولية من طبيعة العلاقة التي يحكمها والتي قد تثير بعض الصعوبات التي يمكننا مواجهتها من خلال الاعتماد على المعيار الشخصي الذي يأخذ باختلاف مراكز أعمال الأطراف المتعاقدة أو

الدولية نذكر منها نص المادة 1496 من قانون المرافعات الفرنسي التي نصت على أنه: "يلتزم المحكمون الدوليون بأن يأخذوا عادات التجارة الدولية في اعتبارهم" ، وكذلك نص المادة 05 من القانون الألماني الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية لسنة 1972 التي نصت على: "إن العادات التجارية المتفق عليها في مجال العلاقات التجارية الدولية يجب أن تؤخذ في الاعتبار عند إبرام و تنفيذ عقود التجارة الدولية". راجع في ذلك: ميثاق طالب عبد الرحمن الجبوري، المرجع السابق، ص 140 و ما يليها.

¹ عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر، طبعة 2009، ص 159.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

محال إقامتهم العادية ولا يرتبط باختلاف جنسيتهم، فقد يعقد العقد دوليا ولو كان البائع والمشتري من نفس الجنسية.

يقوم العقد الدولي بين طرفيه على أساس الحرية التامة، التي سبق الإشارة إليها سابقاً والمعبر عنها بمبدأ سلطان الإرادة، وفي ذلك تشجيعاً للأطراف في إيجاد قواعد تنظم العلاقة التعاقدية بينهم، سواء بابتكار قواعد جديدة منظمة للعلاقة التجارية أو من خلال إتباع أي نموذج قانوني موجود في أي تشريع آخر غير قوانين الأطراف المتعاقدة، فالأطراف في العقد التجاري الدولي أحرار في اختيار ما يشاءون من النماذج القانونية للتعبير عن إرادتهم وتضمينها لعقدتهم وهو ما أكدته المشرع الجزائري من خلال نص المادة 18 من القانون المدني بنصها "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقة بالمتعاقدين ...".

كما تتميز عقود التجارة الدولية بخضوعها لإرادة المتعاملين على النطاق الدولي التي تقوم بمزاولة التجارة الدولية و التي تحكرها في الكثير من الأحيان على أساس قواعد من صنعها، فصارت ملزمة لأعضاء الجماعة في معاملاتهم الدولية، دون تدخل لجانب السلطات في جميع الدول.

الفرع الثاني: الأهمية الاقتصادية لعقود التجارة الدولية

تتمتع العقود الدولية بأهمية اقتصادية بالغة، ليس فقط بالنسبة لأطراف العقد بل يتعلق باقتصاد الدول، وبعض العقود لها علاقة بالأمن القومي للدولة، مثل عقود شراء الأسلحة، وقد تمس كذلك الأمن الغذائي والاجتماعي، مثل عقود استيراد المواد الغذائية والمواد الأولية الموجهة للصناعة، ولهذا يرى البعض أن العقد الدولي هو عقد اجتماعي نظراً لتأثير هذا العقد على الجانب الاجتماعي للدول التابع لها أطرافه.¹

¹ شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 169.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

فالهدف والغالية من لجوء أطراف العلاقة التجارية الدولية إلى إبرام العقد يهدف إلى تلبية حاجة للحصول على المنتجات أو المواد الأولية أو السلع الاستهلاكية، التي تلبى له أرباحاً معينة أو إما لإشباع حاجات اجتماعية واقتصادية وفي الواقع يمتد أثر العقد التجاري الدولي إلى أبعد من ذلك، حيث يشكل لدى بعض الدول جزءاً مهماً من الخطة الاقتصادية لها، فهو يرتبط في الغالب بالاقتصاد الوطني ككل.¹

حيث ذهب البعض إلى القول أن العقد الدولي هو عقد اجتماعي نظراً إلى تأثير هذا العقد على الجانب الاجتماعي للدول التي يتبعها أطرافه، أما الطرف الآخر فهو إما مشروع تابع إلى دولة متقدمة وإما مشروع أجنبي متعدد الجنسيات.

فإذا كان تابعاً لدولة متقدمة فهو أيضاً إلى جانب استهداف الربح، فهو يهدف كذلك إلى تحقيق فائدة اقتصادية للدولة التابع لها وتمثل الفائدة في ذلك في إيجاد سوق لمنتجاتها أو سلعها أو خدماتها مما يدعم قدراتها التنافسية في مجال التجارة الدولية، و مما يزيد من تأثير هذه الدولة على الاقتصاد العالمي، كذلك الحال إذا كان البائع من الشركات المتعددة الجنسيات العاملة في القطاع الإنتاجي ذاته المر الذي يبرز أهمية تنفيذ العقد بالنسبة إليه.²

هذا وقد تتعدي أهمية عقود التجارة الدولية في الكثير من الأحيان مصالح الأطراف المتعاقدة واقتصاد الدول التي يعودون من رعاياها، إلى اقتصاديات الدول الواقعة في المنطقة الجغرافية المجاورة فعقود إنشاء المصانع الجاهزة وإنشاء الطرق الدولية أو مشروعات البترول

¹ انظر في ذات المعنى: ثروت حبيب، درسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع فيينا 1980، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء، المنصورة، مصر، سنة 1995، ص 407.

² تاجي عبد المؤمن، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده في عقود التجارة الدولية طويلة المدة، ب.د.ن، ب.ب.ن، ب.س.ن، ص 21.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

أو الطاقة أو المنشآت النووية تأخذها كثيراً من الدول في اعتبارها عند إعداد خططها الاقتصادية مما يؤثر في اقتصاديات هذه الدول كثيراً أو عدم تنفيذ هذه العقود.¹

وخير مثال على ذلك هو قيام دولة إثيوبيا بإنجاز مشروع سد وادي النيل الأمر الذي أثر على الدول المجاورة والتي يمر عليها مجرى واد النيل.

هذه الأهمية الكبيرة التي تحتلها عقود التجارة الدولية، هي التي جعلت من أطراف العلاقة الدولية يتمسكون بالتنفيذ العيني لها، والعمل على اتخاذ كافة الاحتياطات للحفاظ عليها، وتفادي الظروف التي قد تعيق تنفيذها أو تتسبب في اختلال توازنها، هذه الأهمية هي التي دعت الأطراف المتعاقدة في الكثير من الحالات، إلى تضمين عقودهم شروطًا تعاقدية تهدف إلى المحافظة على توازنها وتضمن الاستمرار في تنفيذها، فالأطراف المتعاقدة تسعى من حين إلى آخر إلى العمل على تحسين الأفكار التعاقدية لتصير ملائمة لمواجهة المتغيرات القانونية والاقتصادية الجديدة التي قد تؤثر في تنفيذ العقد.²

ولأن الهدف الأصلي من إبرام العقود التجارية الدولية هو تنفيذها على أحسن ما يرام وفقاً للهدف الذي اتفق عليه بين الطرفين لتحقيقه، وأن عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها سيؤدي بلا شك إلى الإخلال باستقرار المراكز التعاقدية وضياع الوقت والجهد والنفقات، فضلاً عن مساسه بجوهر الوظيفة الاقتصادية للعقود.³

وقد ترجم واقع عقود التجارة الدولية هذا المفهوم الموسع بأن جعل للقوة القاهرة أثراً واقعاً لا قاضياً للالتزام، فغالبية الشروط التي يدرجها الأطراف في عقودهم تنص على وقف تنفيذ التزامات الأطراف فترة من الزمن وهي فترة قيام عائق التنفيذ، ليعود بهذه العقد إلى السريان

¹ محمد شريف غنام، أثر تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 190.

² ميثاق طالب عبد الرحمن الجبوري، المرجع السابق، ص 82.

³ أحمد السعيد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ، الاتجاهات الحديثة في القانون في القانون المقارن، المكتبة العصرية، المنصورة، مصر، طبعة 2007، ص 07.

العادي، وقد ظهر المفهوم الموسع للقوة القاهرة في اتفاق لأطراف على إعادة التفاوض والذي سُنفَّصَله من خلال الباب الثاني من هذه الرسالة.

ولا شك في أن ميزة والأهمية الاقتصادية لعقد التجارة الدولية، جعلت أطراف العلاقة الدولية يتبنون المفهوم الموسع للقوة القاهرة، وهذا من أجل إنقاذ هذه العقود والحفاظ عليها، وإخراجها من دائرة المفهوم التقليدي للقوة القاهرة لتجنب أثاره على العقد، فلم يعد الأطراف يرغبون في إنهاء علاقاتهم التعاقدية بسبب القوة القاهرة، خلافاً لقواعد المستقرة في معظم النظم القانونية الوطنية، وإنما يحاولون إعادة النظر في العقد بطريقة تسمح لهم بمواجهة المعطيات القانونية والاقتصادية الجديدة، وهو ما يعبر عن الأهمية الاقتصادية لهذه العقود.

رابعاً: الطبيعة الخاصة لأطراف العقد الدولي

نظراً للدور والأهمية الاقتصادية الذي تلعبه عقود التجارة الدولية، وتأثيرها حتى على محيطها الجغرافي، ورأينا أنها تدخل ضمن السياسات الاقتصادية للدول بهذه العقود بما تتميز به من أهمية كبيرة في الحياة الاقتصادية للدول، فإن أطراف العلاقة التعاقدية لعقود التجارة الدولية، لا تكون في غالب الأحيان بين أشخاص طبيعية أو شركات تجارية فقط، ولكن في الغالب تكون دولاً في هذه العلاقة التعاقدية، تتعاقد بصفة مباشرة أو عن طريق إحدى أشخاصها القانونية العامة، خاصة إذا تعلق العقد بمرافق حيوية لا يمكن للدولة تركها لشركات القطاع الخاص، أو كان موضوع العقد ذي طبيعة سرية كإنجاز المفاعلات النووية ومحطات الاتصالات الدولية أو الصناعات الحربية أو عقود الاستكشاف والبحث عن البترول¹.

¹ دانه عبد الغفار عزيز، إعادة التوزان المالي لعقود النفط والغاز، المرجع السابق، ص 78.

الباب الأول: المفهوم التقليدي لمسألة تغير الظروف (الاستحالة المطلقة)

وتدخل الدولة في المجال الاقتصادي أخذ في تزايد بشكل مستمر و هذا بعد تطور مفهوم الدولة من الدولة الحارسة إلى المفهوم الحديث الدولة المتدخلة، خاصة في الدول النامية، فإن الدولة هي التي تبرم العقود ذات الطبيعة الإستراتيجية لاقتصادياتها، خصوص العقود ذات الصلة بالبني التحتية ونقل التكنولوجيا وبناء المصانع.

ويظهر تدخل الدولة غير المباشر عندما يكون أحد طرفي العقد أحد المشروعات التابعة لها، ويتمثل هذا التدخل في صورة قوانين تصدرها الدولة لتنظيم العقود التي ابرمها هذا المشروع، أو صدور قرارات تفرض قيوداً على حرية الاستيراد والتصدير، أو تفرض موافقات إدارية لتنفيذ العقد أو السماح بنقل الأموال خارج الدولة، أو تكون في صورة فرض ضرائب تؤدي إلى تغير في أسعار السلع محل العقد،¹ ويطلق الفقه على العقود التجارية الدولية التي تكون الدولة طرفاً فيها أو أحد أشخاصها القانونية العامة مصطلح عقود الدولة.²

وتدخل الدولة في المجال الاقتصادي تأخذ به جميع الدول، سواء كانت متقدمة أو في طريق النمو، وتحتفل صور تدخل الدول في المجال الاقتصادي حسب الحالات التي تفرزها الظروف الاقتصادية و حتى السياسية منها، وعلى سبيل المثال حالات التأمين الكلي أو

¹ محمد شريف غمام، المرجع اثر تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية، السابق، ص 193.

² إن عقود الدولة هي عقود شبيهة بعقود القانون العام طرفاها هم الدولة، أو جهاز حكومي يتبع الدولة وشخص طبيعي أو اعتباري.

و تتعلق هذه العقود عادة ببناء مجمع صناعي متكامل أو بتقديم المساعدة الفنية من قبل الشركة الأجنبية، كما أنها تتعلق في بعض الأحيان باستغраж وتصنيع و توزيع المنتجات الأولية و هو يتضمن إنشاء تجهيزات ضخمة واستثمارات كبيرة مما يجعل من هذه العقود عقود طويلة المدة نسبياً.

يقول "ريغلي" أن هذه العقود عادة تتضمن مجموعة من الشروط المتباينة، شرط لها طابع مالي وشروط لها طابع فني، وأخرى لها طابع قانوني حيث أنها تتعلق بالقانون الواجب التطبيق و شرط التحكيم.

عقود الدولة تبقى دائماً عقود **standard** أي هي لا تتغير، لدرجة أنه في بعض الدول تضع الدولة عقد دولة نموذجي لكل عقود الدولة.

وقال "ريغلي" أن هذه العقود بما تشمله من استثمارات ضخمة تهدف إلى تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة الطرف فيها.

الجزئي المشروعات المتعاقدة، أوفي شكل إلغاء الامتيازات الممنوحة لبعض المشروعات الأجنبية أو الوطنية.

وفي عالم التجارة الدولية، لا ينظر إلى الدولة على أساس أنها مشرع وقاض أوصاحبة سيادة، لكن يمكنها أن تكون تاجرا، تبرم العقود وهي حرة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود التي تكون فيها طرفا.¹

المتابع لقرارات التحكيم الدولي يجد الكثير من حالات تدخل الدول المتقدمة في حياة العقد، فنقابل قرارات صادرة من السلطات الوطنية برفض منح رخص تصدير المواد محل العقد إلى الدول المتعاقدة، وهنا نذكر على سبيل المثال العقوبات الاقتصادية الأمريكية المسلطة على بعض الدول، والتي تمنع الشركات الأمريكية وحتى الأوروبية من التعامل مع دول متعاقدة بخصوص توريد سلع معينة أو اقتتاء مواد أو أسلحة من هذه الشركات، لفائدة الدول التي ينتمي إليها الطرف المتعاقد.

¹ Dans le monde des affaires internationales L'état n'est pas seulement législateur et juge, il peut également être commerçant. Quel est alors son statut lorsqu'il n'agit plus comme souverain, mais comme commerçant, l'Etat est libre de soumettre le contrat international à la loi de son choix, l'Etat est également libre de signer un contrat international comprenant une clause compromissoire, c'est-à-dire une clause prévoyant que tout litige relatif au contrat sera soumis à l'arbitrage. Stéphane Chatillon, op.cit, p. 75.

الباب الثاني: وسائل معالجة

تغير الظروف في عقود

التجارة الدولية

إن المتتبع لتطور وازدهار التجارة الدولية، ومع تطور سوق التبادل التجاري وتزايد المعاملات بين الدول، بسبب كثرة العروض التجارية وتتنوعها، وازدياد الحاجة إلى الموارد الأجنبية، لغرض التنمية المحلية والاستهلاك، كل هذا أدى إلى ظهور الأسواق العالمية، التي أصبحت المتحكم في الإنتاج العالمي لمختلف السلع والخدمات، التي تشهد تغييراً ملحوظاً من وقت إلى آخر في أسعار المواد الأولية والمواد المصنعة والمنتجة، وما ينعكس لهذا التغير من انعكاسات على تنفيذ عقود التجارة الدولية.

إن التغيرات المستمرة التي تحدثها الظروف على تنفيذ العقد التجاري الدولي، والطرق المستخدمة لمواجهتها هذه التغيرات، قد أدت إلى استحداث مفاهيم فرضها واقع التجارة الدولية، نتيجة عجز وعدم فعالية النظم القانونية المعروفة في التشريعات الوطنية، وعدم مسايرة هذه النظم القانونية للتطور الذي عرفه واقع التجارة الدولية.

فالحلول المطبقة في التشريعات الوطنية، لم تعد تحل مشكلات تغير الظروف المحيطة بتنفيذ عقود التجارة الدولية، ولم يعد يعترف بتدخل القضاء الوطني في حل مشكلات تغير الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، حيث أن عقود التجارة الدولية يتضمن أغلبها شروطاً بالالجوء إلى التحكيم بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة، وكذلك الأمر بالنسبة للمفهوم التقليدي للقوة القاهرة، الذي لم يعد الحل المطبق في عقود التجارة الدولية، بسبب النتائج المترتبة على تطبيق المفهوم التقليدي للقوة القاهرة.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

لذلك فقد ابتدع المتعاملون الاقتصاديون، حولاً لمواجهة هذه التغيرات في الظروف، نذكر من بينها منح حرية أكبر للأطراف العقد الدولي في تحديد مفاهيم تغير الظروف، وتنظيم شروطها بما يتلاءم وطبيعة العقود التجارية الدولية، حتى يحافظ عليها وتنفي بالغرض من إنشائها.¹

ومن بين الحلول المبتدةة شرط إعادة التفاوض الذي سيكون محل دراستنا في هذا الباب والذي نقسمه إلى فصلين،تناول فيه المعالجة الاتفاقيّة لمشكلة تغير الظروف (الفصل الأول) ثم الالتزامات المترتبة على إعمال شرط إعادة التفاوض (الفصل الثاني)

¹ عصام حنفي محمود، قانون التجارة الدولية، ب.د.ن، ب.ب.ن، ب.ب.ن، ص 02.

الفصل الأول: المعالجة الاتفاقيّة لمشكلة تغير الظروف

رأينا في الباب الأول من هذه الرسالة، كيف توصل متعاملوا التجارة الدوليّة إلى المفهوم الحديث والموسّع للقوّة القاهـرة، والذي يتماشـى ومتطلـبات تـطور وازدهـار التجارة الدوليـة، بحيث أصبح المفهـوم المـرن للقوـة القاهـرة يخـضع لـاتفاق الأطرـاف وـهم وـحدـهم من يـحدـد شـروـط إـعـمال القـوـة القـاهـرة، ولـهم الحرـية في تـرتـيب شـروـط تـطـبيقـها، النـتـائـج المـترـتبـة عـنـها.

فـلـقـد خـلـقـ الفـنـ التـعـاـقـديـ فيـ مـيـدانـ التـجـارـةـ الدـولـيـةـ، أـكـثـرـ مـنـ شـرـطـ لـمـواـجـهـةـ ماـ يـحـصـلـ مـنـ تـغـيـرـ فـيـ الـظـرـوفـ الـمـرـاـفـقـةـ لـتـفـيـذـ الـعـقـدـ، حـيـثـ يـسـعـيـ أـطـرـافـ الـعـقـدـ جـاهـدـيـنـ لـحـمـاـيـةـ أـنـفـسـهـمـ مـنـ تـقـلـيـاتـ الـمـحـيـطـةـ بـتـقـيـيـدـ عـقـودـهـمـ، أـيـاـ كـانـتـ طـبـيـعـتـهاـ، وـيـعـتـبـرـ شـرـطـ إـعـادـةـ التـفـاـوـضـ مـنـ أـبـرـزـ تـكـ الشـرـوـطـ أـكـثـرـهـاـ أـهـمـيـةـ عـلـىـ الصـعـيدـ الـعـلـيـ1ـ، وـبـنـاءـ عـلـىـ مـاـ سـبـقـ سـنـقـمـ هـذـاـ الفـصـلـ إـلـىـ مـبـحـثـيـنـ، نـتـاـوـلـ مـنـ خـلـالـهـمـاـ مـاـهـيـةـ شـرـطـ إـعـادـةـ التـفـاـوـضـ (ـمـبـحـثـ أـوـلـ)

المـبـحـثـ أـوـلـ: مـاـهـيـةـ شـرـطـ إـعـادـةـ التـفـاـوـضـ

نظـراـ لـلـأـهـمـيـةـ الـكـبـرـيـ الـتـيـ تـكـتـسـيـهاـ عـقـودـ التـجـارـةـ الدـولـيـةـ عـلـىـ الـمـسـتـوىـ الدـاخـلـيـ وـالـخـارـجـيـ، وـالـدـورـ الـأـسـاسـيـ الـذـيـ تـلـعـبـهـ فـيـ نـقـلـ الـثـرـوـاتـ عـبـرـ مـخـتـلـفـ دـوـلـ الـعـالـمـ وـنـقـلـ الـتـكـنـوـلـوـجـيـاـ وـالـمـوـادـ الـاـسـتـهـلـاـكـيـةـ مـنـ مـخـتـلـفـ الـأـسـوـاقـ الـعـالـمـيـةـ لـلـإـنـتـاجـ إـلـىـ الـأـسـوـاقـ الـعـالـمـيـةـ لـلـاـسـتـهـلـاـكـ.

وـنـظـراـ لـمـاـ تـمـيـزـ بـهـ هـذـهـ عـقـودـ مـنـ طـوـلـ الـمـدـةـ، وـاـمـتـادـهـاـ فـيـ الزـمـنـ فـيـطـبـيـعـةـ الـحـالـ تـكـونـ هـذـهـ عـقـودـ عـرـضـةـ لـتـغـيـرـ ظـرـوفـ تـفـيـذـهـاـ، وـالـتـيـ تـخـتـلـفـ عـنـ ظـرـوفـ تـكـوـيـنـهـاـ وـإـبـرـامـهـاـ،

¹ هذه الشـرـوـطـ قدـ تـضـمـنـ تـعـدـيلـ الـعـقـدـ كـشـرـطـ تـغـيـرـ الـقـيـمـةـ وـفـقـاـ لـمـؤـشـرـ مـعـيـنـ أوـ أـكـثـرـ وـشـرـطـ بـقـاءـ الـقـيـمـةـ رـغـمـ تـغـيـرـ الـظـرـوفـ الـمـالـيـةـ وـالـاـقـتـصـادـيـةـ، وـقـدـ تـضـمـنـ الـمـرـاجـعـةـ الـجـزـئـيـةـ لـلـعـقـدـ كـشـرـطـ مـرـاجـعـةـ الشـمـنـ كـمـاـ قدـ تـضـمـنـ هـذـكـ الشـرـوـطـ الـمـرـاجـعـةـ الـعـامـةـ لـلـعـقـدـ، رـاجـعـ فـيـ ذـلـكـ: سـالـمـ بـنـ سـلـامـ بـنـ حـمـيدـ الـفـلـيـيـ، الـمـرـجـعـ السـابـقـ، صـ84ـ.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

فعقود التجارة الدولية تنفذ في مناخ سياسي واقتصادي واجتماعي لا يتسق بالثبات والاستقرار، ويتغير بشكل سريع ومتكرر، فهي تختلف عن العقود الداخلية التي تتميز بالثبات والاستقرار.

وبغض النظر عن طبيعة وأسباب تغير الظروف، سواء كانت طبيعية أو اقتصادية أو تشريعية، فإن هذا التغير سوف يؤدي إلى اختلال وتغير في المراكز القانونية لأحدى طرفي العقد، أو اغلبهم مما يؤدي إلى استحالة في التنفيذ، و يجعل من تنفيذ العقد امراً مرهقاً وشاقاً بالنسبة لهم، وبهذا يخسرون بخسارة فادحة تتجاوز الحد المعقول في أعراف التجارة الدولية.

ولمواجهة هذا الإشكال فقد ابتدع أطراف العقد التجاري الدولي أسلوباً اتفاقياً لمعالجة مشكلة تغير الظروف بشكل يتلاءم والواقع التجاري الدولي، ولا يتعارض ومبدأ القوة الملزمة للعقد، فضلاً عن أنه نابع من إرادة الطرفين، هو شرط إعادة التفاوض Hardship¹ الذي يمثل الحل الإتفاقي لمواجهة مشكل تغير الظروف، واحتلال التوازن الاقتصادي للعقد، هذا الشرط الإرادي يلزم الأطراف المتعاقدة على الحوار وإعادة التفاوض لإيجاد حل يعيد التوازن الاقتصادي للعقد الذي احتل نتيجة حدوث في ظرف طارئ لا دخل لإرادة طرفي العقد فيه، هذا الشرط يمثل نظاماً متميزاً يسعى من خلاله الأطراف إلى المحافظة على العلاقة العقدية مع الاستمرار في ترتيب أثارها طوال فترة التنفيذ، حيث أن هذا الشرط منح لأطراف العلاقة التجارية الدولية مرونة تمكّنهم من مواجهة أي تغير في ظروف التنفيذ، وتسمح لهم من الجلوس على طاولة المفاوضات مرة أخرى، لدراسة كيفية مواجهة الظرف الطارئ والمعيق لتنفيذ، وإيجاد حلول لمسألة اختلال التوازن الاقتصادي للعقد.

¹¹ مصطلح (Hardship) أصله إنجليزي ويدل على المشقة، والأزمة التي يمر بها العقد، الفقه الفرنسي يعترف بعدم وجود مصطلح يرادف بشكل دقيق هذا المصطلح لذلك يستخدمه محظوظ العقود التجارية الدولية في فرنسا و الكثيرون من دول العالم بهذا المصطلح، حتى مبادئ اليونيدورا الخاصة بصياغة العقود التجارية الدولية الصادرة في 1994 والمعدلة في سنة 2010، استخدم نفس المصطلح (Hardship) باستعمال اللغات الفرنسية وإنجليزية والإسبانية والبرتغالية ولم تستعمل مصطلح مراافقاً له انظر في ذلك :

FONTAINE(D) DROIT des contrats Internationaux Analyse et rédaction de clauses, deuxième édition, forum européen de la communication, Paris, France, 2003, p.491

ومنذ أن عرف هذا الأسلوب، حتى انتشر بشكل واسع في العديد من الممارسات التعاقدية التجارية الدولية، وأصبح أحد القواعد المكونة لقانون التجارة الدولية التي تسمى قواعد "Lex mercatoria".

وللإعمال هذا الشرط وتطبيقه، فقد حدد التعامل التجاري الدولي شروطاً معينة، تمثلت في حصول تغير في الظروف غير متوقع، مستقل عن إرادة المدين، يؤدي إلى اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد. وهو ما سنحاول التطرق إليه من خلال التعرض إلى مفهوم شرط إعادة التفاوض (المطلب الأول) ومدى أهمية هذا الشرط في عقود التجارة الدولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم شرط إعادة التفاوض

شرط إعادة التفاوض هو بند يتفق عليه الأطراف في العقد التجاري الدولي، بهدف الالتزام بإعادة التفاوض، ومراجعة بنود العقد عند حدوث تغيرات خارجة عن إرادتهم وتوقعاتهم عند إبرام العقد، ويكون من طبيعتها لإخلال بتوافر العقد وإصابة أحد المتعاقدين بضرر فادح.

ويهدف شرط إعادة التفاوض إلى تعديل أحكام العقد بطريق إعادة التفاوض بين الأطراف، حتى يتماشى مع الظروف الجديدة، وإزالة عدم العدالة بين الالتزامات التي تسببت فيها هذه الظروف.¹

بدأ العمل بشرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية منذ مدة ليست بالبعيدة حيث تم تطبيقه بشكل ضيق في الأنظمة الأنجلوساكسونية كأمريكا، وبريطانيا وبلاد القانوني الألماني ألمانيا، ثم تم العمل به في كل من سويسرا وفرنسا وإيطاليا ثم انتشر بعد ذلك من

¹ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 24.

طرف الممارسين التجاريين الدوليين، لاسيما في العقود التجارية طويلة المدة في أغلب دول العالم¹.

وتعد عقود التجارة الدولية طويلة المدة النطاق والمجال الخصب لشرط إعادة التفاوض أكثر منه في العقود الداخلية، نظراً لما تمتاز به هذه العقود من أنها أكثر من غيرها عرضة إلى مشكلة تغير الظروف واحتلال التوازن العقدي، كما أن الإرادة التعاقدية للأطراف هي الأساس القانوني لشرط إعادة التفاوض، وهي التي تلعب الدور الأساسي في إنشائه، ورسم نطاقه ومحفوه والآثار التي يرتبها وكيفية صياغته هذا من جانب.

ومن جانب آخر يختلف شرط إعادة التفاوض عن المعالجات الإرادية التي يلجأ إليها المتعاملون في التجارة الدولية، لمعالجة مشكل تغير الظروف، وأهمها شرط القوة القاهرة وشرط التعديل التلقائي للعقد والتي سوف نتطرق إليها في هذا الباب ضمن المعالجة القانونية لمسألة تغير الظروف.

فضلاً عن اختلاف شرط إعادة التفاوض عن نظرية الظروف الطارئة المعروفة في الأنظمة القانونية الداخلية كالقانون الجزائري والمصري والفرنسي.

الفرع الأول: تعريف شرط إعادة التفاوض في الفقه القانوني

يعتبر شرط إعادة التفاوض من أهم التقنيات القانونية التي اتبعها ممتهني التجارة الدولية، من أجل الحفاظ على التوازن الاقتصادي للعقد، ومواجهة الآثار السلبية الناتجة عن تغير الظروف، حيث يتفق الأطراف على الجلوس إلى طاولة المفاوضات للمرة الثانية في حالة حدوث ظرف طارئ ذي طبيعة معينة، يتم تحديدها في العقد، والتي من شأنها أن تقلب التوازن الاقتصادي للعقد حيث يلحق ضرراً فادحاً بأحد أطراف العقد.

¹ MOMBURG URIBE the Effect of Circumstances on the binding force of contracts comparatives perspectives, cambridge intersentia, 2011, p.219.

فقد ذهب جانب من الفقه إلى تعريف شرط إعادة التفاوض بأنه شرط يدرجه الأطراف في العقد، يتضمن فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم بقصد تعديل أحكام العقد عند وقوع أحداث معينة يحددها الأطراف في العقد.¹

ومن جهة أخرى، عرف البعض الآخر بأنه الشرط الذي يدرجه الأطراف في العقد، يتضمن بموجبه بالتفاوض لتعديل أحكامه، إذا ما طرأت ظروف غير متوقعة من شأنها أن تؤثر في التوازن الاقتصادي للعقد.²

كما عرف شرط إعادة التفاوض من قبل بعض الفقه، بأنه التزام الأطراف بإعادة تنظيم العقد من جديد، إذا ما كانت هناك ظروف أدت إلى تغير في المسائل الجوهرية للعقد، وتدعي إلى اختلال في التوازن العقدي.³

وعرف الشرط أيضا بأنه إعادة النظر في العقد عندما يعدل اضطراب الظروف وتغيرها من التوازن الأولي بين التزامات أطرافه.⁴

كما عرفه البعض على أنه بند يرد في العقد يتطلب من جميع الأطراف العودة إلى طاولة المفاوضات، وإعادة التفاوض على شروط العقد عند وقوع حدث أو أحداث معينة.⁵

من خلال التعريفات الفقهية المقدمة، يتضح أن الفقه القانوني يتطرق على مسائل محددة في تعريفه لشرط إعادة التفاوض، بحيث لا نجد تفاوتاً أو اختلافاً كبيراً في الصياغة المطروحة في تعريف هذا الشرط، فكل التعريفات المقدمة تجمع على أن فكرة شرط إعادة

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2008، ص 27.

² FONTAINE : Les clauses de hardship: aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats à long terme, op.cit, p.07.

³ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 53.

⁴ جاك غسان، المطول في القانون المدني ، ترجمة منصور القاضي مراجعة فيصل كلثوم ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، طبعة 2000، ص 103.

⁵ BERGER, Renégociation and adaptation of international investment, the role of contract drafters and arbitrators, 36 Vanderbilt journal law, 2003, p.1358.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

التفاوض تفترض وجود عقد صحيح تم إبرامه وفقاً للقانون، يكون في الغالب من عقود التجارة الدولية طويلة المدة، فيتفق الأطراف على أنه في حالة حدوث ظرف من طبيعته يؤدي إلى إخلال التوازن الاقتصادي للعقد، أطراف العقد يتزمون بإعادة النظر في أحكام هذا العقد من خلال إعمال وشرط إعادة التفاوض للوصول إلى عملية تطويق العقد حسب الظروف المستجدة، وتحفيض الأضرار التي أصابت المدين من خلال تطويق بنود العقد وجعلها أكثر استجابة مع الطرف المستجد حفاظاً على استمرارية العقد.

وبذلك فإنه يمكننا القول أن فكرة إعادة التفاوض تعد عملاً اتفاقياً، ولا يمكن أن تكون بالإرادة المنفردة، يكون الهدف من تحقيق هذا الشرط هو تعديل أحكام العقد بطريقة إعادة التفاوض بين الأطراف حتى يتماشى مع الظروف الجديدة، ويستمد هذا التفاوض الجديد والجلوس على طاولة المفاوضات للمرة الثانية، أحكامه ونطاقه من العقد محل التفاوض، وبذلك يكون هذا الأخير هو ذاته العقد الأصلي، ولكن مع إضافة بعض التعديلات عليه.¹

و يلاحظ من خلال التعريفات السابقة أن شرط إعادة التفاوض انه عبارة عن شرط تعافي خاص يتميز بـ:

1- شرط إعادة التفاوض هو شرط اتفاقي لأن مضمونه يتوقف على ما اتفق عليه الأطراف في عقدهم، ونجاح تطبيقه يعتمد على دقة صياغته من قبل أطراف العقد حيث يتوجب عليهم تحديد مفهومه وشروط تطبيقه ونطاقه وآلية التي يتم اعتمادها في إعادة التفاوض هي معيار التوازن الاقتصادي للعقد والالتزامات التي يرتبها و الحلول المقترنة في حالة فشل المفاوضات.²

¹ مصطفى المتولي قنديل، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2005، ص 52.

² ULLMAN (H), Droit et pratique des clauses de hardship dans le système juridique Américain, Revue des affaires internationales, No7, 1988 , p.891.

2- يتميز شرط إعادة التفاوض على انه شرط خاص باختلاف العقود والظروف، ومعنى ذلك إن مضمونه ليس موحدا في كل العقود، بل يتتنوع وفقا لاتفاق الأطراف ورغباتهم في كل عقد وطبيعة الظروف المرافقة لإبرامه وتنفيذها¹، ففي عقد يواجه الشرط ظروفا اقتصادية وفي عقد آخر يواجه ظروفا تشريعية أو سياسية أو مالية أو قانونية².

وقد يتفق الأطراف على تفعيل دور الشرط لمجرد حدوث ضرر لأحدهم، أو يتلقون على تحديد وقوع درجة معينة من الضرر، فهو شرط كما سبق الإشارة إليه اتفاقي يخضع لإرادة الأطراف وحدهم، فالأمر هنا يتوقف على صياغة الشرط في النص التعاقدى لذلك يتغير الشرط ويختلف شكله ومضمونه، ونظام إعماله من عقد إلى آخر.

هذا وقد أثير تنوع صور الشرط من عقد إلى آخر في طريقة تحريره، بحيث انتقلت طرق التعبير عنه من الصياغات العامة، إلى الصياغات الأكثر دقة، وتحديدا في وصفه.

1- جميع صور شرط إعادة التفاوض تهدف إلى تحقيق غاية واحدة وهدف واحد هو حماية العقد من حالات اختلال التوازن الاقتصادي الناتجة عن التغير في الظروف المصاحبة لتنفيذها، لاسيما في العقود الممتدة لفترة زمنية طويلة، فتغير الظروف واحتلال التوازن، هما الأساس الذي يبني عليه تطبيق شرط إعادة التفاوض، فهو بذلك يكسب العقد التجاري الدولي طويلا المدة سمة المرونة، ويجعل منه القابلية للتأقلم مع أي ظرف طارئ غير متوقع من الطرفين ولا دخل لهما فيه، ومن ثم يمكن أطراف العقد من معالجة أي أزمة يمر بها العقد أثناء مرحلة التنفيذ، لذلك يلعب شرط إعادة التفاوض دورا مهما في إيجاد الحلول الاتفاقية المناسبة التي من شأنها إعادة التوازن إلى العلاقة العقدية³.

¹MOMBERG URIBE, Op.cit, p.255.

²ULLMAN (H), op.cit, p.891.

³ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص56.

2- كل التعريفات الفقهية السالفة الذكر اجتمعت أراءها على أن أهم اثر يرتبه شرط إعادة النظر، هو التزام الأطراف، الدخول في مفاوضات عند تحقق أسباب تطبيقه مما يجعل عملية إعادة التفاوض ملزمة لطرفي العقد، من أجل إنقاذه وإيجاد الحلول المناسبة لمشكلة تغير الظروف.

3- إن المفهوم الإنافي لشرط إعادة التفاوض، وإن كان يقدم مزايا كبيرة للمتعاملين في حقل التجارة الدولية، اذ انه يترك لهم الحرية الكاملة في صياغة الشروط وتحديد كافة عناصرها، الأمر الذي يخفف من الجمود الذي يمكن مواجهته فيما إذا كان شرط إعادة التفاوض معالجا ضمن نصوص وقوانين داخلية أو اتفاقيات دولية، إلا أن هذا المفهوم يثير بعض الصعوبات عند تطبيقه و ذلك للأسباب التالية:

أ- نظرا لعدم وجود مفهوم قانوني موحد للشرط، فإن تطبيقه يتطلب اتفاق الأطراف عليه صراحة في العقد، اذ لا يمكن تطبيقه ما لم يشار إليه في العقد،

ب- مجرد إشارة الأطراف في العقد إلى مصطلح إعادة التفاوض لا تعد كافية لتطبيق الشرط، اذ يمكن أن ينصرف معناه إلى أكثر من معنى،

ت- في حالة وجود غموض أو تعارض يعتري تنظيم الأطراف لشرط إعادة التفاوض، لا يكون بمقدور القاضي أو المحكم التصدي لتحديد مضمونه من تلقاء نفسه، كما يمكن أن يواجه القاضي أو المحكم صعوبة في تفسير نوايا الداخلية للأطراف و ما يقصدونه.¹

الفرع الثاني: تعريف شرط إعادة التفاوض في القضاء الوطني والتحكيم التجاري الدولي

يستمد شرط إعادة التفاوض أساسه من إرادة الأطراف، لذلك فهو يتم تطبيقه من قبلهم في غالب الأحيان دون اللجوء إلى القضاء الوطني أو قضاء التحكيم، اللذان يتم الرجوع إليهما في حالة وجود نزاع حول شرط إعادة التفاوض، أو عند فشل الأطراف في التوصل

¹ سالم بن سلام حميد الفليتي، المرجع السابق، ص 87.

إلى اتفاق بينهما يتعلق باختلال التوازن الاقتصادي للعقد، نتيجة تغير ظروف تنفيذه، فقد عرفت محكمة النقض الفرنسية شرط إعادة التفاوض في حكمها الصادر بتاريخ 30 مارس 1972 حيث جاء في حكمها: "الالتزام الأطراف بمناقشة وتبادل الاقتراحات في ظروف معينة، نتيجة لتغيرات خارجة عن إرادتهم و التي اعترضت العقد أثناء تنفيذه، مما يؤدي إلى إعادة تنظيمه مثلما يحدث في الاتفاقيات الجماعية للعمل".¹

كما عرفته محكمة النقض الفرنسية شرط إعادة التفاوض في حكمها الصادر بتاريخ 16 مارس 2004 بأنه: "ينشأ الالتزام بإعادة التفاوض عند حصول تغير في الظروف من شأنه أن يؤثر تأثيراً خطيراً على التوازن بين الالتزامات المتبادلة، لغرض استعادة هذا التوازن".²

كما أنه في ظل اتفاقية الغات³ GAAT 1947 تم التوصل إلى قواعد موضوعية موحدة خاصة بالمفاوضات، حيث تقرر حل نزاعات التجارة الدولية بواسطة المفاوضات الدبلوماسية، أي الأخذ بمبدأ التراضي بدلاً من مبدأ التقاضي، من خلال أحكام المادتين 22 و 23 من هذا النظام فالمادة 22 تؤكد على حق أحد الأطراف المتعاقدة في أن يطلب من طرف آخر الدخول في مشاورات تتعلق بتنفيذ الاتفاقية.

أما المادة 23 فهي تجيز تقديم اعتراف مكتوب إلى طرف آخر، بهدف الوصول إلى حلول مقبولة من الطرفين، فإذا لم يتمكن الطرفان من الوصول خلال مدة معقولة إلى حل

¹ خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، أطروحة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، سنة 2002، ص 55.

² ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 57.

³ يعني باتفاق الجات (GAAT) General Agreement on Trade and Tariffs (GATT) الاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة وهي تمثل تدويناً لقواعد قانون التجارة الدولية 1947، وهي تعد من أكثر الأنظمة التجارية الدولية قابلية للاستمرار، والهدف الأساسي من هذه الاتفاقية هو تمكن الدول من النفاذ إلى أسواق العالم، وذلك بما يحقق التوازن بين الحماية المناسبة للإنتاج المحلي وتدفق واستقرار التجارة الدولية، وهي أهداف لا تقوم على مجرد إقامة علاقات تجارية جديدة بل تهدف إلى إقامة نظم تجاري دولي جديد يقوم على التشاور واحترام قانون التجارة الدولية في العالم. عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 29.

مقبول بينهما، فالشاكى له الحق في أن يحيل شكواه إلى الأطراف المتعاقدة التي تقوم بالتحقيق وتقديم توصيات، فإذا رفض الطرف المشتكى منه تنفيذ هذه التوصيات، جاز للأطراف المتعاقدة في حالة المخالفات الجسيمة السماح للعضو الشاكى بوقف بعض التازلات التي قدمها للعضو المشتكى منه، والذي إن لم يقبل هذا الوقف كان له الحق في الانسحاب من اتفاقية GAAT.

أما على الصعيد قضاء التحكيم الدولى، فيعد شرط إعادة التفاوض في حالة تغير الظروف المؤدية إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، من بين اهم مبادئ التحكيم التجارى الدولى، حيث تشير هذه المبادىء إلى ضرورة التزام الأطراف في عقودهم و إعادة تطويقها مع الظروف الجديدة.¹

حيث كان من وراء دعم التحكيم التجارى الدولى لشرط إعادة التفاوض، أن الغالبية الساحقة من قرارات هذا التحكيم، لم تقبل نظرية الظروف الطارئة في مجال العلاقات التجارية الدولية، ونلاحظ أن الهيئات التحكيمية الدولية لجأت إلى تطبيق أسلوب شرط إعادة التفاوض، كوسيلة لتطبيق مبدأ قدسيّة العقد وعدم المساس به.

ومن بين القضايا الشهيرة التي عرفت شرط إعادة التفاوض قضية (Aminoil) في عام 1982، حيث أشارت هيئة التحكيم إلى أن: "شرط إعادة التفاوض يتم من خلال إعادة وضع توازن جديد للعقد، بدلاً من التوازن الأصلي الذي فقد نتيجة التغير في الظروف"، و أضافت: "أن الالتزام بإعادة التفاوض لا يعني الالتزام بالاتفاق، وفي الوقت ذاته الالتزام بالتفاوض لا يعني الإخلال بجواهر شرط إعادة التفاوض، وعند وجود الالتزام بالتفاوض يجب التقييد بشروطه بشكل واضح".²

¹ GOLDMAN (B), La L'ex-mercatoria dans les contrats et arbitrages internationaux : réalité et perspective, J.D.I 1979. P.495.

² حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها ونظام القانوني الحاكم لها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 2003، ص 385.

ومن جهة أخرى ذهب التحكيم التجاري الدولي إلى أبعد من ذلك، حيث عرف شرط إعادة التفاوض حتى في حالة عدم اتفاق الأطراف عليه في العقد "حالة غياب الشرط"، حيث أشار في بعض القضايا التحكيمية بأنه: "ينبغي على أطراف العقد، لاسيما الطرف المنتفع، في حالة نشوء ظروف جديدة، ومع غياب شرط إعادة التفاوض، أن يجتمعوا ويتفاوضوا بحسن نية لغرض تطويق العقد مع تلك الظروف".¹

يتبيّن مما سبق الإشارة إليه أن كل من القضاء الوطني والتحكيم التجاري الدولي لاعبا دوراً مهماً في إرساء قواعد شرط إعادة التفاوض، من خلال التطرق إلى الجوانب القانونية للشرط، ووضع التعريف الملائم له وهو ما يشكل دعم و سند قويين يعطيان لأطراف العلاقة التعاقدية المزيد من الاطمئنان لهذا الشرط و الحفاظ على العقد المبرم بين الطرفين ومواصلة الانتفاع من ترتيباته على المتعاقدين ويعزز الثقة بين المتعاملين في حقل التجارة الدولية، وكذلك يتطابق شرط إعادة التفاوض مع و أعراف التجارة الدولية.

الفرع الثالث: الأساس القانوني لشرط إعادة التفاوض

كما أسلفنا الذكر فإن شرط إعادة التفاوض يتميز بطابع اتفافي، ويتغير مفهومه من عقد إلى آخر لأن إرادة الأطراف هي وحدها التي تحدد هذا المفهوم، ونطاق تطبيقه والآثار التي يرتبها الشرط على العقد ، ولهذا يمثل الأساس القانوني لشرط إعادة التفاوض في إرادة الأطراف بالدرجة الأولى، ومن هنا ترتب على المفهوم الإتفافي لشرط إعادة التفاوض تفادي بعض القوانين الوطنية² الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، ويرجع السبب في ذلك أن اغلب

¹ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 59.

² على غرار باقي دول العالم فقد تبني المشرع الجزائري تزامناً مع التحولات الاقتصادية التي عرفتها الجزائر بالإنتقال من الاقتصاد الموجه نحو الاقتصاد الحر أو بما يعرف باقتصاد السوق و ما يتطلبه ذلك من تغيير في المنظومة التشريعية للبلاد، ففي القضية المطروحة بين شركة سوناطراك و المؤسسة المغربية المطروحة أمام غرفة التجارة الدولية CCI إلى إعادة التفاوض من أجل حل نزاعها البترولي كذلك الحال بالنسبة لقضية ANADARCO وهي الشركة البترولية الأمريكية يربطها عقد مع شركة سوناطراك، حيث وقع نزاع بين الطرفين بعد قيام الجزائر بفرض ضريبة جديدة على الأرباح الاستثنائية بموجب الأمر 10-06 المؤرخ في 29/07/2006 المعدل و المتمم للقانون رقم 05-07 المتضمن قانون المحروقات

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

هذه القوانين لا تتفق ولا تتحد في معالجة واحدة لنظرية الظروف الطارئة، فبعض القوانين الوطنية لا تسمح للقاضي بالتدخل لتعديل العقد إذا تأثر تفديه بسبب أحداث غير متوقعة تجعل تفديه التزام أحد المتعاقدين مرهقا. هي تمثل الاتجاه الأول (أولا).

أما الاتجاه الثاني الذي يعترف قضائيا بنظرية الظروف الطارئة (ثانيا) أما الاتجاه الثالث الذي يعترف قانونيا بنظرية الظروف الطارئة ومراجعة شروط العقد عند حدوث تغير غير متوقع في الظروف المحيطة بالعقد (ثالثا).

أولا: الاتجاه الذي لا يعترف بتطبيق النظرية

من بين الدول التي ترفض أنظمتها القانونية تطبيق نظرية الظروف الطارئة نجد القانون المدني الفرنسي و الbagiكي فكلا النظامين يعارضان منح القاضي سلطة التدخل لتعديل شروط العقد، إذا اختل توازنه بسبب أحداث غير متوقعة و خارجة عن إرادة الأطراف.¹

والواقع أن هذه الأنظمة التي ترفض تطبيق نظرية الظروف الطارئة في قوانينها الخاصة (القانون المدني) ظلت متمسكة بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين بمفهومها المتشدد تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة هذه القوانين لا تسمح بالخروج على هذه القاعدة والمبدأ مهما

والتي نصت المادة 100 منه على ما يلي "بغض النظر عن أحكام المادة 101 يطبق رسم غير قابل للجسم على الأرباح الاستثنائية التي يتحققها الشركاء الأجانب على حصة الإنتاج الخاصة بهم عندما يكون الوسط العددي الشهري لأسعار البترول "البرانت" يتجاوز 30 دولار للبرميل الواحد وذلك فيما يخص عقود الشراكة بين سوناطراك وشريك أجنبي أو أكثر في إطار القانون 14/86 المؤرخ في 08/19 و يطبق هذا الرسم ابتداء من أو أوت 2006" و على اثر ذلك وقع خلاف بين شركة سوناطراك وشريك الأمريكي بخصوص الضريبة المستحدثة ، وبعد جولات أma التحكيم التجاري الدولي اتفق الطرفان على إعادة التفاوض توصلًا من خلاله إلى اتفاق مشترك يقضي بتعديل بعض بنود العقد مع التنازل عن القضية المطروحة أمام جهات التحكيم الدولي، بوخالفة عبد الكريم، شرط إعادة التفاوضالية لإعادة التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار، مقال منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح- الجزائر، المجلد 1، العدد 03 ، 2018، ص ص: 196-176.

¹ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 32.

تغيرت الظروف المصاحبة للعقد ومهما طرأ على العقد من ظروف لم تكن متوقعة من الطرفين أثناء مرحلة الإبرام، ومهما كان تأثير هذه الظروف على التوازن الاقتصادي للعقد، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قضية البدل الشخص في الخدمة العسكرية

¹ بتاريخ 07 يناير 1856 "contrat de remplacement militaire"

ويبدو أن حضر تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون انحصر فقط في القانون المدني الفرنسي دون القانون العام، فلقد عرفت نظرية الظروف الطارئة ازدهارا في القانون الدولي العام كشرط ضمني مفروض في المعاهدات الدولية التي تتضمن تغير الظروف، ثم انتقل الأخذ بهذه النظرية إلى القانون الإداري، حيث أن مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 16 ماي 1916 أخذ بنظرية الظروف الطارئة في قضية الغاز (ذلك أن شركة الغاز بمدينة بوردو الفرنسية كانت ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بأسعار معينة ثم ارتفع السعر نتيجة نشوب الحرب العالمية الأولى ولما رفع الأمر إلى مجلس الدولة أمر هذا الأخير بتعديل العقد بما يتاسب مع السعر الجديد نتيجة للأوضاع الجديدة التي عرفها عقد التوريد).²

ثم توالى أحكام أخرى في هذا المعنى و بذلك يكون مجلس الدولة الفرنسي أسس لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري الفرنسي.

وتعود أسباب تبني القضاء الإداري الفرنسي لهذه النظرية للأسباب التالية :

أ- أن الواقع التي كانت ت تعرض على مجلس الدولة تتعلق بالصالح العام الذي يتماشى و فكرة استمرا المرفق العام، لهذا يحرص القضاء الإداري على التوفيق بين التطبيق الصحيح للقاعدة القانونية وبين مقتضيات المصلحة العامة فيقاض بتعديل العقد على العكس من ذلك

¹ BULISSON (M), La négociation de marchés internationaux, moniteur, 1982, p.223.

² شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 36.

فإن القضاء المدني ينظر في المصلحة الفردية لطرف في العقد المصلحة الشخصية و من ثم يعلى مبدأ سلطان الإرادة لا يسمح بتعديل العقد إلا باتفاق أطرافه.

ب- يتميز القضاء الإداري عن القضاء المدني بالحرية الواسعة وعدم تقديره بالنصوص التشريعية التي يتقيد بها القضاء المدني مما ييسر له التأقلم مع الظروف.¹

ومع تغير الظروف الاقتصادية نتيجة الحربين العالميتين، اضطر المشرع الفرنسي تطبيقاً لمبدأ العدالة والإنصاف إلى إصدار قوانين لحالات خاصة أوجد فيها حلول تقويم على أساس نظرية الظروف الطارئة الأمر الذي ترتب عنه فسخ العقود، أو تعديلها بسبب الحوادث والتغير في الظروف بعد الحرب العالمية الأولى بتاريخ 21 يناير 1918 الذي أجاز للقاضي بفسخ عقود التوريد، وجميع العقود التجارية المبرمة قبل تاريخ 01 أوت 1914 والتي أدى تغير ظروفها إلى اختلال توازنها الاقتصادي نتيجة الحرب العالمية الأولى وتسبيب في خسارة فادحة أو إرهاق للمتعاقدين، حيث أخذ المشرع في هذا القانون بمبدأ الفسخ و ليس بمبدأ التعديل، كما نص المشرع الفرنسي على تمديد عقود الإيجار بموجب القانون الصادر بتاريخ 06 جويلية 1925 والقانون الصادر بتاريخ 09 جوان 1927.

والخلاصة إن القانون الفرنسي لا يتضمن نصاً عاماً بتطبيق نظرية الظروف الطارئة و يقتصر تطبيقها على نصوص خاصة، ومن جهة ثانية فإن قضاء النقض الفرنسي يرفض الأخذ بهذه النظرية و يتمسك بنصوص القانون المدني و يقاعد العقد شريعة المتعاقدين² .*pacta sunt servanda*

ثانياً: الاتجاه الذي يعترف بتطبيق النظرية على أساس قضائي

على خلاف الاتجاه الذي أشرنا إليه سابقاً والذي لا يعترف بتطبيق نظرية الظروف الطارئة إلا استثنائياً، وبنصوص خاصة، يأتي أصحاب الاتجاه الثاني والذي يعترف

¹OPPETIT (B), La théorie de l'imprévision en droit comparé, Annexe no 1, r.prat.com.int., 1976, p.45.

²شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.36.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

بالتطبيق القضائي للنظرية، الذي يسمح للقاضي بالتدخل لتعديل التزامات المتعاقدين تطبيقاً للعقد مبدأ حسن النية و العدالة، ومن بين هذه الأنظمة النظام القانوني السويسري الذي يسمح للقاضي بالتدخل ومراجعة شروط العقد، إذا تغيرت ظروف تنفيذه وفقاً لأحداث غير متوقعة.¹

برر القضاء الموسري خاصية المحكمة الفيدرالية، هذا التدخل على أساس المادة الأولى من القانون المدني السويسري، التي تتحدث عن سلطة القاضي في تكميل النقص في القانون و نص المادة الثانية التي تتطلب حسن النية في تنفيذ العقد.²

وقد جاء في صياغة المحكمة الفيدرالية السويسرية لشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في حكمها الصادر عام 1933 بقولها: "إن الاختلال بين الأداء و الأداء الآخر، الذي يحدث بسبب التغير في الظروف، يجب أن يكون سبباً في فسخ العقد أو تعديله عندما يكون هذا الاختلال ظاهراً ومتجاوزاً الحد المعقول".³

كذلك الحال بالنسبة للفقه و القضاء الألمانيان،⁴ اللذان حذا حذو الفقه السويسري إذا سمحوا للقاضي بالتدخل، و تعديل العقد في حالات معينة، وقد جاءت هذه المحاولات استجابةً لتغير الظروف الاقتصادية الحرب العالمية الأولى، وارتفاع الديون وزيادة نسبة

¹ نص المادة 545 الخاصة بعقد الشركة، والمادتين 291 و 269 الخاصة بعقد الإيجار، ونص المادة 379 المتعلقة بعقد العمل، ونص المادة 479 الخاص بعقد الوديعة، راجع في ذلك:

OPPETIT (B), Op. cit, p.45.

² شريف محمد غنام، "شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 37.

³ LESGUILLONS (H), Frustration, Force majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Revue droit et pratique du commerce international. Tome 5 no 4, p, 529.

⁴ القانون الألماني لا يعرف نظرية الظروف الطارئة تطبق على كل العقود وفي جميع الحالات، ولا يعني هذا أن القانون الألماني لا يعرف نظرية الظروف الطارئة وإنما توجد تطبيقات عديدة لهذه النظرية في قانون الالتزامات، كما أن المشرع الألماني أصدر عدة قوانين تسمح للقاضي بالتدخل لتعديل أحكام العقد نتيجة ظروف غير متوقعة أدت إلى الإخلال بتوازن العقد، منها قانون 11 يونيو 1925 المتعلق بإتفاقيات الفوائد القانونية، وقانون أول يوليو 1933 المتعلق بمراجعة الديون الزراعية، وكذلك قانون 20 يوليو 1934 الخاص بمراجعة عقود العمل، راجع في ذلك: حسب الرسول الشيخ الفرازى، المرجع السابق، ص 98.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

التضخم وحصول الكساد في الاقتصاد الألماني، فقد قام القضاء الألماني بالتطبيق الموسع لنص المادة 157 التي تلزم تنفيذ العقود بحسن نية.

ومن هنا أسس لنظرية انهيار الأساس التعاوني والدعائم السياسية التي يقوم عليها العقد التي سبق أن تطرق إليها في الباب الأول من هذه الدراسة الخاص بالمفهوم التقليدي للقوة القاهرة في النظم القانونية المختلفة، ويسمح القضاء الألماني بتعديل العقد وفقاً لهده النظرية إذا أدى الحدث إلى اختلال كبير في توازنه وقد يكون هذا الاختلال نتيجة انخفاض قيمة العملة، أو بسبب تغيرات في النظام القانوني أو السياسي المسلط.¹

كذلك الحال بالنسبة للقانون الإنجليزي الذي يطبق نظرية انهيار العقد² التي يعرفها النظام القانوني الإنجليزي هل تسمح بتعديل العقد في حالة تغير الظروف والتي تجعل تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين أكثر إرهاقاً.

حيث أن القضاء الإنجليزي يقضي بفسخ العقد إذا تغير أساسه بسبب الظروف الجديدة في حالة عدم تحقق الشروط الضمنية التي من أجلها تعاقد الأطراف على تحقيقها، أو غياب الهدف التجاري الذي رغب الأطراف في تحقيقه.³

وفي الواقع أن القانون الإنجليزي لا يطبق نظرية الظروف الطارئة بالمفهوم المتعارف عليه في بقية الأنظمة القانونية الأخرى، فلا يكتفي أن يصبح تنفيذ التزام المدين أكثر إرهاقاً، أو أكثر تكلفة، ولكنه يتطلب تغييراً جذرياً في طبيعة العقد بحيث يصبح الأطراف أمام عقداً جديداً.

¹شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 39.

²En droit anglais, le concept de frustration « couvre à la fois le domaine correspondant à la force majeure et la matière de l'imprévision ». Cette théorie est venue tempérer les rigueurs d'un système juridique qui n'admettait pas qu'une partie puisse être exonérée de l'exécution de ses obligations, dût-elle s'avérer impossible. La première brèche à ce principe rigide ne survint qu'en 1863 dans l'affaire Taylor v. Caldwell. Cette décision allait constituer la fondation sur la base de laquelle allait s'élaborer la doctrine de la frustration. voir, Moisan Pierre, Op. cit, p.294.

³DAVID (R), Les contrats en droit anglais, L.G.D.J, 1973, no 410,

والقضاء الإنجليزي يرتب نتيجة واحدة، عند تغير الظروف وهي فسخ العقد ولا يمنح القاضي فرصة تعديل التزامات المتعاقدين.

ثالثاً: الاتجاه الذي يعترف بنظرية الظروف الطارئة

على عكس الأنظمة القانونية التي تم الإشارة إليها سابقاً، والتي لا تعترف بنظرية الظروف الطارئة والأنظمة الأخرى التي تأخذ بها على أساس قضائي، فإن المجموعة الثالثة من الأنظمة القانونية التي تعرف قوانينها نصوصاً تشريعية عامة وصريحة تجيز للقاضي أن يتدخل لإعادة التوازن للعقد الذي اخلت نتيجة تغير ظروف تنفيذه، ومنها التشريعات العربية وأعطت حلولاً لمعالجة تغير الظروف واحتلال التوازن الاقتصادي للعقد، من خلال إعطاء السلطة للقاضي من أجل تعديل العقد قصد رفع الإرهاق، كما اعتبرت أي مخالفة لهذه المواد هو أمر غير جائز، ومخالف للنظام العام.

فحسب القانون المدني الجزائري لا يمكن للأطراف التفاوض في حالة وجود ظروف طارئة من أجل تعديل العقد، بل يعود ذلك للقاضي وحده الذي يمكنه رفع الإرهاب، وأي مخالفة لذلك يعد أمرا باطلا بطلانا مطلقا، كما جاء في نص المادة 107/03 من القانون المدني الجزائري¹.

أما المشرع المصري فقى هذا حذو المشرع الجزائري بالاعتراف للقاضي بتعديل التزامات المتعاقدين في حالة تغير الظروف وأجاز له الموازنة بين مصلحة الطرفين و هو ما جاء في نص المادة 2/147 من القانون المدني المصري التي تنص على أنه: قمع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ

¹ تنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم تكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تتفيد الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدى بخسارة فادحة، جاز للقاضى تبعا لظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلأ كل اتفاق على خلاف ذلك".

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدى بخسارة فادحة جاز للقاضى تبعا للظروف و بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، و يقع باطلأ كل اتفاق على خلاف ذلك.¹

المطلب الثاني: أهمية شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية

يلعب شرط إعادة التفاوض دورا مهما، وحاسما في عقود التجارة الدولية، باعتباره آلية تسمح بمواجهة اختلال التوازن الاقتصادي للعقد نتيجة تغير ظروف تنفيذه عن ظروف إبرامه.

ومن جهة أخرى فإن شرط إعادة التفاوض يعتبر وسيلة مهمة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية بشكل ودي، إذ يعبر عن الحل الذي يتفق عليه الأطراف دون تدخل للقضاء، كما هو الحال في نظرية الظروف الطارئة، أو الحل القانوني المعروف في النظرية التقليدية للقوة القاهرة، فشرط إعادة التفاوض هو تقنية جديدة كلها ابتدعها تعاونوا التجارة الدولية، فهي تقنية معروفة تماما في إطار القواعد العامة لنظرية العقد في العقود الداخلية.²

فضلا عن أهمية شرط إعادة التفاوض ودوره في الحفاظ على العقد، وضمان استمراره وإنقاذه من الفسخ الذي يهدم مصالح الأطراف المتعاقدة، كما يلعب دورا مهما في الحفاظ على التوازن العقدي طيلة مدة تنفيذه.

لذلك سنتطرق من خلال دراسة هذا المطلب إلى الأهداف الأساسية التي يسعى معالمي التجارة الدولية إلى تحقيقها من خلال إدراج شرط إعادة التفاوض في العقد، وذلك بالطرق إلى أهميته في التسوية الاتفاقيية لمنازعات عقود التجارة الدولية (الفرع الأول) ودوره في الحفاظ على استمرار العقد وتوازنه خلال مدة التنفيذ (الفرع الثاني).

¹ إن الملاحظ على النصين الجزائري والمصري أنهما جاء متطابقان بخصوص إعمال نظرية الظروف الطارئة في حالة تغير الظروف و التي من شأنها ان تجعل تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين مرهقة.

² هي عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد – دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة أبي بكر بلقايد بتمسمان، الجزائر، سنة 2016،ص.04.

الفرع الأول: شرط إعادة التفاوض و المنازعات عقود التجارة الدولية

نظراً لما يتميز به العقد التجاري الدولي¹، من امتداد تتفاوضه في الزمن وخصوصية محله، فقد يتعرض إلى ظروف غير متوقعة تختلف تماماً عن ظروف إبرامه، تؤدي إلى استحالة تنفيذ أحد أطراف العقد لالتزاماته التعاقدية أو تصبح أكثر إرهاقاً مما يثير نزاع حول العقد.

ولتفادي هذا النزاع، يلجأ أطراف العقد الدولي إلى إدراج شرط إعادة التفاوض في العقد، لما يلعبه هذا الشرط في الحفاظ على استمرارية العقد وتوازنه طيلة مدة تتفاوضه، ولأن شرط إعادة التفاوض هو وسيلة إرادية ودية من بين عدة وسائل ودية تدخل في تسوية النزاعات العقدية التي يلجأ لها و يجذبها أطراف العلاقة الدولية، لحل خلافاتهم ولتبليان أهمية الشرط، سنتناول أهمية الوسائل الودية ودورها في حل النزاعات العقدية (أولاً) ومدى أهمية وفعالية شرط إعادة التفاوض في حل النزاعات (ثانياً).

أولاً: دور الوسائل الإرادية الودية في حل النزاعات العقدية

إن خصوصية العقد التجاري الدولي، الذي يتميز بطول مدة تتفاوضه وتراثيه في الزمن وذلك أما نتيجة اتفاق الأطراف ورغبتهم في تحقيق قدر من الاستقرار في تعاملاتهم الاقتصادية²، وإنما بالنظر إلى طبيعة العقد ذاته وضخامة الأعمال المطلوب تحقيقها، كما هو عليه الحال في عقود الطاقة والتصنيع، وإنشاء المنشآت الكبرى، فطول مدة التنفيذ لا

¹ لقد اختلف الفقه القانوني في إعطاء تعريف مانع وجامع للعقد الدولي فقد عرفه الأستاذ BATIFFOL على أنه "يعتبر العقد دولياً إذا كانت العمال المتعلقة بانعقاده أو تتفاوضه، أو حالة الأطراف فيه سواء من جهة جنسيتهم أو محل إقامتهم أو من ناحية تركيز موضوعه تتصل بصلات أو روابط مع أكثر من نظام قانوني" ويشير الفقه إلى هذا التعريف التقليدي ذي المعيار القانوني في تحديد الصفة الدولية للعقد وتحليله بأنه متى وجدت روابط أو نقاط اتصال بين أحد العناصر الرئيسية للعقد وأكثر من نظام قانوني صار العقد دولياً" ويرى رأي آخر أن العقد يعد دولياً إذا كان يرتبط بقطاط اتصال أو تلاق مع أكثر من نظام قانوني أو هو ذلك الذي لا تتركز كل عناصره في ظل نظام قانوني واحد. راجع في ذلك سلامة فارس عرب، فارس عرب، المرجع السابق، ص28 وما يليها.

² شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص07.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

تكون بامان من التغير في الظروف، مهما حاول أطراف العقد بذل الجهد وأخذ الاحتياطات لتفادي اختلال توازن العلاقة التعاقدية، مما يجعل هذه العقود عرضة للخلافات والنزاعات المستمرة نظراً للمتغيرات الخارجية التي تصيب العقد وتؤثر فيه وفي طريقة ومستوى تنفيذه.

ومن هنا يتطلب من أطراف العلاقة التعاقدية الدولية البحث عن وسائل إرادية ودية¹، تستعمل في حل النزاعات بالطرق الودية، لأن عقود التجارة الدولية تتطلب البحث عن مسائل تعمل على تولي النزاع، أكثر منها تحل النزاع.

والفارق بين الاثنين واضح، لأن أطراف العلاقة التعاقدية الدولية ترغب في وسائل إرادية تقي التعثر الحاصل في تنفيذ العقد الناتج عن تغير الظروف أو أي أسباب أخرى، التي من شأنها أن تسبب المزيد من الأضرار للطرفين في حالة بقائهما لمدة أطول، لذلك يبحث الأطراف عن الحلول المناسبة والمرنة التي تتناسب والظرف الطارئ أو الحدث المفاجئ الذي أصاب تنفيذ العقد، والتي تتناسب والطبيعة الخاصة بعقود التجارة الدولية، والتي تتطلب تسوية النزاع بين أطراف العقد قبل تتطلب الفصل فيه.²

ولهذا يسعى دائماً أطراف العلاقة العقدية، إلى البحث عن الحلول الودية الإرادية لحل الخلافات التي يمكن أن تنتج عن تغير ظروف تنفيذ العقد التجاري الدولي، والتي تمتاز بقدر كافٍ من المرونة وتقريب وجهة النظر أكثر ما تتطلب الفصل في موضوع النزاع وحسماً له لصالح طرف على حساب آخر.³

¹ يقصد بالوسائل الإرادية في تسوية المنازعات العقدية، تلك التي يختارها الأطراف بإرادتهم لتكون بديلاً عن الطرق الرسمية المتمثلة في قضاء الدولة بسلطاتها السيادية، ومن بين أهم الوسائل الإرادية المفاوضات و الوساطة و التوفيق، و التحكيم، حيث تمثل هذه الوسائل أهم بسائل التسوية الرسمية (القضائية) وأكثرها انتشاراً في الوقت الحاضر.

راجع في ذلك: مصطفى المتولى قنديل، المرجع السابق، ص 11. وراجع أيضاً:

LAGARDE: L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation, Rev. Arb, 2000, p.589.

² محمد أحمد الشربيني، النظام القانوني للعقد الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، سنة 2006، ص 720.

³ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 62.

وعليه فاختيار أطراف العلاقة الدولية الوسائل الودية لحل خلافاتهم، يهدف إلى خلق مناخ هادئ وآيجابي، يمكن العقد من الاستمرار في تحقيق الغاية المرجوة من إبرامه و يجنب الأطراف كل خلاف من شأنه أن يعيق تنفيذ العقد و لعل أهم السباب التي تدفع متعاملين في التجارة الدولية إلى اختيار الوسائل الودية لحل خلافاتهم ذكر منها:

1- التسوية الودية لعقود التجارة الدولية، تلبي رغبات الأطراف في الحصول على حل يرضي الطرفين لما تتميز به هذه الوسائل من السرعة و البساطة في الإجراءات و التكلفة الأقل، فضلا عن كونها محفزا للأطراف في إيجاد الحل المناسب في مواجهة تغير الظروف الغير متوقع.

2-التسوية الودية تسمح لأطراف العلاقة العقدية من إصدار قرار بأنفسهم وتحت توجيهاتهم و رقابتهم و من ثم يكون محصلة للتعاون والعمل المشترك فيما بينهم، أو من قبل الغير المحايد الذي يمكنه أن يتدخل بناء عللا رغبتهما في مساعدتهم في التوصل إلى الحل الودي الرضائي، مما ينجم عنه انتطاعا بعدها قرارهم ما دام صدر بإرادتهم و رضاهما.¹

3- التسوية الودية لا تهدف إلى تأكيد حقوق طرف على حساب طرف آخر بل تسعى إلى تسوية النزاع، وإيجاد حلول للإبقاء على استمرارية العقد التجاري الدولي.

4- يتميز من يتولى مهمة التسوية الودية للمنازعات العقدية بالخبرة و الدراية بتفاصيل موضوع النزاع، الأمر الذي يتطلب منه إماما دقيقا بتفاصيل وأحوال التجارة والمبادلات المرتبطة بمسائل البيع الدولي للبضائع أو الاتفاقيات البترولية أو النقل الدولي أو المعاملات البنكية.

¹ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 64.

ثانياً: دور شرط إعادة التفاوض في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية

يلعب شرط إعادة التفاوض دوراً مهماً في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية طويلة المدة، بسبب المزايا التي يوفرها لأطراف العقد من سرعة وسهولة حسم منازعاتهم بتكليف أقل، فضلاً عن ما يوفره هذا الشرط من طابع ودي وإيجابي على العلاقة التعاقدية، بحيث يلزم الشرط الأطراف على أن يجتمعوا في مواعيد محددة أو دورية، أو عند تحقق أسباب تطبيقه التي اتفقا عليها في العقد، من أجل دراسة وتحليل العمليات المنفذة أو التي يجري تفديها، ومقارنتها بظروف تفديها وإعادة التفاوض بشأنها للوصول إلى أفضل السبل والطرق من أجل التنفيذ الكامل للالتزامات العقدية.¹

هذا التعاون بين الأطراف تفرضه طبيعة العقد التجاري الدولي، الممتد في الزمن، الذي يتطلب بالضرورة من أطرافه التعاون المستمر فيما بينهم للحفاظ على المصالح المشتركة والمتبادلة التي من أجلها نشأ العقد.

وتجنباً لعرض نزاعاتهم أمام المحاكم الداخلية للفصل فيها، وما ينبع عن ذلك من تعصب القضاء الوطني أو التحكيم، بالإضافة إلى تخوفهم من القانون الواجب التطبيق، على موضوع النزاع وطول الإجراءات المتبعة، الذي يشكل عدم الإلمام بها صعوبات أمام أحد الأطراف، لذلك يفضل الكثير من أطراف العلاقة التعاقدية الدولية التفاهم، وتفضيل الحلول الشخصية و الذاتية، بدلاً من الحلول التي يأتي بها الطرف الخارجي لذلك يتم إدراج شرط إعادة التفاوض، كونه الوسيلة الأكثر تلاؤماً مع مصالحهم ورغباتهم في تسوية

¹ MOHAMED (F) AL GHOARY, la technique contractuelle des contrats internationaux a long terme, et les problèmes de hardship : dar AL NAHDA AL ARABIA, Le CAIRO, EGYPT, 1994, p.07.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

النزاعات التعاقدية،¹ التي ترجح كفة شرط إعادة التفاوض لإجراء التسوية الودية لكل معوقات التنفيذ كافة،² ولتدارك الخطر الذي يواجه تنفيذ العقد.

و من خلال ما سبق الإشارة إليه، يلاحظ أن شرط إعادة التفاوض يؤدي دورا وقائيا في عقود التجارة الدولية، من خلال تسوية النزاعات المحتملة أثناء تنفيذ العقد، مما يضمن استمراره في ترتيب آثاره.³

لذلك فقد تبنت كل الاتفاقيات الدولية إعمال شرط إعادة التفاوض لتسوية النزاعات المحتملة للعقد الدولي، الناتجة عن تغير ظروف تنفيذه و اختلال التوازن الاقتصادي للعقد.

الفرع الثاني: أهمية شرط إعادة التفاوض في الحفاظ على العقد واستمراره

بالنظر إلى أهمية العقد التجاري الدولي، وما يلعبه من دور أساسي في عملية التنمية يسعى الأطراف جاهدين نحو الحفاظ على علاقتهم العقدية واستمرارها، وضمان ترتيب العقد لأثاره طوال مدة التنفيذ، ولا يكون ذلك إلا عن طريق إعمال شرط إعادة التفاوض كتقنية المبدعة في الفن التعاقدى، تضمن استمرار العقد والحفاظ عليه نظرا للأهمية الاقتصادية للعقد التجاري الدولي والتي تقتضي الحفاظ عليها وعلى استمرار تنفيذها بدلا من فسخها (أولا) وما هي الآليات المتبعة في شرط إعادة التفاوض للحفاظ على العلاقة التعاقدية (ثانيا).

أولا: الأهمية الاقتصادية لعقود التجارة الدولية

تتمتع العقود الدولية بأهمية اقتصادية بالغة، ليس فقط بالنسبة لأطراف العقد بل يتعلق باقتصاد الدول، وبعض العقود لها علاقة بالأمن القومي للدولة، مثل عقود شراء

¹ محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدى: دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1995، ص 62.

² نصيرة بوجمعة السعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التعامل الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، سنة 1987، ص 387.

³ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 67.

الأسلحة، وقد تمس كذلك الأمن الغذائي والاجتماعي، مثل عقود استيراد المواد الغذائية والمواد الأولية الموجهة للصناعة، ولهذا يرى البعض أن العقد الدولي هو عقد اجتماعي نظراً لتأثير هذا العقد على الجانب الاجتماعي للدول التابع لها أطرافه.¹

فالهدف والغاية من لجوء أطراف العلاقة التجارية الدولية إلى إبرام العقد يهدف إلى تلبية حاجة للحصول على المنتجات أو المواد الأولية أو السلع الاستهلاكية، التي تلبى له أرباحاً معينة أو إما لإشباع حاجات اجتماعية واقتصادية وفي الواقع يمتد أثر العقد التجاري الدولي إلى أبعد من ذلك، حيث يشكل لدى بعض الدول جزءاً مهماً من الخطة الاقتصادية لها، فهو يرتبط في الغالب بالاقتصاد الوطني ككل.²

ثانياً: آليات شرط إعادة التفاوض في الحفاظ على العقد

نظراً للدور الهام الذي تلعبه العقود بصفة عامة، وعقود التجارة الدولية بصفة خاصة نظراً للأهمية التي تمتاز بها سواء بالنسبة إلى عاقدتها أو إلى الدول التي ينتمون إليها، بالنظر إلى الأهمية الاقتصادية لهذه العقود، لذلك يبقى الحفاظ على هذه العقود هو غاية يسعى طرفيها إلى تحقيقها بكلفة الطرق القانونية أو الاتفاقية من أجل الحفاظ على العقد التجاري الدولي، واستمراره في تفويض أثاره ويمثل شرط إعادة التفاوض الحل الأمثل الذي يحقق للأطراف المتعاقدة أهدافهم.

شرط إعادة التفاوض، وما يتميز به من مرونة كافية تجعلها تتکيف مع الظروف المتغيرة، مما يضمن للعقد بقائه واستمراره في ترتيب أثاره،³ التي اتفق أطراف العقد على تحقيقها، كما يعمل شرط إعادة التفاوض على الحفاظ على التوازن الاقتصادي للعقد خلال فترة تفويضه، وهذا الشرط الذي ولد من رحم التجارة الدولية يمثل الإطار القانوني للفن التعاقدي

¹ شريف محمد خنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 189.

² ثروت حبيب، المرجع السابق، ص 407.

³ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 74.

الذي توصل إليه متعاملوا التجارة الدولية للحفاظ على استمرارية العقد التجاري الدولي، مهما تغيرت ظروف تفيذه، فهو يتميز بمرونة تجعل لديه القابلية للتأقلم مع تغير ظروف التنفيذ.

كما أن التحكيم التجاري الدولي هو الآخر أكد هذه الغاية في الكثير من قراراته التحكيمية والتي أشارت إلى ضرورة عمل الأطراف على الحفاظ على استمرار عقود التجارة الدولية طويلة المدة، مع رفضها الشديد لحالات المساس بالعقد وإنهاءه في حالة تغير الظروف واحتلال التوازن العقدي، ما لم تؤدي تلك الظروف إلى استحالة التنفيذ استحالة مطلقة كما سبق الإشارة إليه في هذه الرسالة والتي تؤدي إلى تطبيق أحكام القوة القاهرة وفسخ العقد.

ويرتكز محكمو عقود التجارة الدولية قراراتهم على قرينة علم المتعاملين في عقود التجارة الدولية، والتي من خلالها يرى المحكمون أن المتعاملين في حقل التجارة الدولية يعتبرون من أشخاص محترفون لا يقدمون على التعاقد إلا بعد دراسات مستفيضة لكل احتمالات ظروف تفيذ العقد والاستشراف لكل حالات تغير ظروف تفيذه الممكنة، لذلك فهم لا يقدمون على إبرام عقد طويل المدة إلا لغرض واحد هو بقاء العقد والاستمرار في ترتيب أثاره لتحقيق الأهداف التي يسعون إليها، ولاشك في أن شرط إعادة التفاوض يمثل الأسلوب التعاقدى الأفضل لتحقيق ذلك.¹

وبالنظر إلى خصوصية عقود التجارة الدولية وما تتميز به عن العقود الداخلية من امتداد تفيذها في الزمن لفترة طويلة، وتعاملها في مسائل فنية جد معقدة، وتعاملها بمبالغ ملية جد ضخمة قد تفوق في بعض العقود ميزانيات دول بحالها، وتشابك العلاقات الفرعية الناتجة عن إبرام عقود التجارة الدولية، وكذلك بالنظر إلى الأهمية الاقتصادية لهذه العقود

¹ قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية الصادر في القضية رقم 1512 لسنة 1971 منشور في مجلة القانون الدولي (Clunet) لسنة 1974، وكذلك القرار الصادر في القضية رقم 1990 لسنة 1972 منشور في المجلة نفسها لسنة 1974، والقضية التحكيمية رقم 2437 لسنة 1975 منشور في المجلة نفسها لسنة 1972 ، اشار إليها: ميثاق عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 75.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

ليس بالنسبة إلى طرفيها فحسب بل يمتد إلى دول المنطقة الجغرافية المحيطة بها، لذلك تدعي جميع الأطراف المتعاقدة إلى تحقيق الاستقرار التعاقدي والحفاظ على العقد التجاري الدولي والاستمرار في ترتيب أثاره وتحقيق الغاية والأهداف التي وجد من أجلها.

مع علم هذه الأطراف بعدم استقرار وثبات ظروف تنفيذ هذه العقود وما تشكله من تهديد على التوازن الاقتصادي، لذلك نجد أن أطراف العلاقة التجارية الدولية يسعون إلى جعل عقودهم تمتاز بالمرنة الالزمة و التي تسمح بالتأقلم مع تغير الظروف المحيطة بتنفيذ العقد وهو ما يوفره شرط إعادة التفاوض من خلال الآليات التعاقدية والعرفية المنظمة لتنفيذها والتي نوضحها فيما يلي:

١- شرط إعادة التفاوض يفرض على الأطراف المتعاقدة بإعادة التفاوض بحسن نية والتعاون المثمر بغرض الوصول إلى حلول مقبولة لمعالجة مشكل تغير ظروف تنفيذ العقد وبقاء استمراره في ترتيب أثاره.

حيث يلتزم أطراف العقد التجاري الدولي بتغليب مصلحة العقد على المصلحة الخاصة أي عدم استثمار مصلحة طرف على مصلحة طرف آخر، فشرط إعادة التفاوض يلزم طرفيه بالقيام بالأعمال المادية التي تتطلبها عملية التفاوض كالمراسلات و الخطابات والاجتماعات، وإبداء الرأي والاقتراحات، كما يلزمهم بالقيام بالأعمال المعنوية المتمثلة في الالتزام بروح المسؤولية وحسن النية النزاهة والأمانة بالتعامل والتعاون المثمر والجاد خلال فترة إعادة التفاوض.^١

٢- اختلاف الحلول الداخلية في مختلف الأنظمة القانونية في معالجة مشكل تغير ظروف تنفيذ العقد التجاري الدولي و مشكل اختلال التوازن العقدي في بعض القوانين الداخلية لا تتضمن نصوصا قانونية بشكل صريح لمعالجة هذه المشكلة كالقانون الفرنسي

^١ عبد الحليم عبد اللطيف، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات القانونية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، سنة 1993، ص 39

والبلجيكي والإسباني وبعض القوانين ترفض تطبيق أحكام القوة القاهرة وفسخ العقد وإنهائه كالقانون الانجليزي كما رأيناها سالفا في الباب الأول من هذه الرسالة وبعض القوانين الداخلية جعل من مسألة تغير الظروف و اختلال التوازن الاقتصادي للعقد بيد المحكمة وليس بيد أطراف العقد كالقانون الجزائري والمصري في مسألة الظروف الطارئة وإعادة التوازن الاقتصادي للعقد مما يجعل هذه الحلول المقترحة في الأنظمة القانونية الداخلية تتعارض وإرادة أطراف العقد التجاري الدولي،¹ مما يؤدي إلى إثارة الخلافات ومن ثم فسخ العقد وإنهائه.

لذلك تعتبر هذه الحلول المقترحة في مختلف الأنظمة القانونية الداخلية غير مجده وكافية لمعالجة مشكل تغير الظروف وما يتاسب وإرادة أطراف العلاقة التعاقدية الدولية، لذلك يلجأ الأطراف إلى إيجاد حلول تعاقدية تكون أكثر مرونة وتلاؤماً مع متطلبات التجارة الدولية، وتحافظ على استمرارية العقد وترتيب أثاره وشرط إعادة التفاوض هو الآلية المناسبة لضمان بقاء العقد ما دامت الحلول التي يقدمها الشرط نابعة من إرادة الأطراف.²

3- يوفر شرط إعادة التفاوض للأطراف المتعاقدة عدة خيارات من بينها اتفاقهم على الاستعانة بالغير لإيجاد الحلول الملائمة لمشكلة تغير الظروف في حالة فشلهم بشكل شخصي في إيجاد الحلول المناسبة لهم والغير الذي يمكنهم اللجوء إليه والاستعانة به قد يكون محكما(Arbitre) أو وسيطا(Mediateur) أو موفقا(Conciliateur) مع تحديد الوصف الدقيق لهذا الغير لأنه سيترتب عليه تحديد قوة القرارات التي يصدرها و مدى التزام أطراف العقد بها.³

¹PHILIPPE (D), Op.cit, p.02.

²EL MAHI (H), La clause de hardship, Revue des recherches Juridiques et économiques, Université de Mansoura,Algérie, No.15, Avril, 1994,p.68.

³شريف محمد غنام، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص439.

كما يمكن للأطراف إحالة الموضوع إلى القضاء الوطني أو قضاء التحكيم في حالة فشلهم في التوصل إلى اتفاق فيما بينهم أو بتدخل الغير وهو ما ذهبت إليه أغلب الاتفاقيات والأعمال المتعلقة بعقود التجارة الدولية.¹

4- مرونة شرط إعادة التفاوض وشموليته واتساعه لاستيعاب كل الأحداث والظروف التي قد تطرأ أثناء فترة تنفيذ العقد فهو لا يقتصر على أحداث ذات طبيعة محددة أو معينة لتطبيقه، بل الشرط يشمل كافة الظروف التي تعرّض تنفيذ العقد التجاري الدولي، مما يسمح للعقد من القدرة على مواجهة مختلف الظروف التي قد تؤثر في تنفيذه مستقبلاً.

وبهذا يختلف شرط إعادة التفاوض عن غيره من الآليات الأخرى التعاقدية المعروفة كشرط الثبات التشريعي²، الذي لا يغطي إلا نوعاً واحداً من المخاطر المتمثل في التغيرات القانونية والتشريعية دون غيرها.

شرط الثبات التشريعي، كما هو معروف ينحصر فقط في نطاق واحد ضيق وهو التغيرات القانونية والتشريعية، التي قد تغير ظروف تنفيذ العقد وتتسبب في اختلال التوازن

¹ دليل اليونيسكو لصياغة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية لسنة 1977 و كذلك نص المادة 2/111 من مبادئ العقود الأوروبية لسنة 2002 و كذلك نص المواد 3-4 من مبادئ اليونيدرو لسنة 2010 المتعلقة بعقود التجارة الدولية، حيث أشارت هذه المواد في حالة عدم توصل أطراف العقد إلى اتفاق بخصوص شرط إعادة التفاوض ينبغي لهم عرض الموضوع على القضاء للبث فيه. راجع في ذلك: ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 79.

² يقصد بشرط الثبات التشريعي بأنه ذلك الشرط الذي تعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الشركة الأجنبية، كما يعرفه فريق آخر بأنه تلك الشروط التي تهدف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد و في الوقت نفسه منعها من تغيير القواعد القانونية النافذة وقت إبرامها اذ تعهد الدولة بمقتضاه بعدم إصدار تشريعات جديدة تسرى على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها على نحو يخل بالتوزن الاقتصادي للعقد ويترتب عليه الإضرار بالطرف الأجنبي المتعاقد معها. غسان عبيد محمد المعموري، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، مقال منشور في مجلة رسالة الحقوق، المجلد الأول، العدد الثاني، سنة 2009 ، كلية القانون، جامعة كربلاء، ص 171.

الاقتصادي له، وحتى تطبيق هذا الشرط نجد فيه صعوبة تتمثل في اصطدامه مع سيادة الدولة وحقها في تغيير قوانينها بما يخدم مصالحها.¹

وهو ما ذهبت إليه بعض القرارات التحكيمية التي أكدت وأشارت إلى حق الدولة في تغيير قوانينها وتشريعاتها بما يخدم مصالحها، وهو ما أثبته كذلك الواقع العملي للتجارة الدولية، في عدم فعالية شرط الثبات التشريعي في الحفاظ على العقد واستمراره في ترتيب أثاره عند تغير الظروف واحتلال التوازن الاقتصادي، وهو عكس ما يوفره شرط إعادة التفاوض من مرونة تسمح بالحفاظ على العقد وسرعة تأقلمه مع الظروف المحيطة به.

الأمر الذي أدى إلى ظهور مفهوم العقد الدولي ذي المضمون المتحرك، و شرط إعادة التفاوض يسمح للعقود بالمرونة الكافية و يسهل تطويقها وكلائمتها مع كل الظروف المتغيرة، فهو شرط يتميز بالنطاق الواسع والشامل لكل المخاطر والظروف.²

نستنتج مما تمت الإشارة إليه أن الآليات التي يقدمها شرط إعادة التفاوض لأطراف العلاقة التجارية الدولية، تجعل منه الشرط الوحيد الذي يستوعب ويشمل كافة المخاطر والتغيرات التي تصاحب العقد التجاري الدولي أثناء مرحلة التنفيذ، والتي تتسبب في اختلال توازنه الاقتصادي التي تسمح لهم بالحفاظ على العقد وتطويقه وفقاً لتغير الظروف.

المبحث الثاني: تميز شرط إعادة التفاوض في العقود الدولية عن المفاهيم المشابهة له

إن مشكل تغير الظروف المحيطة بتنفيذ العقد التجاري الدولي لا يقتصر حلها على شرط إعادة التفاوض وحده، أو المعالجة القانونية والاتفاقية، ولكن هناك عدة حلول

¹ القضية التحكيمية بين شركة (Aminoil) للبترول و دولة الكويت سنة 1972، و التي صدر بها قرار في أحقيبة الدولة في تغيير قوانينها وفقاً لمصالحها العامة، راجع في ذلك: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 385.

² أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1989، ص 343.

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

ومعاليات أخرى تتمثل في القوة القاهرة، ونظرية الظروف الطارئة وشروط التعديل التلقائي للعقد، بحيث يوجد هناك ترابط وتشابه بين مختلف هذه المعاليات المتبعة، وفي بعض الحالات يصعب التفرقة والتمييز فيما بينها، وكذلك الترابط والتشابه في الحلول المقترنة من قبل هذه المعاليات في مواجهة مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد التجاري الدولي.

وعلى ذلك سيحاول الباحث التطرق في هذا المبحث إلى تسلیط الضوء على أهم النظريات والمعالجات الاتفاقية والقانونية، التي تقترب من شرط إعادة التفاوض وذلك من خلال تقسيمه إلى مطلبين، المطلب الأول تميز شرط إعادة التفاوض عن نظرية القوة القاهرة، والمطلب الثاني نتطرق فيه إلى تميز شرط إعادة التفاوض عن نظرية الظروف الطارئة.

المطلب الأول: تميز شرط إعادة التفاوض عن نظرية القوة القاهرة

لقد سبق لنا التطرق إلى نظرية القوة القاهرة، من خلال الباب الأول من هذه الدراسة، أين توصلنا إلى أن القوة القاهرة تعد من أقدم المعاليات القانونية والاتفاقية لمشكلة تغير في الظروف والمشاكل والمعوقات التي تتعارض تنفيذ العقد بصفة عامة والعقد التجاري الدولي بصفة خاصة، ولا حظنا كذلك أنه في حالة وقع حدث ما يتميز بشروط معينة، تعفي مسؤولية المدين ولا يلتزم بالتعويض ويتربّ على ذلك الانفصال التلقائي للعقد، وبذلك تقترب نظرية القوة القاهرة من شرط إعادة التفاوض في جوانب متعدد، يتقارب ويتبع مفهوم القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض في نطاق عقود التجارة الدولية¹.

حسب المفهوم التقليدي للقوة القاهرة، كما أسلفنا الحديث عنه في الباب الأول من هذه الرسالة، فحادث القوة القاهرة هو حدث مستقل عن إرادة المدين وغير متوقع الحدوث، يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام، فإذا توافرت هذه الشروط في الحدث فإن الأثر الطبيعي الذي يترتب عليها هو انقضاء التزام المدين، ولا يسأل عن مسؤوليته عن نتائج عدم التنفيذ.

¹ جمال محمود عبد العزيز، الالتزام بالمواطنة في عقد البيع الدولي للبضائع وفق لاتفاقية الأمم المتحدة، فيينا 1980، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، سنة 1993، ص 345 و ما يليها.

ويؤدي ذلك إلى انفاسخ العقد بقوة القانون، وبذلك تعد القوة القاهرة بمثابة استثناء يرد على القواعد العامة التي تقضي بمسؤولية المتعاقد الذي اخل بتنفيذ التزاماته المنصوص عليها في العقد، وتستبعد مسؤولية الطرف المتعاقد.¹

ويتمد اثر القوة القاهرة كما رأيناه إلى فسخ العقد بحكم القانون، فهذا المفهوم للقوة القاهرة يتميز بالأثر المزدوج يستبعد مسؤولية المدين ويؤثر على العقد بذاته بانفاسخه، وبذلك تعتبر القوة القاهرة سببا في اختفاء العقد و إزالته من الوجود لا سببا في بقائه.

حيث نظم المشرع الجزائري أحكام القوة القاهرة من خلال القانون المدني لا سيما المادة 127 منه التي تعفي المدين من التزاماته التعاقدية في حالة وقوع حدث يوصف بالقوة القاهرة توافرت فيه شروطها، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يقضى بخلاف ذلك.

ولتمييز شرط إعادة التفاوض عن مفهوم القوة القاهرة نتعرض إلى حالة التباعد بين المفهومين حسب النظرية التقليدية لمفهوم القوة القاهرة (الفرع الأول)، وحالة التقارب في النظرية الحديثة لمفهوم القوة القاهرة (الفرع الثاني) لتقارب والتباين الحاصل بين المفهومين.

الفرع الأول: اختلاف المفهوم التقليدي للقوة القاهرة عن شرط إعادة التفاوض

يكم الاختلاف بين القوة القاهرة بمفهومها التقليدي عن شرط إعادة التفاوض من خلال النتائج المتربة على كل منهما، فالمفهوم التقليدي للقوة القاهرة كما تطرقنا إليه سابقا هو ذلك الحدث الذي يقع بعد إبرام العقد وأثناء مرحلة تفيذه، والذي يوصف أنه غير متوقع من طرف العقد أثناء مرحلة الإبرام، ولا يمكن دفعه، ومستقل عن إرادة الطرفين، ويترب عليه استحالة مطلقة في تتفيد الالتزام العقدي، ويترب عن هذا الحدث فسخ العقد، مع تبرئة ذمة المدين.

¹ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 59.

يختلف الحدث الذي يميز القوة القاهرة حسب هذا المفهوم، عن الحدث الذي تمثل فيه خصائص شرط إعادة التفاوض، ولتطبيق شرط إعادة التفاوض، يجب أن يترتب عن الحدث تغير جذري في ظروف تنفيذ العقد مهما كانت طبيعته، يترتب على هذا الحدث اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، والنتيجة التي يرتبها هذا الحدث هي إعادة التفاوض بين طرفي العقد من أجل إيجاد الحلول المناسبة، والتي تتأقلم مع تغير الظروف التي حالت دون مواصلة تنفيذ العقد وترتيب أثاره بالنسبة للطرفين، وهذا الاختلاف بين المفهوم التقليدي للقوة القاهرة و شرط إعادة التفاوض يكمن في درجة تأثير للحدث المكون لكل منهما على تنفيذ العقد.¹

أولاً: الاختلاف من حيث التأثير على تنفيذ الالتزام

يختلف شرط إعادة التفاوض عن المفهوم التقليدي للقوة القاهرة، من حيث الحدث المكون لهما، و من حيث الآثار المترتبة لكليهما على تنفيذ الالتزام، ففي المفهوم التقليدي للقوة القاهرة، يؤدي الحدث المشكل للقوة القاهرة إلى استحالة التنفيذ، يترتب عليها فسخ العقد و تبرئة ذمة المدين من التزاماته التعاقدية، فالقوة القاهرة تمنع استمرارية تنفيذ العقد، دون المساس بتوازن الأداءات العقدية كأصل عام مهما كانت طبيعة استحالة التنفيذ الناتجة عنها سواء كانت استحالة مؤقتة أو استحالة دائمة، ويرى الأستاذ REINE: أن شرط القوة القاهرة يمنع استمرار تنفيذ العقد دون أن يؤدي حتما إلى الإخلال بتوازن الأداءات المقابلة، لذا فالأصل أن نطاق شرط القوة القاهرة لا يجب أن يشمل إلى جانب حالة استحالة التنفيذ المطلقة، الحالة التي يصير فيها التنفيذ مرهقا فقط... شرط إعادة التفاوض لا يمثل حالة عدم التنفيذ بل حالة معالجة صعوبات عدم التنفيذ.²

¹ مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 1، الجزائر، سنة 2015، ص155.

² «La force majeure empêche la continuation du contrat sans pour autant atteindre l'équilibre des prestations réciproques : l'utilisation de la clause de force majeure ne devrait, en principe, pas être détournée par l'admission, a cote des cas d'impossibilité absolue d'exécution est

بينما يترب على الحدث المكون لشرط إعادة التفاوض الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد، مما يخلق صعوبة في تنفيذ الالتزام من طرف المدين.

حيث أن الشروط النموذجية التي وضعتها منظمة التجارة الدولية CCI في مسألة تغير الظروف، تطرق في دليلها لسنة 2003 إلى هذه التفرقة النظرية بين القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض لسنة 2003، خصصت لكل من القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض،¹ كما سبق أن تناولنا هذه المسألة.

كما تعرّضت مبادئ القانون الموحد unidroit لهذه المسألة من خلال إبراز الفرق بين استحالة التنفيذ واحتلال التوازن الاقتصادي للعقد، حيث تطرق المادة 2/2/6 منها على أن الأحداث المشكّلة لشرط إعادة التفاوض hardship التي يجب أن يختل فيها توازن الأداءات بشكل أساسي، بينما أشارت المادة 07 إلى عدم قيام مسؤولية المدين عن عدم تنفيذ التزامه أن يرجع ذلك إلى عائق أو حدث غير متوقع عند إبرام العقد، وأنه لم يستطع تجنب وقوعه أو رده أو التغلب على نتائجه.²

ثانياً: الاختلاف من حيث النتائج

تختلف النتائج المترتبة عن المفهوم التقليدي للقوة القاهرة، عن النتائج المترتبة عن شرط إعادة التفاوض، فهذا الأخير يفرض التزام على أطراف العلاقة التعاقدية الجلوس مرة أخرى وإعادة التفاوض من أجل إيجاد حلول تتناسب وتغير الظروف المصاحبة لتنفيذ العقد، والعمل على إيجاد أرضية تفاهم تبقي على استمرارية العقد،³ والحفاظ عليه في ترتيب

seulement rendue plus onéreuse... la clause de hardship n'est pas un cas d'inexécution, elle gère une difficulté d'exécution.» voir, ALCHKAR (R), clause de hardship et clause d'amiable composition, thèse Doctorat, paris II, France, 2010, p.73et 74.

¹ هي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص46.

² محمد محسن علي، المرجع السابق، ص126.

³ Fontaine, Op.cit, p238.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

نتائجه، وتحقيق الغاية والهدف من إبرامه، وهو ما يعكس حرص الأطراف منذ البداية على استمرار عقدهم في السريان، إذ منذ البداية يتفق الأطراف عند إدراج شرط إعادة التفاوض على الإبقاء على العقد وضمان استمراره.

وهذا يعكس المفهوم التقليدي للقوة القاهرة الذي يؤدي فسخ العقد بحكم القانون، وانفقاء مسؤولية المدين، عن نتائج عدم التنفيذ، و بذلك تعتبر القوة القاهرة استثناء عن المبدأ العام في العلاقات العقدية هو التزام المدين بتنفيذ الشروط والالتزامات الواردة في العقد، وتعويض الضرر الذي يتعرض له الطرف الآخر في العقد، وما فاته من كسب وما لحقه من خسارة، ومصدر الإعفاء من المسؤولية يستمد مصدره من القوة القاهرة و الظروف التي أفرزت استحالة التنفيذ، و التي تقييد عدم وجود خطأ المدين، ومن ذلك تتعدم العلاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزامات والأضرار الناتجة عنها.¹

ومن ذلك يجب التفرقة والتمييز بين انقضاء العقد «*Extinction du contrat*»، ومسألة انقضاء الالتزامات التي يولدها هذا العقد «*Extinction des obligation*» وما دام أن العقد يعتبر مصدراً لعدة التزامات، فانقضاء الالتزام لا يؤدي بالضرورة إلى انقضاء العقد، وهنا يتوجب البحث في اثر هذا الانقضاء هل يؤدي إلى انقضاء العقد، أم أن العقد يبقى ويستمر بالرغم من انقضاء بعض الالتزامات التي يرتبها.²

هذا المبدأ المتمثل في فسخ العقد وانفقاء مسؤولية المدين بسبب حالة القوة القاهرة، معروف لدى كل الأنظمة القانونية، إذ تنص المادة 212 من القانون المدني الجزائري على أنه: «في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المترتبة و ينفسخ العقد بحكم القانون».

¹ Mazeaud Denis, Leçon de droit civile, Tome2, no 452, p387, et no 560, p225.

² حسام الدين كامل الأهواي، المرجع السابق، ص438، 439.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

وتقابلها في القانون المدني الفرنسي المادتان 1147 و 1148 على عدم مطالبة المدين بأي تعويض عن عدم تنفيذ التزامه، إذا كان سبب عدم التنفيذ يرجع إلى قوة قاهرة، وهو ما أخذ به القضاء الفرنسي، ونفس المبدأ و القاعدة أخذ بها القانون الألماني في نص المادة 275 من قانون الالتزامات B.G.B على: **تحرير المدين من كل مسؤولية في حالة ما أصبح تنفيذ التزامه مستحيلاً.**

كما تضمن القانون المصري كذلك هذا الأثر في نص المادة 2/156 والتي تنص على أنه: **إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك**، وهو نفس المنهج الذي صار عليه المشرع الجزائري من خلال نص المادتين 176 و 307 من القانون المدني.

وكما رأينا النتيجة المترتبة على حدوث قوة قاهرة بالمفهوم التقليدي من فسخ العقد وانفاس مسؤولية المدين، لا تقتصر فقط على القوانين والتشريعات الوطنية، وإنما تجد مصدرها في قواعد التجارة الدولية، فاتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع فيينا 1980 نصت في المادة 1/79 بقولها: **لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذا أثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته...**¹

مما سبق الإشارة إليه يمكننا القول أن :

- النتائج التي ترتيبها القوة القاهرة على العقد تمثل في فسخ العقد بحكم القانون لاستحالة تنفيذه، وانفاس مسؤولية المدين، خلافاً لشرط إعادة التفاوض الذي يتمثل هدفه في بقاء العقد واستمرار تنفيذه.
- نظام القوة القاهرة لا يقتصر تطبيقه على المجال التعاقدية، بل يتسع ليشمل مجال المسؤولية التقصيرية، وهذا بخلاف ما هو عليه شرط إعادة التفاوض الذي

¹أحمد مروك، المرجع السابق، ص 159، ص 160.

يقتصر مجال تطبيقه على الإطار التعاقدى، وذلك لكونه يقوم على أساس التحاور والتفاوض بين أطرافه لمعالجة مشكل تغير الظروف التي تعرّض تنفيذ عقدتهم.

3- تختلف درجة التأثير في تنفيذ العقد. فتغير ظروف تنفيذ العقد يمكن أن يؤثر في تنفيذه بشكلين مختلفين، فإن ترتب عليه استحالة التنفيذ كنا أمام حالة قوة القاهرة، وذلك باعتبار أن الاستحالة المطلقة في تنفيذ العقد تعد شرطاً جوهرياً في نظام القوة القاهرة،¹ أما إذا ترتب عليه مجرد إرهاق في التنفيذ واحتلال التوازن الاقتصادي العقدي كنا أمام تطبيق شرط إعادة التفاوض، وهذا ما يبين الفرق بين القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض، من حيث درجة التأثير على تنفيذ العقد.²

4- من أهم مظاهر الاختلاف بين القوة القاهرة و شرط إعادة التفاوض من حيث الآثار المترتبة عليهما، فيترتب على المفهوم التقليدي للقوة القاهرة فسخ العقد وانتفاء مسؤولية المدين، في الوقت الذي يترتب على شرط إعادة التفاوض، الالتزام بإعادة التفاوض بحسن نية، لغرض إعادة التوازن الاقتصادي للعقد.

الفرع الثاني: تواافق المفهوم الحديث للقوة القاهرة مع شرط إعادة التفاوض

نظراً لما تكتسيه عقود التجارة الدولية من أهمية، ليس فقط بالنسبة لأطراف العلاقة التعاقدية، وإنما يمتد ذلك إلى الدول والحكومات التي يمثل أطرافها العقد الدولي، كما للعقد الدولي من أهمية اقتصادية على المستوى العالمي، كان لا بد لأطراف العقد التجاري الدولي التوصل إلى مفهوم حديث للقوة القاهرة يتميز بالمرونة، من حيث التطبيق لمواجهة تغير ظروف تنفيذه، وكذلك من حيث النتائج المترتبة عنها، خاصة أن العقد التجاري الدولي

¹ قرار التحكيم الصادر في القضية رقم 29 لسنة 1992 الصادر في جلسة 27/08/1992 منشور في أحكام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم، وكما أشير في هذا الحكم أن معنى القوة القاهرة يمكن أن يكون مختلفاً من عقد إلى آخر بحسب اتفاق الأطراف، أشار إلى هذا الحكم: ميثاق طالب عبد الرحمن الجبوري، المرجع السابق، ص 175.

² رشا علي الدين، دور الحكم في إعادة التوازن المالي للعقد الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2010، ص 11.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

يتميز بطول المدة من جهة و من جهة أخرى رغبة الأطراف في الحفاظ على استمرارية العقد، اذ لم يعد في حقل التجارة الدولية مفهوم الاستحالة المطلقة للتنفيذ.

وبناء على ذلك يبرز دور إرادة أطراف العلاقة الدولية، في ترتيب الأحكام القانونية للعقد التجاري الدولي، انطلاقا من عدم تحمل أحد المتعاقدين لبعض آثار القوة القاهرة في شقها الاقتصادي irrésistibilité économique يدفع طرفا العقد إلى العمل معا من أجل الحفاظ على العقد لما يمثله من أهمية اقتصادية لكليهما.¹

فقد نتج عن التوسع في مفهوم القوة القاهرة، وشرط إعادة التفاوض حالة من التقارب من حيث شروط التطبيق والنتائج المترتبة، إذ تهدف كلا التقنيتين إلى المحافظة على العلاقة العقدية إذ يترتب على كل من الشرطين أثران متطابقان، يتمثلان في بقاء العقد والحفاظ عليه، وفرض التزامات جديدة على عاتق الطرفين.²

وبناء على ما سبق يمكننا أن نوضح أوجه التقارب بين المفهوم الحديث للقوة القاهرة و شرط إعادة التفاوض كما يلي:

1- تطابق شروط إعمال القوة القاهرة مع شروط إعمال شرط إعادة التفاوض فالتقنيتين تتميز بوحدة الأصل والمنشأ، فالحادث الذي يتسبب في إعمال القوة القاهرة قد يكون نفسه في إعمال شرط إعادة التفاوض، فالأسباب المؤدية للتغير في محيط تنفيذ العقد كما بينها سالفا كالحرب والكوارث الطبيعية أو صدور قوانين تمنع تحويل الأموال خارج القطر، أو تمنع الاستيراد، فهذه الظروف المتغيرة إما تؤدي إلى استحالة مطلقة في تنفيذ العقد التجاري الدولي.

2- وعدها يطبق نظام القوة القاهرة، وفسخ العقد بحكم القانون، وانتفاء مسؤولية المدين، أو تكون مرهقة وتؤدي إلى إخلال بالتوانق الاقتصادي للعقد، وعدها تطبق شرط إعادة

¹ هي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص36.

² شريف محمد غنام، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص311.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

التفاوض، على اعتبار أن كل من القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض، استثناءين لمبدأ القوة الملزمة للعقد، فإنهما لا يرتبان أثرهما إلا في ظروف استثنائية، يتفق فيها الحادث بكونه غير متوقع وقت إبرام العقد، ومستقلاً عن إرادة المدين، ولا يمكن دفعه، فهذه الخصائص المتعلقة بالحدث تمثل نقطة توافق واقتراب بين القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض.¹

لذلك تعتبر كل من القوة القاهرة، وشرط إعادة التفاوض، من الوسائل التي يلجأ إليها أطراف العلاقة التجارية الدولية، لمعالجة مشكل تغير ظروف تنفيذ العقد، بحسب الاتفاق أو طبيعة الحدث المنشئ لهما.²

3- القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض ليسا من النظام العام، فالإرادة التعاقدية هي التي تتدخل في تنظيم كليهما معاً، وترسم نطاق تطبيقها، فشرط إعادة التفاوض يعتبر من أهم وأبرز التقنيات التعاقدية التي ابتدعها متعاملى التجارة الدولية، لمواجهة مشكلة تغير الظروف المحيطة بتنفيذ العقد التجارى الدولى، وهو الأمر ذاته بالنسبة للتوجه في مفهوم القوة القاهرة، أو المفهوم الحديث للقوة القاهرة، والتي أصبحت إرادة الأطراف تلعب دوراً كبيراً في تنظيم أحکامها، لا سيما في إطار أحکام التعامل التجارى الدولي.

وبناءً على ذلك، أصبح بإمكان أطراف العقد التجارى الدولي الالتفاق على استبعاد أو تحديد طريقة تطبيق القوة القاهرة، وكذلك الحال بالنسبة إلى شرط إعادة التفاوض كونهما ليسا من النظام العام،³ مما يجعل أساس تطبيق كلاً منهما هو الإرادة التعاقدية خاصة في مجال عقود التجارة الدولية.

4- صار هناك تقارب واضح بين القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض، فلم يقتصر أثر القوة القاهرة على حسب المفهوم الحديث على انفساخ العقد وإعفاء المدين من

¹ محمد محسن علي، المرجع السابق، ص 129.

² حياة محمد أبو النجا، الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، سنة 2004، ص 205.

³ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 173.

المسؤولية، بل توسيع ليشمل حلول أخرى، تتمثل في وقف العقد وإعادة التفاوض، وهذا ما يتوافق مع شرط إعادة التفاوض، لا سيما فيما يتعلق بالالتزام بإعادة التفاوض ووقف العقد، اللذان يعدان من أهم الآثار التي يولدهما الشرط.

هذا التقارب الذي حصل بين القوة القاهرة، وشرط إعادة التفاوض، جاء نتيجة الممارسات التعاقدية في مجال التجارة الدولية، إذ عملت على توسيع مفهوم القوة القاهرة، بهدف الحفاظ على العلاقة العقدية لما يمثله من أهمية اقتصادية.

5-تدخل الإرادة التعاقدية في تنظيم القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض، باعتبارهما لمسيا من النظام العام، ساهم بشكل واضح في إيجاد توافق بينهما وتقرب، إذ يعتبر شرط إعادة التفاوض من ابرز التقنيات التي توصل إليها الفكر القانوني التعاقدية، في مجال التجارة الدولية لمواجهة مسألة تغير الظروف المحيطة بتنفيذ العقد التجاري الدولي، وهو نفس الحال بعد تطور مفهوم القوة القاهرة، وأصبحت الإرادة التعاقدية هي من تتدخل في تنظيم أحکامها.

حيث أصبح لأطراف العقد الحق في الاتفاق صراحة على استبعاد، أو تحديد طريقة تطبيق القوة القاهرة، وكذلك الحال بالنسبة لشرط إعادة التفاوض،¹ مما يجعل أساس تطبيق كل منها الإرادة التعاقدية للأطراف، وبالأخص في مجال التجارة الدولية، و التي يجد فيها شرط إعادة التفاوض والقوة القاهرة بالمفهوم الحديث لها المجال الخصب لتطبيقها.

6-بتوافق كل من شرط إعادة التفاوض و المفهوم الحديث للقوة القاهرة، في الآثار المترتبة عليهما على العقد التجاري الدولي، حيث لم يقتصر اثر القوة القاهرة بمفهومها الحديث على انفساخ العقد وإعفاء المدين من المسؤولية، بل أصبح يقدم حلولاً أخرى، تتمثل في وقف العقد وإعادة التفاوض، فضلاً عن الفسخ، وهذا ما يتوافق

¹ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص184.

وينتفي مع شرط إعادة التفاوض، لاسيما فيما يتعلق بالالتزام بإعادة التفاوض ووقف العقد، اللذان يعدان من أهم الآثار التي يرتبهما الشرط.

المطلب الثاني: تميز شرط إعادة التفاوض عن نظرية الظروف الطارئة

تعد نظرية الظروف الطارئة من أهم التقنيات المستحدثة لمواجهة مشكل تغير الظروف على المستوى الداخلي، والتي عرفت ازدهارها الحقيقي،¹ خلال سنوات 1970، وتعني هذه النظرية تدخل القاضي في العلاقة التعاقدية إذا طرأت ظروف استثنائية عامة، وغير متوقعة على العقود المستمرة التنفيذ أو المؤجلة، تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقا وغير مستحينا لأحد طرف العقد، جاز للقاضي التدخل وإيجاد حل للتوازن الاقتصادي للعقد.

وتعني النظرية: تغير الظروف التي ابرم أثناءها العقد إلى جعل تنفيذ الالتزام أحد الأطراف مرهقا له، بحيث إذا اجبر على تنفيذه تحمل خسارة كبيرة.²

ومن ذلك يلاحظ التقارب بين نظرية الظروف الطارئة وشرط إعادة التفاوض، بحيث تعتبر هذه النظرية من أقرب النظم القانونية تشابها مع الشرط، حيث يقتصر تطبيقها على التعامل التعاقدي الداخلي، كما أن بعض الأنظمة القانونية المقارنة لا تعترف بهذه النظرية كما أسلفنا توضيحة في هذا الباب من الرسالة،³ وعلى الرغم من وجود تشابه كبير بين

¹L'utilisation des clauses d'imprévision a connu son véritable essor dans les années 1970 alors que les praticiens cherchaient à se prémunir contre les risques entraînés par l'ébranlement du système économique et monétaire de l'époque, cette instabilité ambiante, avec laquelle, faut-il le souligner, nous sommes toujours aux prises depuis, a entraîné l'élaboration de clauses d'imprévision de plus en plus sophistiquées, leur champ de développement privilégié allait devenir celui des contrats à long terme, davantage exposés qu'ils sont à un bouleversement des circonstances. Dans les contrats on se trouve surtout ces clauses dans les contrats d'approvisionnement en matières premières, dans les contrats de nature à lier irrémédiablement les parties (construction d'un barrage, pipe-line) ou dont la rupture s'avérerait inconcevable politiquement. Voir

Fontaine M. Les problèmes du long terme, dans comment négocier un contrat à long terme, colloque de tours, du 1er au 3 juin 1978, D.P.C.I. p.p.141,143.

²إبراهيم درويش، نظرية الظروف الاستثنائية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة العاشرة، العدد الثالث، مصر، سنة 1966، ص.97

³راجع في ذلك المطلب الأول من هذا الباب، ص 149.

نظيره الظروف الطارئة وشرط إعادة التفاوض، إلا أن هذا الأخير يتميز عن النظرية بطبيعته التعاقدية التي تجعله يختلف عنها، في عدة جوانب وهو ما سنوضحه من خلال هذا المطلب، من خلال التعرض لمفهوم النظرية (الفرع الأول)، ثم ننطرق إلى أوجه الشبه والاختلاف بينها وبين شرط إعادة التفاوض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة

تعتبر نظرية الظروف الطارئة،¹ أحدى التقنيات القانونية، المعتمد بها داخلياً لمعالجة تغير ظروف تنفيذ العقد، عند تعرضه لحدث طارئ فجائي غير متوقع عند إبرام العقد، يتسبب في اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، وينتج عن ذلك جعل التنفيذ أكثر إرهاقاً للمتعاقد، بما يتربّع عليها من خسائر تتجاوز في حدتها حد الخسارة العادلة المألوفة في التعامل.

وإن كانت الظروف الطارئة لا تجعل من تنفيذ العقد مستحيلة، لكن تتسبب في حدوث استحالة نسبية وليس مطلقة،² إلا أنها تؤدي اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، وهو مكمن الفارق في الدرجة وليس في الطبيعة بينها وبين القوة القاهرة ويمثل الإرهاق المعيار المناسب لتقرير هذه الدرجة، هذه الحالة التي يتعرض لها العقد عالجتها نظرية الظروف الطارئة المعتمد بها في الكثير من القوانين الداخلية، التي كانت محل تردد لفترات طويلة، ساهم

¹ يتكون مصطلح الظروف الطارئة من كلمتين، فمعنى الكلمة ظروف هي جمع ظرف وهي تعيّن البراعة ونقاء القلب وحسن العبارة وصدق بالشيء، فظروف الشيء يعني وعاءه، أما الكلمة طارئة وهي مشتقة من طرأ وهو ما احدث وخرج فجأة وطرا على القوم، أي يعني أتاهم فجأة من مكان بعيد ويقال للغرباء الطراء، راجع في ذلك: محمد بن يعقوب الفيروز آبادي مجد الدين، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، سنة 1993، ص 46.

² عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص 22.

فيها الفكر القانوني معتقدا أنها تتنافى مع استقرار المعاملات، وتعارض و مبدأ سلطان الإرادة.¹

وحتى نتمكن من معالجة نقاط التوافق والاختلاف بين نظرية الظروف الطارئة وشرط إعادة التفاوض، سنتطرق من خلال هذا الفرع إلى تحديد مفهوم نظرية الظروف الطارئة (أولاً)، ثم نتناول أوجه التقارب والتوافق والاختلاف بينهما (ثانياً).

أولاً : التعريف بنظرية الظروف الطارئة

نص المشرع الجزائري في المادة 107 من القانون المدني على أنه: "...غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوعي توقعها و ترتب على حدوثها أن تؤدي الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلة، صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضى تبعاً للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلًا كل اتفاق على خلاف ذلك".

من خلال نص المادة المذكورة أعلاه، يتبين أن المشرع الجزائري، وعلى غرار التشريعات العربية الأخرى، التي كانت سابقة في وضع تعريف اصطلاحى وقانوني لنظرية الظروف الطارئة، على خلاف التشريعات الغربية، ومن خلال نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري نلاحظ أن المشرع وضع ضوابط لبيان المقصود بالظروف الطارئة دون يتطرق إلى تلك الظروف الطارئة.

لقد اهتمت الكثير من التشريعات الوضعية والفقه، بتعريف نظرية الظروف الطارئة، وذلك بغرض تطبيقها على الحالات التي تتوفر فيها الشروط التي حددها القانون، فقد عرف بعض فقهاء القانون الظروف الطارئة بأنها: كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير

¹ نصت المادة 106 من القانون المدني الجزائري على أن: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون..." وأيضا المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي بنصها على أن: "الاتفاقات المعقودة على وجه شرعي، تعتبر مقام القانون عند من عقدوها".

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

متوقع الحصول أثناء التعاقد، ينجم عنه اختلاف في المنافع المتولدة عن عقد يتراخي تنفيذه إلى أجل أو آجال، بحيث يصبح تنفيذ المدين للالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقاً شديداً، ويهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألف في خسارة التجار، و ذلك كخروج سلعة تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة، وارتفاع سعرها ارتفاعاً فاحشاً غير مألف وغير متوقع¹.

كما عرفها البعض بأنها: "حالة عامة غير مألفة أو غير طبيعية، أو واقعة مادية عامة لم تكن في حسبان المتعاقدين وقت التعاقد ولم يكن في وسعها ترتيب حدوثها بعد التعاقد، و يترتب عليها تنفيذ الالتزام يكون مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة وإن لم يصبح مستحيلاً".²

وعرفها بعض الفقه الآخر أنها: "تلك الحوادث التي لا تؤدي إلى جعل تنفيذ التزام المدين مستحيلاً، لأنه لو صار مستحيلاً، لإنقضى الالتزام و انفسخ العقد، ولم يكن هناك مجالاً لتعديله".³

ويرى البعض بأن الظروف الطارئة هي: "الظروف التي تجعل تنفيذ التزام مرهقاً للمدين إرهاقاً يهدده بخسارة فادحة، مع إمكان التنفيذ رغم الإرهاق على أن لا تكون نتيجة الحادث انقضاء الالتزام بل وجوب رده إلى الحد المعقول".⁴

ثانياً: أثار نظرية الظروف الطارئة

¹ عبد الرزاق السنوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 805.

² محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، مكتبة زهران للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، طبعة 1987، ص 19.

³ سالم بن سلام بن حميد الفلطي، المرجع السابق، ص 25.

⁴ مصطفى أحمد الزرقا، شرح القانون المدني السوري، نظرية الالتزام، الطبعة 2، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، سنة 1960، ص 336.

إذا ما توافرت شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة، والتي سبق الإشارة إليها، جاز للقاضي بعد مراعاة مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وذلك لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد، وبذلك يسمح تطبيق النظرية للقاضي التدخل وتعديل العقد، بأن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول،¹ وبذلك يخول القانون للقاضي توسيع من مهامه التفسيرية للعقد إلى التدخل والتعديل، وبذلك تعتبر النظرية من النظام العام أي لا يجوز لأطراف العقد الاتفاق على استبعادها، فهي تهدف إلى تحقيق التوازن الاقتصادي للعقد في حالة تعرضه إلى تغير الظروف المحيطة به.

بذلك فالنظرية تقدم حماية للمدين في حالة تعرض التزاماته التعاقدية إلى إرهاق شديد قد تسبب في خسارة فادحة له، تتجاوز الحد المعروف أو المعقول.

و لا يعني تعلق النظرية بالنظام العام، أن القاضي يطبقها من تلقاء نفسه دون أن يطالب بها المدين، ويتبين ذلك من خلال استعمال المشرع الجزائري في نص المادة 107 من القانون المدني لعبارة (جاز للقاضي تبعاً للظروف..)، فالجواز هنا لا يقصد به أن للقاضي السلطة التقديرية في إعمال النظرية أو عدم إعمالها، بالرغم من توافر شروطها، بل يقصد بها أن القاضي لا يطبقها إلا إذا طلب منه المدين ذلك فلا يجوز للقاضي تطبيقها من تلقاء نفسه.²

يكون تدخل القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد من خلال ثلاثة طرق، إما بزيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، وإما بإيقاف الالتزام المرهق أو بوقف تنفيذ العقد.

أ) زيادة الالتزام المقابل:

كما أسلفنا القول إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، يتدخل القاضي بناء على طلب المدين المرهق لتخفيض عبء الالتزام إلى الحد المعقول، فالقاضي قد يرى

¹ عبد المنعم فرج الصدفه، المرجع السابق، ص362.

² ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص195.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

الوسيلة الفعالة في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول هي الزيادة في الالتزام المقابل، بحيث يتحمل الدائن جزءاً من الزيادة الغير متوقعة في ثمن الشيء محل الالتزام،¹

وهنا القاضي يراعي مصلحة الطرفين فالزيادة في التزام الدائن بتحمله جزء من ثمن البيع، تقلل من الخسارة التي يتحملها المدين، غير أن هناك جانب من الفقه يرى أن تدخل القاضي مقيد بتعديل التزام المدين و ليس التزام الدائن، وهو ما جاء في نص المادة 3/107 من القانون المدني الجزائري، والتي تفيد الإنقاص وليس الزيادة في الالتزام المقابل.

ويرى أنصار هذا الرأي أن نية المشرع هي إنقاص الالتزام و ليس الزيادة المقابل،² والدليل في ذلك أن المشرع عبر عن الزيادة في الالتزام المقابل في نص المادة 561 من القانون المدني بقولها: "إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول، بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتدعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الجرة أو فسخ العقد".

ب) إنقاص الالتزام المرهق:

يتدخل القاضي من أجل تخفيف الالتزام المرهق للمدين، من خلال إنقاص الالتزام المرهق سواء من حيث الكم أو الكيف،³ و تعود السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بإيقاص كمية معينة من السلعة أو المواد الملزمه بها المدين بتوريدتها وذلك بالقدر والكمية التي تجعل وترت الالتزام إلى الحد المعقول، كما في حالة ارتفاع سعر سلعة معينة في السوق بسبب عامل الندرة نتيجة اتخاذ الحكومة قرار منع استيرادها، أو نقلة إنتاجها أو لأي سبب آخر.⁴

¹ مروك أحمد، المرجع السابق، ص 73.

² فيلاي علي، النظرية العامة للعقد، "الالتزامات"، موق للنشر، الجزائر، سنة 2008، ص 380 وص 381.

³ عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص 107.

⁴ يوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، سنة 2012، ص 261.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

ويجوز للقاضي إنفاس الالتزام المرهق من حيث الكم، كما يجوز أيضا له أن ينقصه من حيث الكيف، ومثل ذلك في حالة تعهد تاجر بتوريد كمية من البضاعة ذات مميزات معينة متفق عليه في العقد، وفي مرحلة تنفيذ العقد طرأت حوادث حالت دون تمكن التاجر من توريد السلعة المتفق عليها، وأصبح ذلك مرهقا للمدين، يجوز للقاضي تعديل الالتزام والسماح للمدين بالوفاء بنفس الكمية المتفق عليها ولكن من صنف أقل جودة، يكون من الميسر الحصول عليها دون إرهاق المدين.¹

هذا وقد عرض جانبا من الفقه، تدخل القاضي في محل الالتزام بتغيير جوهره وما اتفقا عليه الطرفان، ما دام أن سلطته مطلقة في اختيار الوسيلة التي يرد بها الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، والقاضي هنا مقيد بالضوابط التشريعية التي تلزمه بمراعاة مصلحة الطرفين، ولا يجوز له إطلاقا تعديل نصوص العقد وبالتالي إذ غير الالتزام من حيث الكيف فذلك لا ينصب في مصلحة الدائن، لأنه سيحصل على صنف أقل جودة من المتعاقد عليه، وذلك أن نوعية السلعة قد تكون مقصودة لذاتها.²

واعتبر جانب آخر من الفقه، أن قيام القاضي بالترخيص للمدين بتقديم سلعة أقل جودة من المتفق عليها في العقد، يعتبر إعفاء له من التزامه، وهو أمر مخالف للقواعد العامة، ويتنافي ومبدأ القوة الملزمة للعقد، بحيث هنا في هذه الحالة تكون أمام قوة قاهرة.³

ثالثا: وقف تنفيذ العقد

من بين الوسائل المتاحة للقاضي في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، أمره بوقف تنفيذ العقد حتى ينتهي الظرف الطارئ إذا كان مؤقتا أو على وشك الزوال، و مثل ذلك تعهد مورد، بتوريد سلعة معينة ومواصفات الجودة المتفق عليها في العقد ولكن يحدث

¹ حسب الرسول الشيخ الفرازي، المرجع السابق، ص701.

² مروك أحمد، المرجع السابق، ص72.

³ Terki Nour Eddine, L'imprévision et contrat international dans le code civile Algérien Revue de droit et pratique de commerce international, 1982, p25.

ظرف طارئ أثناء مرحلة التنفيذ، يجعل ارتفاع الأسعار في السوق إلى الحد الذي يرهق المدين ويسبب له خسارة فادحة، ولكن الظرف يوشك أن يزول، فالقاضي يوقف التزام المورد إلى حتى يزول اثر الظرف الطارئ، بشرط أن لا يؤدي وقف تنفيذ الالتزام إلى ضرر جسيم بالطرف الدائن.¹

وقف تنفيذ العقد من طرف القاضي مشروط بأن لا يسبب ضررا للدائن، كما أن وقف التنفيذ إذا ما استغرق المدة المحددة لتنفيذ العقد، فذلك لا يؤثر على أجل تنفيذ الالتزام، حيث ينتقل لمدة جديدة تساوي المدة التي أوقف فيها الالتزام.²

وقد قضت المحكمة العليا بالجزائر في إحدى القضايا المطروحة أمامها بقولها: "أن قضاة المجلس عندما منحوا للمطعون ضدها، أجلا لتنفيذ التزاماتها معتمدين في ذلك على الظروف الأمنية الاستثنائية السائدة في المنطقة، والتي ترتب عنها عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة، يكونون قد طبقو القانون تطبيقا سليما".³

الفرع الثاني: أوجه التوافق والاختلاف بين نظرية الظروف الطارئة وشرط إعادة التفاوض

من خلال ما تم ذكره أعلاه حول نظرية الظروف الطارئة، يتبيّن لنا التقارب و التوافق بين هذه النظرية و شرط إعادة التفاوض، حيث تعد هذه النظرية من أقرب النظم القانونية المشابهة لشرط إعادة التفاوض، بل يوجد من اعتبرها السبب الرئيسي والجوهرى في نشوئه وذريوعه، إلا أن ذلك لا ينفي وجود بعض الفوارق الجوهرية فيما بينها، ولكن يبقى شرط إعادة

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 725.

² مروك أحمد، المرجع السابق، ص 75.

³ قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قضية رقم 212782، المؤرخ في 12/01/2000، المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد 1، ص 114.

التفاوض متميزة بطبيعته التعاقدية الخاصة، التي تجعله يختلف عن نظرية الظروف الطارئة في الكثير من الجوانب.¹

وستفصل فيما يلي أوجه التوافق الاختلاف بينهما كما يلي:

أولاً: أوجه التوافق بين نظرية الظروف الطارئة و شرط إعادة التفاوض

تشترك كل من نظرية الظروف الطارئة وشرط إعادة التفاوض في بعض الجوانب ذات الصلة و التي جعلت هناك تقارب و توافق بينهما والتي نبينها فيما يلي:

1- **وحدة المنشأ والأسباب:** بحيث تعتبر الأسباب التي تؤدي تطبيق نظرية الظروف الطارئة لمعالجة مشكل تغير الظروف المحيطة بالعقد أثناء مرحلة تنفيذه هي نفس الأسباب التي تؤدي إلى إعمال شرط إعادة التفاوض في العقود التجارية الدولية.

فتغير الظروف واحتلال التوازن هما الأساس الذي يبني عليهما كل تطبيق شرط إعادة التفاوض و نظرية الظروف الطارئة.

فالأسباب التي تحول دون تنفيذ العقد، كالحرب، أو الكوارث الطبيعية، أو حدوث اضراب داخل المنشآت الصناعية، أو صدور قرار حكومي يقضي بمنع خروج العمالة الصعبة، والتي تؤدي إلى احدث احتلال في التوازن الاقتصادي للعقد،² كل ذلك يؤدي بأطراف العلاقة التعاقدية إلى ضرورة إعادة التفاوض من أجل إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، أو يؤدي بالمدين إلى الطلب من القضاء من أجل إعمال نظرية الظروف الطارئة، لرد

¹ محمد محسن علي، المرجع السابق، ص 139.

² « Il faut que la hausse dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la formation du contrat de concession » Arrêt rendu par conseil d'état française, du 20 mars 1916.

راجع في ذلك: عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص 43.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، والتخفيض من الخسارة الفادحة التي تعرض إليها المدين لو استمر في تنفيذ التزامه دون تغيير أو تعديل.¹

اذن فكل من شرط إعادة التفاوض، ونظرية الظروف الطارئة يعتبران من الحلول التي يلجأ إليها طرفا العقد في مواجهة مسألة تغير الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، هذ التغير في الظروف هو العامل المشترك بين النظرية والشرط.

2-وحدة شروط تطبيق النظرية وشرط إعادة التفاوض: تشتراك نظرية الظروف الطارئة و شرط إعادة التفاوض في شروط التطبيق، فشروط تطبيق النظرية تكاد تكون نفسها شروط تطبيق شرط إعادة التفاوض، فيشترط لتطبيق كلاهما أن تكون هناك تغير في الظروف المحيطة بتنفيذ العقد نتيجة أحداث غير متوقعة وخارجية عن إرادة الطرفين، وتؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، مما يجعل من تنفيذ التزام المدين مرهقا و ليس مستحيلا و هو ما يشكل معيار التميز بين القوة القاهرة و الشرط و نظرية الظروف.

3-تعتبر العقود المستمرة والمتراخية في الزمن، المجال الخصب لتطبيق كل من شرط إعادة التفاوض والنظرية، فكل منها يشترط لتطبيقهما أن يكون هناك فاصل زمني بين إبرام العقد وتنفيذه، أي أن يتوجب أن يكون العقد في مرحلة التنفيذ تعرض إلى ظرف طارئ أحال دون استمرار في تنفيذ التزامات المدين مسببا إرهاقا شديدا ومهدهد بخسارة فادحة، فضلا عن ذلك فإن مجال تطبيق النظرية يقتصر على المجال التعاقدية في إطار التنفيذ وهو نفس الكلام ينطبق على شرط إعادة التفاوض.²

4-يتواافق شرط إعادة التفاوض ونظرية الظروف الطارئة في تحقيق هدف واحد وغاية واحدة تتمثل في الحفاظ على العقد، واستمراره في إنتاج أثاره وتحقيق الهدف من إنشائه وهو الهدف المشترك بين النظرية وشرط إعادة التفاوض.

¹ رشا علي الدين، المرجع السابق، ص 11.

² حياة محمد أبو النجا، المرجع السابق، ص 553.

ثانياً: أوجه الاختلاف بين نظرية الظروف الطارئة وشرط إعادة التفاوض

على الرغم من وجود أوجه التشابه والتطابق بين نظرية الظروف الطارئة وشرط إعادة التفاوض والتي بیناها على النحو السالف الذكر، إلا أن هناك أوجه اختلاف بينهما والتي نوجزها فيما يلي:

1-رأينا في الأثر المترتب على نظرية الظروف الطارئة في ثبوت الرخصة للمدين في أن يطلب من القاضي رد التزامه الذي بات مرهقاً إلى الحد المعقول، وهذا الأمر يمثل مظهراً من مظاهر العدالة الاجتماعية،¹ ومن هنا كان اتصالها بالنظام العام، على خلاف شرط إعادة التفاوض، الذي يعد من أهم الآليات الاتفاقيّة لمواجهة مشكل تغير الظروف، فالنظرية تعد من النظام العام لا يجوز لأطراف العقد الاتفاق على مخالفتها، بينما أساس قيام شرط إعادة التفاوض هو اتفاق الأطراف على قبوله واللجوء إليه في حالة تغير ظروف تنفيذ العقد.

2-يشكل تطبيق نظرية الظروف الطارئة حالة استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد، إذ أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز تعديله أو إنهاءه إلا باتفاق الأطراف، بينما النظرية تسمح للقاضي التدخل وتعديل العقد في حالة وقوع ظرف طارئ يؤدي إلى اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، مع منح القاضي السلطة التقديرية المطلقة في التعديل إما بإيقاص التزامات، أو إضافة التزامات أخرى أو التعديل في محل العقد، كفرض توريد سلعة بأقل جودة مما اتفقا الطرفين عليه أو الأمر بوقف تنفيذ العقد إلى غاية زوال الظرف الطارئ، بينما يعد شرط إعادة التفاوض تطبيقاً وتأييداً لمبدأ القوة الملزمة للعقد، أطراف العقد هم من يصوغون الشرط بإرادتهم وهم وحدهم من يقرر صياغته وشروط إعماله دون سواهم. بينما يتولى القاضي هو بتطبيق نظرية الظروف الطارئة بعكس الشرط.

¹ عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص102.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

3- الاختلاف في صفة الإلزامية في الشرط تختلف عنها في نظرية الظروف الطارئة، القاضي لا يمكنه تطبيق النظرية من تلقاء نفسه ما لم يطلب منه المدين ذلك،¹ و هذا بخلاف شرط إعادة التفاوض الذي يفرض على أطراف العلاقة التعاقدية إعادة التفاوض بحسن نية لمواجهة تغير الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، دون الالتزام إلى التوصل إلى حل أو اتفاق يعيد التوازن الاقتصادي للعقد مجددا.²

4- الاختلاف بين النظرية و شرط إعادة التفاوض في شروط تطبيق كل منها فالنظرية يتطلب تطبيقها أن يكون الحدث المسبب لتغير الظروف غير متوقع وخارجيا، وعاما واستثنائيا، ويترب عن اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد.

5- خلافا لشرط إعادة التفاوض الذي يكتفي بتطبيقه أن يكون غير متوقع وخارجيا و يؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد.³

6- تختلف آليات تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مسألة في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، عن آلية تطبيق شرط إعادة التفاوض، حيث أن المحكمة هي الجهة المخولة قانونا والقاضي هو المختص في تطبيق النظرية على الحدث المؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، من خلال الوسائل المتاحة له في تعديل العقد ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، طبعا بهد الموازنة بين مصلحة الأطراف،⁴ بينما الأمر يختلف في شرط إعادة التفاوض الذي تقتضي طبيعته التعاقدية منح الأطراف

¹ حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة2،دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة2010، ص490.

² محمد محسن علي، المرجع السابق، ص144.

³ L'adaptation judiciaire des modalités du contrat, lorsqu' un changement de circonstances entraîne un alourdissement des obligations contractuelles, se heurte trop souvent au principe de la convention-loi dans de nombreux systèmes juridiques. En conséquence c'est encore l'usage de la liberté contractuelle quisévère l'outil privilégié de couverture de tels risques.Ces risques consistent en un bouleversement des données initiales du contrat en vertu desquelles s'étaient engagées les parties et qui fait subir à l'une d'elles une rigueur injuste.voir, B. OPPETIT, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship, 1974, J.D.I, p.p.794-801.

⁴ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص203.

التعاقدية في اختيار الطريقة والوسيلة الملائمة لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد، فضلاً عن ما تتحققه آلية شرط إعادة التفاوض من المقبولية والعدالة خلافاً عن تلك الحلول الواردة في الحكم القضائي، كما هو الحال في نظرية الظروف الطارئة.¹

المبحث الثالث: الالتزامات المترتبة على إعمال القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض

تفتضي القواعد العامة في العقود، أن يحاول الأطراف تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية، لكن أثناء مرحلة التنفيذ قد تطرأ ظروف خارجة عن إرادة أحدهما لا تسمح له بمواصلة بتنفيذ التزاماته، وتجعله غير قادر على تنفيذ جزء منها أو كلياً، ليتحمل الطرف الآخر ضرراً معيناً، وطبقاً لمبدأ حسن النية يتوجب على المدين إخطار الدائن بالظروف الذي أحال دون تنفيذ التزاماته التعاقدية.

وفي المقابل يلتزم الدائن بالرد على هذا الإخطار، هذا الإجراء الشكلي ضروري لمباشرة عملية إعادة التفاوض حفاظاً على العقد التجاري الدولي، نظراً لما يمثله من أهمية كبيرة بالنسبة لطريقه، بل تتجاوز أهميته الاقتصادية والاجتماعية الدول التي ينتمي إليها طرفاً العقد.

ولهذا يسعى أطراف العقد التجاري الدولي الحفاظ على العلاقة التعاقدية، والعمل على بقاءها والاستمرار في تنفيذ العقد، تحت أية ظروف من خلال الجلوس مرة ثانية وإعادة التفاوض، لإيجاد الحلول المناسبة لتغير الظروف المحيطة بتنفيذ العقد.²

¹ رجب كريم عبد الإله، التفاوض على العقد، الطبعة 2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2000، ص 315.

² أكرم عبد نيسان، أثر تغير الظروف التعاقدية على تنفيذ عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة بين القانون العراقي والمصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، سنة 2021، ص 197.

وقد خلق الواقع التعاقدى وسيلة مهمة لحماية العقد والاستمرار في تنفيذه، وسيلة تمثل فنا تعاقديا جديدا ولد في كف التجارة الدولية، وتميز هذه العقود عن مثيلاتها الداخلية لأنها هو نظام إعادة التفاوض في العقد بحسن نية، بهدف الوصول إلى حل ودي، يرضي الطرفين ويضمن بقاء العقد.¹

وتراجيا على ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول الالتزام بالإخطار (المطلب الأول) ثم ننطرق إلى الأساس القانوني والجوانب الشكلية للأخطار (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الالتزام بالإخطار

يترب على إعمال شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، التزام الطرف الذي يواجه ظروفًا توفر فيها خصائص تحقق شرط إعادة التفاوض، أن يخطر الطرف الآخر عن الحدث وعن نتائجه على تنفيذ العقد، هذا الإخطار يسمح للطرف الآخر بالإحاطة بكل الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، حتى يمكن هذا الأخير من الاحتياط، واتخاذ كافة الإجراءات التي من شأنها أن تقلل من الخسائر التي قد تصيبه، نتيجة الظرف المؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، بحيث يعتبر الالتزام بالإخطار إجراء شكليا، تفرضه طبيعة شرط إعادة التفاوض ونظام إعماله على المدين، وذلك بإخطار الدائن عن وقوع الأحداث التي أخلت بالتوازن الاقتصادي للعقد² تمهدًا لتفعيل عملية إعادة التفاوض، حيث يترب عن إخلاله بهذا الالتزام فقدان لحقه في التمسك بإعادة التفاوض.³

هذا ما سنتطرق إليه من خلال التعرض إلى مضمون الالتزام بالإخطار (الفرع الأول) ثم نعالج إلى مضمون الالتزام بتخفيف الضرر (الفرع الثاني).

¹شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص176.

²محمد محسن علي، المرجع السابق، ص269.

³«En général, les clauses de hardhip prévoient que la partie qui estime réunies les condition de la réadaptation doit aviser son cocontractant de la souvenance de l'événement a l'origine du changement allégué ainsi que l'étendue de la rigueur subie et de moyens proposés pour y remédier ; l'autre partie doit alors faire sa position dans un bref délais».

أشار إليها: هي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص105.

الفرع الأول: مضمون الإلتزام بالإخطار

تقتضي العقود التجارية الدولية من الأطراف المتعاقدة ضرورة مسيرة الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، وأن يكونا طرفا العقد التجاري الدولي على دراية تامة بكل التغيرات المصاحبة لفترة التنفيذ المحددة فيه، فإذا أحاطت بالمدين ظروف منعه من تنفيذ التزامه فليس بالضرورة أن يكون الدائن على علم بأمرها، لاسيما في مجال عقود التجارة الدولية التي تبرم عادة بين أشخاص يوجد كل واحد منهم في دولة مختلفة، لذلك عند إبرام العقد، يتفق أطراف العقد على التزام كل واحد منهم بإخطار الطرف الآخر عن الحدث الذي يعيق تنفيذ التزاماته، عند وقوعها، ويتضمن الإخطار كل الجوانب المتعلقة بالتغيير في الظروف التي أصابت تنفيذ العقد وحالت دون مواصلة أحد أطرافه، وأعاقته عن تنفيذ التزاماته.

أولاً: معنى التزام المدين بالإخطار

على عكس القوانين والتشريعات المحلية، التي لا تغير اهتمام كبير لمسألة إخطار المتعاقد الذي يواجه استحالة أو صعوبة في التنفيذ، المتعاقد الآخر بحالة القوة القاهرة أو بالظروف الطارئة، فإن شرط إعادة التفاوض في العقود الدولية، يرتب التزام المدين بإخطار الدائن بكل الأحداث والمخاطر، حتى يتم العلم بكل المستجدات الحاصلة في العقد التجاري الدولي¹.

¹Lorsqu'un changement de circonstances entraîne l'avènement d'un cas de force majeure, la poursuite de l'exécution du contrat se trouve profondément perturbée. La partie qui souhaite s'en prévaloir entraînera l'adaptation semi-automatique du contrat. Or, cette adaptation pourra amener des conséquences aussi dramatiques que la terminaison même de la relation contractuelle. Il importe donc que le cocontractant soit rapidement prévenu de la survenance de l'événement de force majeure et que la preuve lui en soit apportée.

ويعرف الفقه الإلزامي هو إعلان أو تبليغ أو إشعار، يصدر من أحد المتعاقدين إلى الآخر، لإعلامه وبشكل رسمي بوقوع عمل أو واقعة قانونية معينة.¹

وعرفه البعض الآخر من الفقه بأنه إجراء شكلي يتمثل في التزام² يقع على عاتق المدين، تنظمه أغلب عقود التجارة الدولية، لغرض إعلام الدائن بالأحداث والظروف المتغيرة ونتائجها، و يؤدي عدم الالتزام به إلى سقوط الحق في التمسك بشرط إعادة التفاوض.³

كما يعرفه جانب آخر من الفقه الإلزامي بأنه: "الالتزام الذي بواسطته ينبع به أحد أطراف العقد الطرف الآخر على مخاطر التعاقد ومنافعه و يجعله على بيته من ظروف التعاقد".⁴

ويعرف الالتزام بالإلزامي في عقود التجارة الدولية على أنه: "الالتزام يرتبط بالشفافية أي الصدق والصراحة في تقديم المعلومات، فلا يجوز بموجبه لأحد الأطراف المتفاوضة إخفاء شيء عن الطرف الآخر، و تركه مخدوعا في أمر يعلم حقيقته".⁵

يتبيّن من خلال ما سبق الإشارة إليه، أن المدين المتعثر يقع على عاتقه الالتزام بالإلزامي في حالات التغير في الظروف ونتائجها المحتملة، ودرجة تأثيرها في تنفيذ التزاماته التعاقدية، إذ لا يكفي أن يقع الحدث المخل بتوافر العقد، لتفعيل آلية إعادة التعاقد بشأنه، بل يجب من الطرف المتضرر،⁶ إلزام الطرف الآخر حيث يرى الأستاذ

¹ عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ب.د.ن، ب.ب.ن، طبعة 1974، ص 1671.

² DEJUGLART (M), L'obligation de renseignement dans les contrats, RTD. Civ, 1945, p.01.

³ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 462.

⁴ أكرم عبد نيسان، المرجع السابق، ص 199.

⁵ أحمد ركي يحيى الجبوري، التنظيم القانوني لعقد تجهيز الطاقة الكهربائية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، سنة 2013، ص 56.

⁶ يعرف الطرف المتضرر على أنه: "المتعاقد الذي يمس أولا و مباشرة بوقوع الحدث المخل بالعقد، كما أنه معرض أن يجد نفسه في وقت قصير في وضعية تمنعه من تنفيذ التزامه الرئيسي بسبب مخاطر كبيرة بالنسبة لتنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته".

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

OPPETIT أن: شروط إعادة التفاوض تفترض في الأصل أن يقوم الطرف الذي يقدر أن شروط التعديل قد توافت، بإخطار المتعاقد الثاني بوقوع الحدث المؤدي إلى حدوث التغير المزعوم، وكذا حجم الضرر الذي أصابه والآليات التي يقترحها لتجاوزه، وعلى المتعاقد الثاني أن يعبر عن موقفه في أسرع وقت.¹

ويعد التزام أحد الأطراف بإخطار الطرف الآخر بالتغييرات في الظروف التي تحدث أثناء مرحلة تنفيذ العقد، هو التزام يجد جذوره في أحكام القوة القاهرة، حيث يعد التزاما عاماً متفق عليه في كافة الأنظمة القانونية، وإن كان البعض منها لا ينص عليه بشكل صريح.¹

إلا أن أهميته تزداد على مستوى العقود التجارية، نظراً لما تميز به من قيمة مالية ضخمة، وانعكاس تنفيذها أو عدم تنفيذها على الحياة الاقتصادية للدولة بشكل عام، وتعاظم الأضرار الناتجة عن عدم تنفيذ العقد، واتساع فرص المحافظة عليه، بالرغم من الظروف السيئة التي قد يواجهها تنفيذه.²

ولا يختلف الأمر عند فقهاء التجارة الدولية، بالنسبة لشرط إعادة التفاوض والذين بدورهم يؤكدون أن طبيعة هذا الشرط ونظام إعماله، يفرضان على المدين بالتنفيذ التزاماً عاماً بإخطار الدائن عن وقوع الأحداث التي قد أخلت بتوافر العقد، والتي أصابته بضرر فادح، وكذلك الحلول المقترحة من جانبه لمواجهة هذه الأحداث، حتى يتسعى لهذا الطرف

La partie victime « c'est le contractant qui touche, le premier et directement par la survenance de l'événement déstabilisateur, risque de se trouver à court terme, dans une situation susceptible de l'empêcher d'exécuter son obligation, entraînant éventuellement des risques graves quant à l'existence même de son partenaire,

راجع في ذلك: هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 105.

¹ رضا محمد إبراهيم عبيد، الإلتزام بالتسليم في القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، سنة 1979، ص 475.

² شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 462.

الأخير المشاركة في إعادة التفاوض، وان يكون لديه العلم الكافي بكل الظروف المحيطة بتنفيذ العقد.¹

وعلى الرغم من أهمية الإخطار بوقوع الحدث المخل بالعقد، إلا شروط إعادة التفاوض نادراً ما تشير إليه، حيث يفسر ذلك الأستاذ PHILLIPE أن سبب عدم الإشارة إلى الالتزام بالإخطار في شروط إعادة التفاوض، يرجع إلى أن الأحداث الغير متوقعة غالباً ما تكون ذات طبيعة اقتصادية، حيث يسهل على الجميع معرفتها ذلك ليس هناك من حاجة إلى الإشارة إلى التزام المدين بالإخطار.²

ومن الشروط التي أشارت إلى الالتزام بالإخطار الشرط الذي قضى بأنه: "في حالة ما إذا حدث بعد تاريخ سريان العقد، تغير في التشريعات أو اللوائح... حينئذ يخطر المقاول الهيئة بهذا التشريع أو اللائحة، وقد جاء هذا الشرط تحت رقم 19 من الترخيص الصادر لوزير البترول في التعاقد مع هيئة البترول وشركة "أيوك كو إنك" وهيئة التمويل الدولية بشأن البحث عن الغاز و استعماله.³

كما قضى شرط آخر بأن: "يلتزم كل طرف بالدخول في المفاوضات لإعادة التوازن الأساسي للعقد وإخطار الطرف الآخر كتابة بالصعوبات التي تواجه التنفيذ...".⁴

وكذلك الشرط الذي ينص على أن: "يعلم البائع المشتري بخطاب مسجل بوقوع القوة القاهرة في مدة 15 يوماً من وقوع الحدث.. و يجب أن يعلم المشتري في الحال عند نهاية

¹OPPETIT (B): Op. Cit, p.806.

²« peut être les phénomènes d'imprévision fort souvent de nature économique, sont-ils plus facilement connus de tous... »PHILLIPPE V.D., pacta...Op.cit,p.224.

³هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص106.

⁴شريف محمد غنام، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص472.

القوة القاهرة، و الشرط الذي ينص على أن "الطرف الذي يتمسك بحالة القوة القاهرة يجب أن يعلم الطرف الآخر بإخطار مكتوب موضحا فيه وقوع الحدث ومدته".¹

وتبعاً لذلك فإن شرط إعادة التفاوض يقتضي أن يتم الإخطار بسرعة وفي أقرب الآجال بعد وقوع الحدث المخل بالعقد، وحيث يؤكد الأستاذ PHILLIPE أنه: "يجب أثناء ذلك استبعاد مطالبة الطرف الذي يتاخر في إثارة مسألة تغير الظروف بإعمال أثار الشرط أي شرط إعادة التفاوض بأثر رجعي لعدة أشهر قبلًا".²

ومن جهة أخرى يرى الأستاذ REINE أهمية الإخطار بقوله: "إن فرض مثل هذا الإخطار العاجل للمتعاقد الثاني، يشير بصورة مؤكدة، إلى روح شرط إعادة التفاوض كآلية تهدف إلى المحافظة على وجود العقد، وعلى أية حال يتتيح ذلك أولاً للطرف المتضرر من الحد من خسائره، و ذلك بإيجاد بديل مناسب في أقرب الآجال، كما يصب ذلك أيضاً في مصلحة المتعاقد الثاني، حيث أنه وإن كان هذا الأخير يستفيد في أول الأمر الأداء المرجو من الصفقة، إذ يمثل له هذا المقابل، بالنظر إلى طبيعة وأهمية هذا النوع من العقود مصلحة ضرورية".³

وكذلك حتى الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية لم تطرق، ولم تنص على إلزامية الإخطار بوقوع الأحداث المخلة بتوافر العقد، لذلك اتجه بعض الفقه إلى اعتبار

¹ LE ROYE (D), *La force majeure dans le commerce international*, Thèse de doctorat en Droit privé, université de paris, France, 1991, P.674.

² «il faut cependant éviter qu'une partie ; invoquant tardivement un changement de circonstances, ne veuille faire rétroagir plusieurs mois auparavant, les effets de la clauses».PHILLIPEV.D, *pacta...*Op.cit, p.224

³ « Une telle exigence d'informations rapide du partenaire témoigne, sans conteste de l'esprit de la clause de hardship entant que mécanisme visant à sauver l'existence du contrat. En effet, elle permettra d'abord à la partie victime de limiter ses pertes en trouvant un substitut adéquat dans les plus brefs délais. De même elle profitera au partenaire au contrat car, si ce dernier bénéficie dans un premier temps du déséquilibre, il tend, peu à peu, à devenir victime à son tour des lors qu'il ne peut plus recevoir la contrepartie espérée de l'opération, or, une telle constitue pour lui, en égard la nature et à l'importance de ce genre d'engagement, un intérêt vital. » voir ,

ALACHKARV.R, *clause de hardship et clause d amiabiles compositions*, thèse doctorat, paris II, France, 2010, p.133

الإخطار بوقوع الأحداث المخلة بتوازن العقد على أساس الإخطار بالقوة القاهرة، حيث أن النصوص الدولية التي عالجت مسألة الإخطار في القوة القاهرة كالشرط النموذجي الذي أعدته غرفة التجارة الدولية CCI الخاص بالقوة القاهرة والذي نص في بند الرابع على أنه: **مع الأخذ بعين الاعتبار الفقرة 6، يعفى الطرف الذي يثير الشرط موضوع الحال في حالة تطبيقه من واجبه بتنفيذ التزاماته العقدية من لحظة حدوث القوة القاهرة، شريطة أن يخطر في أقرب الآجال الطرف الآخر...**¹.

وكذلك نص المادة 3/7.1.7 من مبادئ القانون الموحد Unidroit، والتي قضت أنه: **على المدين أن يخطر الدائن بوجود العائق "القوة القاهرة" وأثاره على قدرته على التنفيذ...**².

ثانياً: الجوانب الشكلية في الإخطار

بعدهما بين أن كل من القوة القاهرة و شرط إعادة التفاوض، يفرضان على المدين التزام بالإخطار بغض الاستفادة من أحکامهما في تخفيف الضرر عن المدين، نتيجة الحدث الذي صاحب الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، و حيث أنه سبق لنا ان عرفنا الإلتزام بالإخطار الذي يقع على عاتق المدين، بأنه إجراء شكلي يتم بطريقة معينة، يتبعها المدين من أجل إعلام الدائن عن التغير في الظروف.

وعليه سوف ننطرق الى نقطتين أساسيتين هما طريقة الإخطار أولا ثم مدة الإخطار ثانيا.

¹ «Une partie invoquant la présente clause avec succès est libérée, sans réserve du paragraphe 6 ci-après, de son devoir d'exécuter ses obligations contractuelles, et ce à compter du moment où l'événement de force majeure empêche cette exécution, à la condition qu'une notification en soit donnée sans délai à l'autre partie.. ».

V ALACHKAR.R, Op.cit, p.10

² « 7.1.7/3 : Le débiteur doit notifier au créancier l'existence de l'empêchement et les conséquences sur son aptitude à exécuter... »,

أ) طريقة الإخطار:

لم تهتم شروط القوة القاهرة و شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، بشكل الإخطار، فأغلبه تتطرق إلى حدوثه دون أن تهتم بتحديد مثلكه ومنه ذلك الشرط الذي ينص على أن: "الطرف الذي يتمسك بالقوة القاهرة يجب أن يخطر الطرف الآخر...".¹

وأيضا الشرط الذي ينص على أن: "الطرف الذي يتمسك بوقوع حدث القوة القاهرة في مفهوم هذا العقد، يجب أن يخطر الطرف الآخر في أقرب وقت ممكن و بكل وسيلة"،² وهو نفس الأمر بالنسبة لاتفاقية التجارة الدولية والشروط النموذجية الخاصة بالتجارة الدولية، حيث نجد في المادة 79 الفقرة الرابعة من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع فيينا لسنة 1980 والتي تحدثت عن ضرورة إخطار الدائن بوقوع حدث القوة القاهرة من دون أن تلزم الطرف مقدم الإخطار بأن يراعي شكلًا معينا عند القيام به.³

ومع ذلك توجد بعض الشروط تتطلب شكلًا معينا كالإخطار بالكتابة، ومثل ذلك الشرط الذي ينص على أنه: "يجب أن يخطر الطرف "أ" "الطرف "ب" كتابة بوقوع حدث القوة القاهرة".⁴

أما بخصوص دليل اليونسترال الخاص بصياغة العقود الدولية لسنة 1988 فقد اشترط صراحة على أن يكون الإخطار مكتوبًا حيث أشار إلى أن الطرف المضرور يستطيع التمسك بشرط إعادة التفاوض من خلال إشعار خطى إلى الطرف الآخر، يخطره بحدوث التغير في الظروف الذي يعيق تنفيذ العقد.⁵

¹ Le Roye (d), op.cit, p.683

² Fontaine, op.cit, p.222

³ محمود محمد علي صبره، ترجمة العقود التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1991، ص.65.

⁴ Le Roye (d), op.cit, p. 750

⁵ انظر في ذلك البند A-1 من الفقرة 2 من الفصل 22 من مبادئ اليونسترال.

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

كذلك الحال بالنسبة لشروط الكوميكون¹، وكذلك الشروط العامة التي وضعتها اللجنة الاقتصادية الأوروبية، والتي تتضمن على وجوب أن يكون الإخطار مكتوباً، حيث أن شروط الكوميكون، ونماذج اللجنة الأوروبية تتفق جميعها على أن يتم الإخطار بأقصى سرعة ممكنة، وأن وردت في صيغ مختلفة.²

يعتبر القول مما سبق، أن معظم اتفاقيات التجارة الدولية، والتشريعات الوطنية لم تحدد شكلًا معيناً يتم به الإخطار، أما بالنسبة للشروط التعاقدية فقد انقسمت بين من يشترط الإخطار دون تحديد شكله، ومنه ذلك الشرط الذي ينص أن: "على الطرف الذي يتمسك بوقوع حدث القوة القاهرة في مفهوم هذا العقد يجب أن يخطر الطرف الآخر في أقرب وقت ممكن وبكل وسيلة".

والبعض الآخر اشترط الكتابة عن طريق برقية أو فاكس أو تيلفون على أسماء أن شكل الإخطار يبقى متrox لإرادة الأطراف حسب كل حالة بما يضمن عدم التعارض بين الشكل والسرعة المطلوبة التي يجب أن يكون بها الإخطار.³

¹ الكوميكون هو مجلس التعاون الاقتصادي المتبادل CMEA والذي يطلق عليه أيضاً منظمة التعاون الاقتصادي الدولي هي منظمة انشئت في جانفي 1949 لتسهيل و تنسيق التنمية الاقتصادية لدول أوروبا الشرقية التي كانت تابعة للإتحاد السوفيتي، أما شروط الكوميكون هي مجموعة من الشروط قام بوضعها مجلس التعاون الاقتصادي لدول الكوميكون، وهي شروط عامة لعقود البيع التي تبرم بين الدول الأعضاء في مجلس التعاون الاقتصادي، وعلى رأسها الإتحاد السوفيتي سابقاً، وتكون هذه الشروط واجبة التطبيق على عقود مؤسسات التجارة الخارجية كافة، وإن لم تشير إليها عقودها الخاصة، وقد وضعت هذه الشروط لأول مرة سنة 1958، ثم أعيدت صياغتها سنة 1968، و تتكون هذه الشروط من 74 مادة جميعها تتضمن قواعد موضوعية، علماً أن هذه الشروط لم يعد لها مجال التطبيق عقب انهيار النظام الشمالي، بل نذكرها لأهميتها في نجاح تنظيم البيوع الدولية.

راجع في ذلك: ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 494.

² نزيه المهدى، الإلتزام قبل التعاقد بالدلاء بالبيانات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1990، ص 213.

³ La procédure de notification pourra prendre de multiples formes : lettre recommandée, fac-simile, câble, télégramme ou appel téléphonique confirmé par écrit. Ille p est évidemment nécessaire d'y procéder le plus rapidement possible. Certaines clauses accordent un délai, mais il ne dépassera généralement pas 30 jours. Fontaine, op.cit, note 20, p.222.

ب) مدة الإخطار:

على عكس طريقة وشكل الإخطار فقد أولت التشريعات الوطنية واتفاقيات التجارة الدولية، أهمية للمدة الواجب خلالها إتمام الإخطار، وقد أعطتها أهمية واهتمامًا كبيرين، حيث أنها تشرط أن يتم الإخطار في وقت ملائم لا يتعدى في جميع الأحوال الوقت المحدد للتنفيذ، نظراً لخطورة النتائج التي تترتب على الحدث المكون للقوة القاهرة أو شرط إعادة التفاوض.

ويأتي الهدف من تحديد المدة هو المعيار الذي يتحدد على أساسه إمكانية إسناد الخطأ لأي من الطرفين خاصة الطرف المدين لعدم احترامه واجب الإخطار ففي التشريعات الوطنية يتم تحديد المدة الواجب أن يتم فيها الإخطار باستعمال عبارة دون "إبطاء"، و كذلك عبارة في "أسرع وقت ممكن" أو في "أقرب وقت ممكن" أو "في أقرب وقت متاح و مفید" أو "في مدة معقولة".

وكلها عبارات تفيد وجوب الإخطار على وجه السرعة ومنها الشرط الذي ينص على أن: "يلتزم الطرف المتضرر من حدوث ظروف قهريّة أو طارئه إخطار الطرف الآخر بذلك من فور حدوث الضرر و مناطقه و المدة الالزامه لاستكمال التزاماته ثانية...".¹

وعلى الرغم من الأهمية التي توليه التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية في تحديد مدة الإخطار، إلا أن هناك عقوداً لا تتعرض ضمن شروطها لتحديد هذه المدة، ويفسر جانب من الفقه ذلك بأن الأطراف يفضلون أن يتركوا تحديد المدة لقواعد العامة التي توجب إتمام الإخطار بأسرع وقت ممكن.²

ومن جانبنا نرى أنه لا يجب أن يفتح باب تحديد المدة لقواعد العامة، و الذي يمكن أن ينتج عنه خلاف حول المعيار الواجب التطبيق في تحديد المدة، و نفضل حسب رأينا أن

¹Fontaine, op, cit, note 20,p.223.

²Fontaine, op, cit, note 20, p.225.

يتلق الأطراف على مدة معينة، تدرج في العقد تحدد المدة الواجب على كل طرف احترامها في الإخطار، وعلى أساسه يمكن اعتبار مبدأ الأزمنة في تحديد لحظة بدأ مسؤولية كل طرف.

الفرع الثاني: التزام الدائن بالرد على المدين

إذا كان كل من شرط القوة القاهرة، وشرط إعادة التفاوض يلقيان بالالتزام على المدين بالإخطار عن حدث تتوفر فيه شروط قيام حالة القوة القاهرة أو شروط المراجعة المنصوص عليها في شرط إعادة التفاوض، فإنهما يلقيان بالالتزام مقابل على الدائن بالرد على الإخطار من أجل التمهيد للقاءات بين الطرفين لبحث مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد، واقتراح الحلول المناسبة والكافية لتجاوز أثر هذا التغير.¹

كما يقع على عاتق الدائن التزام آخر، وهو الالتزام بالحضور للتفاوض، من أجل مراجعة العقد وتعديل بنوده حتى يتناسب مع الظروف الجديدة،² حيث أن مبدأ حسن النية الذي يسود العلاقات التجارية الدولية يفرض على الدائن البحث من جانبه عن الحلول المناسبة لمعالجة التغير في تنفيذ العقد، ولا يمكنه الاحتياج بعدم وصول الإخطار من طرف المدين.³

ويذهب بعض الفقه إلى أن على الدائن في هذه الحالة التزاماً يشابه التزام المدين، فيجب عليه أن يثبت حسن نيته وحرصه للذان يفرضان عليه، وفقاً لظروف أن يبحث عن المعلومات والبيانات التي من شأنها أن تساعده في اتخاذ الإجراءات المناسبة للموقف، ولا

¹ أكرم عبد ريسان، المرجع السابق، ص 201.

² مريم بلهوان، شرط إعادة المراجعة في عقود التجارة الدولية، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد خاص، المغرب، سنة 2017، ص 38.

³ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 494.

ينظر حتى يصله إخطار من المدين الذي قد لا يعلم هو بنفسه بوقوع الحدث أو بتفاصيل أكثر منه.¹

كما يتوجب أن يتميز الالتزام بالإخطار بالشفافية والوضوح في تقديم المعلومات حول الحدث المحيط بتنفيذ العقد،² فلا يجوز لأي طرف أثناء مرحلة المفاوضات، أن يخفي شيئاً عن الطرف الآخر تطبيقاً لمبدأ التفاوض بحسن نية.

ويميل الباحث إلى هذا الرأي بخصوص تحرك كل من طرفي العقد سواء المدين أو الدائن، عند حدوث ظرف من شأنه أن يعيق تنفيذ العقد المبرم بين الطرفين، ويجب أن لا يتضرر أحدهما أن يختره بالحدث الذي يمثل حالة من حالات القوة القاهرة، أو يستوجب شروط المراجعة للعقد، ومن جهة أخرى تؤيد الرأي القائل بضرورة إعادة التفاوض وبحسن نية، مع احترام مبدأ الشفافية، والتزاهة أثناء مرحلة التفاوض مع إخطار كل طرف الآخر عن كافة المعلومات وعن الظروف المحاطة بتنفيذ العقد.

أولاً: مضمون الالتزام بالرد على الإخطار

كما أسلفنا الذكر أن الدائن يلتزم بعد إخطاره من قبل المدين، بالرد عليه تحضيراً لعقد اجتماع تمهدى لدراسة مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد، هذا الالتزام تقتضيه شرط إعادة التفاوض، الذي يتوقف على اتفاق الأطراف على ما يرتبه تغير ظروف التنفيذ على التزاماتهم، وتبداً هذه العملية من خلال قيام المدين المتضرر بإخطار الدائن الذي يقدم رؤيته للحلول المناسبة لمواجهة الظرف المصاحب لتغير في ظروف التنفيذ.³

¹ JOURDIN (P) Le devoir de se renseigner, contribution à l'étude de l'obligation, chro, 1983, p.139.

² محمد محسن علي، المرجع السابق، ص 292.

³ هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 113.

ثانياً: جزاء عدم الرد على الإخطار

يفتضي مبدأ حسن النية المعمول، أن يستجيب الدائن لإخطار مدينه الموجه له بالرد عليه إيجاباً أو سلباً، ويعتبر عدم الرد والتزام الدائن الصمت أمر لا يتماشى مقتضيات التجارة الدولية، وهو ما جعل المحكمين الدوليين يتخذون موقفاً صارماً اتجاه الصمت الذي يبديه الدائن اتجاه مدينه، واعتبروه سكوتاً ملابساً.¹

وفي هذا المجال يقول الأستاذ REINE من أجل الكشف عن رضا ونية المتعاقدين، وبدون ميل إلى حد معارضة المبدأ القائل "من لم يقل كلمة فهو راض" فإن المتعاقدين يلجهون إلى تحليل دقيق للظروف المحيطة بهذا السكوت، كما أن طول مدة العلاقة التعاقدية لا تسمح بتسخير بسيط على أنه توقف دائم، وتطبيقاً لذلك فإن الإمضاء المسبق على الوثائق المتضمنة لمبدأ التعديل يمكن حمله على أنه قبول ضمني للتعديل البعدي من قبل "المتعاقد الساكت".²

المطلب الثاني: الالتزام بتحفييف الضرر

يكون الهدف الأساسي من إبرام العقد التجاري الدولي، هو استمرار العقد في إنتاج أثاره ن وتحقيق الغاية من إبرامه، و لذلك فقد توصل اتفاق الأطراف أو الاتفاقيات الدولية إلى مجموعة من الحلول، لمواجهة التغير في الظروف من أجل الحفاظ على العقد وتكيفه مع الظروف المصاحبة لتنفيذها، ومن بين تلك الحلول رأينا شرط إعادة التفاوض، الذي بدوره

¹ نصت المادة 68 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في الوقت المناسب، ويعتبر السكوت الملابس على الرد قبولاً إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو كان الإيجاب لمصلحة من وجه له".

² «Pour déduire l'assentiment du partenaire, les parties sans pour autant aller jusqu'à contredire la maxime « qui ne dit mot conscient », procèdent à une analyse méticuleuse des circonstance du fait qui entourent ce silence. Ainsi, les longues relations contractuelles entretenues par les parties ne permettent pas de déduire du simple silence d'une partie une abstention pure et simple. Dans le même ordre d'idées, la signature préalable de documents reconnaissant le principe de la révision peut être considérer comme une acceptation tacite de la révision ultérieure par le contractant silencieux». ALCHKAR (R), Op.cit, p.136

يفرض على طرفي العقد إبداء قدر من التعاون فيما بينهم للحفاظ على العقد، و كما رأينا أن التفاوض بحسن نية يفرض على المدين الذي يواجه حدث يمثل قوة قاهرة، أو يدخل ضمن إطار شرط إعادة التفاوض أن يقوم بإخطار الدائن بوقوع الحدث و باثاره في أسرع وقت ممكن، و باتباع شكل معين للإخطار سواء كان مدرج ضمن شروط العقد، أو تطبيقاً للقواعد العامة المعهود بها في التشريعات الوطنية، وفي المقابل يفرض حدث القوة القاهرة أو شرط إعادة التفاوض على الدائن أن التزام ببذل قصارى جهده لتخفييف الضرر، وهو ما سنقوم بتوضيحه بالطرق إلى الأساس القانوني للالتزام بتحفييف الضرر (الفرع الأول) ثم نبحث جراء مخالفته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأساس القانوني للالتزام بتحفييف الضرر

يستمد الأساس القانوني للالتزام بتحفييف الضرر في عقود التجارة الدولية من إرادة الأطراف كما هو منصوص عليه في اتفاقيات التجارة الدولية، والشروط النموذجية المتعلقة بها، و كذلك تؤكد قرارات التحكيم التجاري الدولي على إدراجها في العقد، ومن أمثلة ذلك الشرط الذي جرى نصه على أنه: "إذا قابل تسلیم هذه المعدات عقبة تعلقها كلياً أو جزئياً، وتمثل قوة قاهرة، يلتزم البائع بإخطار المشتري ببرقية بهذا الحدث، ويلتزم أيضاً بإخطار المشتري بالعودة إلى الحالة الطبيعية، ونحوه القوة القاهرة إن حدث ذلك".¹

¹ Kahn (Philip), op.cit, p.477.

أولاً: إرادة الأطراف

إرادة الأطراف لها دور كبير في إبراز الالتزام بتحفيض الضرر، بحيث يحرص الأطراف على إدراجه في شروطهم التعاقدية، ويعبر الأطراف عن هذا الالتزام بصياغة عامة، وقد يتفق الأطراف بجعل هذا الالتزام ببذل عناء أو تحقيق نتيجة، حيث يفرض على عاتق كل طرف أن يظهر الحرص المعتمد من أجل تنفيذ التزاماته.¹

كما يوجد الكثير من التشريعات الوطنية التي تنص على هذا الالتزام ونذكر منها القانون المدني الجزائري و الذي جاء في نص المادة 182 فقر 1 بقولها أنه: "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو بنص من القانون، فالقاضي هو الذي يقدرها، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية إذا لم يكن باستطاعة الدائن أن يتوقف ببذل جهد معقول".

ويعني نص المادة أن الدائن لا يتم تعويضه عن الأضرار التي تعرض لها، إلا إذا كانت نتيجة طبيعية، ويتم تقدير ذلك أن الدائن لا يستطيع أن يتوقف بجهد معقول، وبعد ذلك هو الضابط الذي يتم الاستناد إليه.

وهو كذلك ما نص عليه المشرع المصري من خلال نص المادة 221 من القانون المدني المصري و التي تنص على أنه: "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو بنص من القانون، فالقاضي هو الذي يقدرها، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية إذا لم يكن باستطاعة الدائن أن يتوقف ببذل جهد معقول".²

¹ علاء الدين عبد الله الخصاونة، الجوانب القانونية للالتزام بإعادة التفاوض و مراجعة العقود، دراسة في القانون الأردني و الفرنسي، و مبادئ القانون الموحد حول التجارة الدولية و مبادئ القانون الأوروبي، مجلة الحقوق، العدد 1، جامعة الكويت، سنة 2014، ص 258.

² محسن شفique، المرجع السابق، ص 244.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

والالتزام بتخفيف الضرر لا يمثل فقط في تصرف سلبي بعدم زيادة الضرر فحسب، وإنما يتمثل كذلك في التزام إيجابي بعمل شيء بتخفيف الضرر، بمعنى أنه يقوم بأي عمل من أجل تخفيف الضرر.¹

ويعتبر مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، هو المرجع الرئيسي في تأسيس هذا الالتزام، خاصة في عقود التجارة الدولية، فمبدأ حسن النية يلزم كل طرف أن يكون أمينا في تنفيذ التزاماته التعاقدية اتجاه المتعاقد الآخر، وأن يبذل كل ما في وسعه لكي لا يضر به وذلك بعدم ترك الخسارة تتفاقم مما يزيد من مسؤولية الطرف الآخر، فالالتزام بتخفيف الضرر يعتبر أحد المبادئ المستوحاة من مبدأ حسن النية.²

ثانياً: الاتفاقيات الدولية وقرارات التحكيم

تحرص اتفاقيات التجارة الدولية على النص صراحة على الالتزام بتخفيف الضرر، بالرغم من اعتباره تطبيقاً لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، ومن بين الاتفاقيات الاتفاقي لاهي 1964 بشأن قانون البيع الموحد و التي نصت على هذا الالتزام في نص المادة 88، حيث أشارت إلى الإجراءات المعقولة التي يجب أن يتبعها الدائن لتخفيف ما يلحقه من ضرر كما نصت أحكام المادة 77 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع 1980 حيث نصت أنه: يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد أن يتبع التدابير المعقولة والملازمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة، بما فيها الكسب الذي الفائت، وإذا أهمل القيام بذلك فللطرف المخل أن يطالب بتخفيف التعويض بقدر الخسارة التي كان من الممكن تجنبها".

كما ان العديد من قرارات التحكيم أشارت إلى هذا الالتزام، وقامت بتطبيقه سواء بشكل صريح أو ضمني، باعتباره أحد مبادئ قانون التجارة الدولية، و مثل ذلك ما قررته

¹ محمد شريف غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 313.

² Fontaine, op, cit, note 20, p.228.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

هيئة التحكيم الدولية في إحدى القضايا، حيث رفضت التعويض على أساس أن الشركة الدائنة لم تقدم ما يثبت أنها قامت في كل ما في وسعها، لتخفيض هذا الضرر، حيث قررت أنه: "حتى تقوم مسؤولية المشروع، فيجب أن يقدم المدعي الدليل على إصابته بضرر نتج عن الخطأ الذي ارتكبه المشروع، وهذا لم يحدث، كما أنه لم يثبت كما يتطلبه قضاء التحكيم، أنه قد اتخذ الإجراءات الممكنة لتخفيض هذا الضرر".¹

كما أن مبادئ القانون الموحد Unidroit قد أشارت إلى هذا الالتزام من خلال أحكام المادة 7/4/8 والتي جاء فيها أنه: "لا يلتزم المدين بتعويض الضرر في الحالة التي يستطيع فيها الدائن تخفيف الضرر بطرق معقولة، يمكن للدائن أن يستعيد النفقات المعقولة التي أنفقها بغرض تخفيف الضرر".²

¹ قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية ICC بباريس الصادر في القضية رقم 3344 لسنة 1981، في القضية المتعلقة بمشروعين تابعين لكل من الجزائر و المملكة المغربية، حيث أن المشروع العام الجزائري تعهد بتوريد كميات من البترول إلى المشروع العام المغربي خلال الفترة الممتدة من 1982 إلى 1984 لمدة 03 سنوات، ونظراً لارتفاع أسعار البترول في الأسواق العالمية فقد توصل الطرفان بعد المفاوضات إلى اتفاق لتحديد المقابل خلال سنة 1984 يتمثل في أنه بالنسبة للنصف الأول من عام 1984 وهو 12.5 دولار للبرميل، واتفق كذلك بالنسبة للنصف المقابل الذي يسري بالنسبة للنصف الأول لسنة 1984 يعد مثيلاً مؤقتاً و ليس نهائياً، وأن هذا المقابل قابل للمراجعة سواء بالزيادة أو النقصان ، أما بالنسبة للاقتakiات المالية المبرمة بالنسبة للنصف الأول من سنة 1984، أقامت الحكومة الجزائرية بإلغائها بسبب ارتفاع أسعار البترول عالمياً، وقام المشروع الجزائري بإخبار المشروع المغربي وخبره أن العلماء الآخرين، قبلاً توريد البترول بسعر 14 دولار بدلاً من سعر 12.5 دولار للبرميل، ليكون سعر البرميل 13.5 دولار، وذلك بسبب وجود شرط العميل للرعاية ، لكن المشروع المغربي لم يرد على الطرف الجزائري، ليستمر توريد البترول بالسعر المقترن الجديد، حيث استمر الطرف المغربي بتسلیم كميات البترول بالسعر القديم، واستمر الطرفان في التنفيذ، وبعد فترة توقف توريد البترول الجزائري للطرف المغاربة ورفع الأمر للتحكيم أين طالب الطرف الجزائري بدفع الثمن على أساس السعر الجديد وطالب الطرف المغربي بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة توقف توريد البترول الجزائري، حيث أصدرت هيئة التحكيم قرارها وكان القانون الجزائري هو القانون الواجب التطبيق على النزاع أين رفضت هيئة التحكيم طلب الطرف المغربي.

أشار إليه: أكرم عبد نيسان، المرجع السابق، ص 206، وكذلك: محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 394.

² أحمد مروك، المرجع السابق، ص 255.

الفرع الثاني: الإجراءات المتتبعة لتخفييف الضرر

تختلف الإجراءات المتتبعة لتخفييف الضرر بحسب طبيعة العقد التجاري الدولي المبرم بين الطرفين، وكذلك تختلف من واقعة إلى أخرى، والإجراءات المتتبعة لتخفييف الضرر تتبع حسب طبيعة العقود وان كان عقد البيع الدولي للبضائع هو الأكثر شهرة فإن هناك عقود أخرى نذكر منها عقود الامتياز التجاري، عقود المعرفة الفنية وعقود الإشاءات وبناء المصانع، وعقود القروض الدولية، فكل نوع من هذه العقود صمم ليقوم بهدف وغاية معينة وكل منها تعقيداته وتركيبته الخاصة به.¹

فالإجراءات تختلف حسب طبيعة كل عقد، وسوف نعرض فيما يلي بعض المظاهر الإيجابية لتنفيذ هذا الالتزام :

أولاً: المحافظة على البضاعة

إذا كانت القاعدة في عقد بيع البضائع انه إذا لم يتسلم المشتري البضاعة رغم إنذاره لاستلامها فإن تبعة هلاكها تنتقل إليه، إلا أنه يتوجب على أطراف العقد الاتفاق على تمديد مدة التسلیم لفترة أخرى بغرض تخفيف الضرر الواقع على أحد طرفي العقد، وكذلك قبول الدائن الوفاء لعملية أخرى غير المنصوص عليها في العقد، وكذلك قبوله التسلیم في مكان غير المتفق عليه، وقبوله التقسيط في حالة وجود نقص في المبلولة، أو بيع البضاعة إذا كان سعرها في السوق هابطاً،² والمحافظة على البضاعة المباعة إذا لم يقم المشتري بتسلیمها.

وهو ما أكدته قرار التحكيم في القضية رقم 7197 لسنة 1992 حيث جاء في قرار المحكم ما يلي: لا يتضح للمحكم، أن المدعي (البائع) قد خالف الالتزام بتحفييف الضرر

¹ صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مكتبة الملك فهد الوطنية، سنة 1997، ص 152.

² محسن شفيق، المرجع السابق، ص 244.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

المنصوص عليه في المادة 77 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع وأن هذه الإجراءات (إجراءات الحفاظ على البضاعة) تفرض نفسها في عقد بيع البضائع حتى ولو لم يكن هناك التزام تعاقدي يفرضها وفقاً للمواد 82 إلى 85 من اتفاقية فيينا، كما أن مصاريف التخزين يجب أن لا ترد من الناحية الاقتصادية عن القيمة الكلية للبضاعة.¹

ثانياً: التفاوض مع المتعاقد الآخر

من مظاهر تنفيذ الدائن لالتزاماته للحد من تفاقم الضرر الدخول في مفاوضات مع المتعاقد الآخر بغرض التوصل إلى حلول للحد من تفاقم الضرر، ويعتبر قضاء التحكيم غياب هذا الحرص خطأً يوجب مسؤولية الدائن.²

يعتبر هذا المظاهر من مظاهر تنفيذ الالتزام بالحد من تفاقم الضرر هو أكثر المظاهر تطبيقاً في الحياة العملية، و من ذلك قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية في قضية تتلخص وقائعها في اتفاق بين مشروع مع آخر على شراء بضاعة معينة ليعاد بيعها لمشتري آخر، وإزاء تغير ظروف النقل تعدل خط سير السفينة فلم تمر بالميناء المتفق على تسليم البضاعة فيه، ومن ثم تعذر على البائع تسليم البضاعة لمشتري في المكان المتفق عليه، مما أدى إلى الدخول في مفاوضات مع باقي الأطراف انتهت إلى بيع البضاعة في الميناء الذي رست فيه السفينة لصالح المشتري، وذلك حتى لا تزيد خسائر البائع، وقد أشارت هيئة التحكيم إلى حرص الأطراف على التفاوض للوصول إلى حل ودي حتى لا تزيد مسؤولية البائع الذي لم ينفذ التزامه بالتسليم في الموعد و المكان المحددين.³

¹ قرار تحكيم صادر عن غرفة التجارة الدولية، مجلة القانون الدولي، وقد أشار إليه: أحمد مروك، المرجع السابق، ص 260.

² شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 315.

³ قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 5910 لسنة 1988، المجموعة الثانية من القرارات، وقد أشار إليه: محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 399.

ثالثاً: تنفيذ العقد بسعر أعلى مما هو متفق عليه

في هذه الحالة لكي يحد الدائن (المشتري) من زيادة لضرر المدين بالتسليم (البائع) فهو يقبل أن يتم التوريد بسعر أكبر مما هو متفق عليه في العقد، وفي حالة رفضه فإن بعض قرارات التحكيم تجبره على قبول اقتراح المدين، المتمثل في قيامه بتنفيذ التزامه بهذا السعر الأكبر، لاسيما إذا كان هذا السعر أقل من سعر السوق، ومن ذلك ما قضت به هيئة التحكيم في إحدى القضايا، وهي قيام إحدى الشركات المدعى عليها (البائعة) بعرض تسلیم كمية المبيع المتفق عليها للشركة المشترية بسعر أكبر من السعر المتفق عليه بينهما، وإن كان أقل من السعر السائد في السوق العالمية، إلا أن الشركة المشترية رفضت هذا العرض وتمسكت بالسعر الوارد في العقد، فقررت هيئة التحكيم أنه: كان يجب على المدعى (المشتري) حتى ولو لم يكن موافقاً على الارتفاع في الثمن عما هو متفق عليه في العقد أن يقبل هذا العرض، بهدف تخفيف الخسارة التي لحقت البائع...¹.

رابعاً: البحث عن متعاقدين جدد

من بين الحلول المتعامل بها في مفاوضات عقود التجارة الدولية، البحث عن متعاقدين جدد ويتمثل في حالة فشل المفاوضات بين البائع والمشتري، أو رفض المشتري استلام المبيع، فعلى البائع أن يبحث عن مشترين جدد للبضاعة، حتى لا تزيد مسؤولية المشتري الذي رفض استلام البضاعة، وهو ما قضت به هيئة التحكيم في إحدى القضايا أين انتقدت فيه إحدى المشروعات لعدم بحثها عن مشترين آخرين لكمية من البترول رفض المشتري استلامها، حيث جاء في قرار هيئة التحكيم أنه: "كان يجب على المشروع أن

¹ قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 2478 لسنة 1974، المجموعة الأولى من القرارات، وقد أشار إليه: محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 399.

يبذل قصارى جهده لبيع هذا البترول بعد أن فشلت المفاوضات بينه وبين الشركة النرويجية المشترية.¹

الفرع الثالث: جزاء مخالفة الالتزام بتحقيق الضرر

إذا لم يوفي الدائن بالتزامه بتحقيق الضرر، يترتب عليه دفع تعويض للمدين، ويتمثل جزاء مخالفة الدائن لالتزامه للحد من تفاقم الضرر في إنفاس قيمة التعويض المستحق له قبل مدينه، أي أن الدائن لا يعوض إلا عن جزء الضرر الذي لم يتمكن من تخفيفه، رغم قيامه بالجهود المطلوبة لتحقيق الضرر أما إذا لم يتمكن الدائن من القيام بهذا الالتزام فإنه يستحق التعويض كاملاً.²

مثال ذلك ما أشارت إليه هيئة التحكيم في إحدى القضايا، من أن البائع مطالب ببذل جهد معقول، لتحقيق الأضرار التي أصابته فإن قصر في ذلك فيتحمل جزءاً من المسؤولية عن الضرر الذي أصابه، ويتحمل المشتري التعويض عن الجزء الذي لم يستطع الدائن تفاديه.³

كما أن اتفاقيةينا بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، أشارت إلى هذا الجزاء في نص المادة 77 منها، حق المدعي عليه في طلب تخفيف التعويض بالقدر الذي يمكن تجنبه،⁴ ومنه الشرط الذي ينص على أنه: في حالة القوة القاهرة يلتزم الطرفان بأن يقوما بكل إجراءات الضرورية لتنفيذ العقد وتحقيق الخسارة التي قد تنتج، والطرف الذي يحقق في ذلك يمكن مطالبته بالتعويض.⁵

¹ راجع قرار تحكيم الغرفة التجارية الدولية في القضية رقم 2216 لسنة 1974، المجموعة الأولى من القرارات.

² محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 400.

³ راجع في ذلك: قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 5514، لسنة 1990، المجموعة الأولى.

⁴ محسن شفique، المرجع السابق، ص 244.

⁵ Fontaine (M), Op.cit, p.228.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على إعمال شرط إعادة التفاوض

إن فكرة إعادة التفاوض التي ابتدعها التعامل التجاري الدولي، أصبحت اليوم أهم وسيلة قانونية يلجا إليها أطراف العقد الدولي للحفاظ عليه، والاستمرار في تنفيذه مهما كانت الظروف والصعوبات التي تواجه تنفيذه، وذلك بالنظر إلى بالجهودات الجبارية التي يبذلها الأطراف للتوصل إلى إبرام العقد وما يصاحبها من بذل للجهد والمال وموافقة السلطات الرسمية في الدول المعنية في الكثير من الأحيان.

وكما أسلفنا الذكر أن هذه العقود الدولية تمتد أثارها ليس فحسب لطرفيها وإنما تتجاوز ذلك إلى الدول التي ينتمي إليها هذه الأطراف، لذلك يسعى كل من الأطراف والمحكمون للحفاظ على هذه العقود، التي أبرمت بهدف بقائها والاستمرار في تنفيذها تحت أية ظروف، وإذا اعترضت تنفيذ هذه العقود أي صعوبات، فإن المتعاملين فيها والمحكمون يبذلون قصارى جهدهم في الحفاظ عليها، وتجنب فسخها وإنهاء العلاقة بين الطرفين.

ومن جهة أخرى فإن بقاء العقد التجاري الدولي أصبحت حقيقة ينادي بها فقهاء التجارة الدولية¹.

ويترتب على إدراج شرط إعادة التفاوض في العقود التجارية الدولية، أثران يتمثلان في الحفاظ على العقد، وإعادة التفاوض بحسن نية، وترتيبا على ذلك سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، الحفاظ على العقد (المبحث الأول) وإعادة التفاوض بحسن نية (المبحث الثاني).

¹ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 176.

المبحث الأول: مبدأ الحفاظ على العقد

تختلف الظروف المصاحبة لتنفيذ العقد عن الظروف التي انشأ فيها، خاصة في العقود التجارية الدولية التي تتميز بطول مدة تفيذها وامتدادها لفترة طويلة في الزمن، تكون عرضة لتغير الظروف الاقتصادية والسياسية المحيطة بتنفيذها، مما يجعلها في ظروف استثنائية صعبة تسبب اختلالاً كبيراً في التوازن الاقتصادي، وتخلق صعوبة لأحد الأطراف في تنفيذ التزاماته إما بشكل مستحيل أو تسبب له في خسارة فادحة تفوق الحد الألوف في مجال التجارة الدولية.

لذلك يتلقى الأطراف على ضرورة وقف تنفيذ العقد إذا تعرض إلى تغير في الظروف أثناء مرحلة التنفيذ، إلى حين زوال الظروف الصعبة التي ألمت به، أو إلى حين التوصل إلى اتفاق أو حلول تتناسب وتغير الظروف من خلال إعادة التفاوض بينهم للوصول إلى اتفاق جديد يعيد إلى العقد توازنه الاقتصادي.

ويعد وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي أهم الآثار المترتبة على إعمال شرط إعادة التفاوض، إذ يعد تطبيقه أمراً بديهياً، ويعتبر الحل الأجدى من الناحية العملية والمناسب لظروف العقد¹.

لذلك سنحاول معالجة هذا المبحث من خلال التطرق إلى وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي (المطلب الأول) ثم إلى الآثار المترتبة على وقف تنفيذ العقد (المطلب الثاني).

¹ أكرم عبد ريشان، المرجع السابق، ص 209.

المطلب الأول: وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي

يعد وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي، من أهم المسائل التي اختلف الفقه فيها حول وضع تعريف جامع مانع لها، لذلك نجد أن هناك عدة تعاريفات لوقف تنفيذ العقد تختلف من رأي إلى آخر، إذ يعرف البعض وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي على أنه: **وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية المتبادلة التي يفرضها العقد على طرفيه عند حدوث قوة قاهرة تؤدي إلى الاستحالة المؤقتة لتنفيذها، وستأنف تنفيذ العقد عند زوال الاستحالة المؤقتة**.¹.

وعرفه البعض على أنه: **تعطيل أو إعاقة مؤقتة في تنفيذ العقد، ناجمة عن حدث خرج عن سيطرة الأطراف، و يهدف إلى الحفاظ على الرابطة العقدية خلال فترة الانقطاع من أجل استئناف العقد مرة أخرى**.².

كما عرفه البعض على أنه: **فترة من الوقت يسكن فيها تنفيذ العقد إلى حين انتهاء الظروف التي تواجهه، ثم يعود بعدها إلى السريان العادي**.³.

كما يعرف الوقف على أنه: **تتمثل ماهيته في كونه يعيي المدين مؤقتاً من تنفيذ التزامه مع بقاء الرابطة العقدية ملزمة عند وجود مانع من التنفيذ، ثم يستأنف العقد مسيرته عند زوال هذا المانع**.

وعرف أيضاً على أنه: **”علاج قانوني مؤقت لحالة تعذر تنفيذ العقد نتيجة الاستحالة المؤقتة الناجمة عن السبب الأجنبي، و يهدف إلى استمراره واستقرار الرابطة العقدية، يعقبه إما تنفيذ العقد أو الإقرار بانفساخه”**.⁴

¹ ياسر شحاته مرزوق ضبابات، المرجع السابق، ص 240.

² ترمين محمد محمود صبح، المرجع السابق، ص 468. راجع كذلك: حسين عامر، **القوة الملزمة للعقد**، مطبعة مصر، مصر، طبعة 1999، ص 441.

³ عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، المرجع السابق، ص 754.

⁴ كاظم كريم علي الشمري، **وقف تنفيذ العقد**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، سنة 2002، ص 06.

من خلال التعريفات السابقة يتبيّن أن لوقف تنفيذ العقد عدة فوائد منها حماية العقد التجاري الدولي من الزوال، ويرحافظ على الرابطة العقدية، كما يعتبر من جهة أخرى وسيلة تضمن تحقيق نوع من العدالة العقدية، حيث يوصف وقف العقد بأنه أسلوب فني تصحيحي يعمل على تجميد العلاقة العقدية لفترة محددة، وذلك في كل مرة يصطدم العقد بعقبات تواجه تنفيذه¹، حيث أن وقف تنفيذ العقد يشجع الأطراف على إيجاد اتفاق سريع حول مصير العقد.²

حيث يمكن الطرف المدين من إيقاف تنفيذ التزاماته التي أصبحت مرهقة له أو مستحيلة بشكل مؤقتة وتهدهد بخسارة فادحة، سواء أكان ذلك التوقف بشكل كلي أو جزئي لبعض هذه الالتزامات، وذلك بمجرد وقوع الأحداث والظروف الموجبة لتطبيق شروط تحقق القوة القاهرة أو شرط إعادة التفاوض، وهي من الحلول التي يلجأ إليها متعاملى التجارة الدولية، من أجل تخفيف الآثار السلبية لمبدأ متابعة تنفيذ العقد.³

وفي هذا الاتجاه يعبر الأستاذ FONTAINE عن ذلك بقوله: «والجدير بالذكر أن النظرية التقليدية للقوة القاهرة تسمح بوقف تنفيذ العقد في حالة الاستحالة المؤقتة، إلا أن هذا الفرض ليس إلا حالة خاصة ، ويمكن أن يكون استثنائيا، وقد تحول هذا الاستثناء إلى قاعدة في عقود التجارة الدولية».⁴

أما الفقيه SARRAUTE إلى أن الوقف هو توسيع في آثار القوة القاهرة،⁵ كما اعترض الفقيه "ساروت" على أراء بعض الفقه الذي اعتبر الوقف هو فسخ جزئي للعقد وقال

¹ ميثاق طالب عبد الرحمن الجبوري، المرجع السابق، ص 725.

² FABRE (R), Les clauses d'adaptation dans les contrats, REVUE trimestrielle de droit civil, 1983, p25.

³ FONTAINE : Les clauses de hard ship: aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats à long terme, op.cit, p.41.

⁴ FONTAINE : Les clauses de hard ship, op.cit, p.240.

⁵ محمود نديم الخضر، المرجع السابق، ص 346.

أن هذا ليس من مستلزمات الوقف، بل ولا يصلاح أن يكون تعريفاً له، وإنما هو عبارة عن اثر عرضي.¹

وللإحاطة أكثر بوقف تنفيذ العقد كأثر لقوة القاهرة، وشرط إعادة التفاوض نتناول الأساس القانوني لوقف التنفيذ (الفرع الأول) ثم نطرق إلى شروط وقف التنفيذ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأساس القانوني لوقف تنفيذ العقد التجاري الدولي

يستند نظام وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي عند تطبيق المفهوم الحديث لقوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض، إلى أكثر من أساس قانوني، فإلى جانب إرادة الأطراف التي تعتبر الأساس الأول له كنتيجة متربة على الطبيعة التعاقدية لشرط إعادة التفاوض حيث يسمح للأطراف المتعاقدة باتفاق على وقف تنفيذ العقد في حالة وقوع تغير في الظروف التي تمتلزمه تطبيق الشرط، وأن يستمر هذا التوقف إلى غاية زوال الظرف أو توصل الأطراف إلى حلول تتناسب وتغير الظروف المصاحبة لتنفيذ العقد.²

كما أن اتفاقيات التجارة الدولية والشروط النموذجية تأخذ هي الأخرى بنظام وقف التنفيذ، وكذلك التحكيم التجاري الدولي الذي أقر بهذا الوقف في الكثير من قراراته.

أولاً: إرادة الأطراف كأسس لوقف تنفيذ العقد التجاري الدولي

في عقود التجارة الدولية نجد أن إرادة المتعاقدين المتمثلة في الشروط التعاقدية، هي الأساس الذي يقوم عليه وقف تنفيذ العقد، إذ يتحقق الأطراف من خلال الشروط التي يضعونها في العقد على وقف تنفيذه لفترة معينة بعد وقوع الحدث المؤدي إلى الإخلال

¹ محمد شريف غنام، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 320.

² ميثاق طالب عبد الرحمن الجبوري، المرجع السابق، ص 742.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

بالتوافد الاقتصادي للعقد، إلى حين التوصل إلى اتفاق مشترك بين الطرفين فوافع هذه العقود يضع الوقف¹، في المرتبة الأولى كأثر لوقع القوة القاهرة أو شرط إعادة التفاوض.

ومن الشروط التعاقدية التي اتفق فيها الأطراف صراحة على وقف تنفيذ العقد، الشروط الواردة في عقود تركيب مصفاة بتروول، والذي اتفق فيه الأطراف على وقف توقف التزاماتهم، وامتداد العقد بعدد أيام العمل التي توقفت فيها الشركة المختصة في تركيب المصفاة بسبب أحداث القوة القاهرة، التي تقتضي إعادة التفاوض في بنود العقد الأصلية.²

وأيضاً الشرط المدرج في عقد تركيب مصفاة زيت الطعام في رومانيا الذي نص على وقف سريان العقد إذا حالت قوة قاهرة دون إتمام التركيب.³

إن مبدأ القوة الملزمة للعقد وما له من أهمية في الحفاظ على العلاقة التعاقدية في عقود التجارة الدولية، نظراً لما يمثله العقد من أهمية اقتصادية كبيرة ليس فقط لطريقه، بل تتعادهم إلى الدول التي ينتمي إليها أطرافه، بل حتى في بعض العقود تمتد أثارها الدول المجاورة في المنطقة.

مسألة تنظيم الأطراف لوقف تنفيذ العقد شابه الكثير من الجدل سواء عند تنظيم المتعاقدين لمصير عقدهم أو تركهم للعقد بدون تنظيم.

¹Trop peu de clauses se préoccupent du sort du contrat pendant la période de renégociation. En principe, l'absence de stipulation à cet égard a pour effet d'obliger les parties à continuer d'exécuter leurs prestations, et ce, malgré la survenance des événements perturbateurs. Ces événements pourront avoir pour conséquence d'alourdir considérablement les obligations de l'une des parties. On choisira donc d'enfermer le processus de négociation dans un délai prédéterminé à l'issue duquel les pourparlers devront être arrivés à leur terme. Dans les contrats dont la négociation, plus complexe, risque de s'étendre sur une longue période, il sera préférable de prévoir une sorte de «débrayage» du contrat en stipulant la suspension provisoire de son exécution durant les négociations. voir,

Moisan, P. (1994), op.cit, p.p.281-334.

² حسام الدين كامل الأهوائي، أصول قانون التجارة الدولية، ب.د.ن، القاهرة، مصر، سنة 1993، ص 852.

3 مجموعه الشهادات أشار إليها:

Kahn (Philip), Force majeure et contrats internationaux de longue durée, op.cit, p.48.

أ) تنظيم المتعاقدين لمصير العقد أثناء فترة إعادة التفاوض:

يلجأ أطراف العلاقة التجارية الدولية إلى تنظيم شروط إعادة التفاوض في العقد، إذا وقعت أحداث من شأنها أن تجعل من تنفيذ التزامات أحد أطراف العقد مرهقة له و تسبب له خسارة فادحة تفوق الحد المألف في عادات التجارة الدولية، أو يؤدي الحدث إلى استحالة مؤقتة في تنفيذ العقد.

والأصل أن الالتزام بإعادة التفاوض على شروط العقد لا يؤدي إلى وقف تنفيذ العقد أو إنهائه، بل أن الأطراف يتزمون بمتابعة تنفيذ العقد،¹ ولكن في الحالات التي تكون فيها عملية متابعة تنفيذ لها أثر سلبية على الطرف المتضرر يلجأ الأطراف إلى وقف التنفيذ كحل مناسب لهذه المسألة.

1. اتفاق الأطراف على متابعة تنفيذ العقد أثناء مرحلة إعادة التفاوض

يميل أطراف العلاقة التجارية الدولية إلى المحافظة على العقد، كما تم الاتفاق عليه في مرحلة الإبرام، لذا تجد شروط إعادة التفاوض تشير إلى متابعة تنفيذ العقد أثناء مرحلة إعادة التفاوض، ومنه الشرط الذي ينص على أنه: "يستمر تنفيذ العقد أثناء أو خلال فترة التفاوض الramieh إلى تعديل العقد".²

كما يتفق الأطراف على مواصلة تنفيذ العقد كما كان قبل اختلال توازنه، كالشرط الذي ينص على أنه: " يتم متابعة تنفيذ العقد أثناء عملية التفاوض الramieh إلى تعديل العقد، طبقاً للوضع الذي كان سائداً قبل تغير الظروف أو قبل تحقق آثار هذا التغير".³

¹ ميهوب حسين محمد العزبي، الالتزام بالتفاوض كوسيلة لمعالجة الاختلال التوازن في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، سنة 2020، ص 287.

² L'exécution du contrat sera poursuivie le temps de la négociation ont vu de l'adaptation. V. MOUSSERON(J.M), technique contractuelle, éd, Le Febre, paris, France, 1988, p.614.

³ L'exécution du contrat est poursuivie pendant le temps de la négociation ont vu de l'adaptation du contrat aux conditions précédent le changement de circonstances aux résultant

2. وقف تنفيذ العقد أثناء مرحلة إعادة التفاوض

كما أسلفنا الذكر أن الأصل في عقود التجارة الدولية، هو متابعة تنفيذها حتى في مرحلة إعادة التفاوض من أجل تعديل العقد وفقاً لما اتفق عليه الأطراف أثناء مرحلة الإبرام، لكن وحسب الظروف المحيطة بالعقد، إذا كانت آثارها سلبية على أحد المتعاقدين، فإن الأطراف ملزمون بإيجاد الحلول المناسبة لتغيير الظروف.

ولتقليل الخسائر عن طريق وقف تنفيذ العقد إلى غاية زوال الظرف ، وهذا يمثل استثناء على مبدأ متابعة تنفيذ العقد، خاصة بالنسبة للعقود ذات التنفيذ المستمر والمتابع *Les contrats en exécution successives*¹ وهذا ما يدخل في صلب روح شروط إعادة التفاوض.²

ويقصد بوقف تنفيذ العقد أثناء مرحلة إعادة التفاوض، توقف الطرفين عن تنفيذ التزاماتهما العقدية المتبادلة، إلى حين إعادة التفاوض والتوصل إلى اتفاق جديد لتنظيم تلك الالتزامات.³

ويعتبر وقف تنفيذ العقد أثناء مرحلة إعادة التفاوض، الأثر الأول وال المباشر الذي يترتب على إعمال الأحكام الخاصة بشرط إعادة التفاوض، ومنه الشرط الذي ينص على أنه: *Si l'exécution du contrat est suspendue pendant la période de négociation, il sera suspendue jusqu'à l'adoption d'un nouveau contrat.*⁴

وعلى هذا الأساس يتعين على أطراف العلاقة التعاقدية الإسراع في إنهاء عملية إعادة التفاوض، حتى يتمكن الطرفين من اتخاذ القرار المناسب وقد يلجأ إدراهما إلى طلب فسخ العقد.¹

¹ du changement de circonstances. ACCAOUIV.P-LORIGING, La négociation des contrats internationaux, Thèse Doctorat, paris, France, 2008, p.374.

² FONTAINE : Les clauses de hard ship, op.cit, p. 40.

³ هي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص163.

⁴ كاظم كريم على الشمري، المرجع السابق، ص11، ص12.

⁴ L'exécution du contrat sera suspendue pendant le temps de la négociation en vue de l'adaptation. MOUSSERON, Op. cit. p.614.

هذا وتتجدر الإشارة إلى أن إرادة الأطراف تلعب دوراً مهماً في تحديد نطاق الوقف، فقد يتحقق الأطراف على أن الوقف يشمل الالتزامات الرئيسية فقط، دون أن يمتد إلى الالتزامات الفرعية، كما قد يشمل الوقف فقط الالتزامات التي تتعذر تنفيذها بسبب تغير الظروف، وتأثرت قدرة الأطراف على تنفيذها، أما الالتزامات التي لا يزال الأطراف قادرين على تنفيذها لا يطالها وقف التنفيذ.²

ب) مصير العقد في حالة سكوت المتعاقدين خلال فترة إعادة التفاوض

في حالة سكوت الأطراف عن مصير العقد أثناء مرحلة إعادة التفاوض، لا يمكن فهمه سوى على أنه قبول من الأطراف في مواصلة تنفيذ العقد، فوقف العقد يحتاج إلى إرادة صريحة من الأطراف، كما يمكن تفسير سكوت الأطراف على أنه قبول بمتابعة تنفيذ العقد خلال فترة إعادة التفاوض بالرجوع إلى مبدأ القوة الملزمة للعقد،³ فالعقد شريعة المتعاقدين،⁴ وهو المبدأ الذي يضاف إلى استقرار المعاملات.

فالعقد هو قانون خاص صنعه الأطراف يتوجب عليهم احترامه، ويلتزم باحترامه القاضي، فلا يجوز الخروج عليه أو تعديله مهما كانت الظروف والاعتبارات إلا

¹ Une autre approche, plutôt originale, consiste à suspendre l'exécution du contrat pendant un certain temps à défaut d'accord entre les parties. C'est seulement à l'expiration de cette période, et dans la mesure où les conditions demeurent inchangées, que l'une ou l'autre des parties aura la possibilité de provoquer la résiliation du contrat. Moisan (P) (1994), Op. cit, p.328.

² أكرم عبد ريسان، المرجع السابق، ص 212.

³ ALSURAIHY (Y) La fin du contrat de franchise, Thèse Doctorat, université de Poitiers, France, 2008, p.209.

⁴ العقد شريعة المتعاقدين وهو المبدأ المعتبر عنه بالقوة الملزمة للعقد، وقد تبنت التشريعات الوطنية هذا المبدأ حيث نصت المادة 106 من القانون المدني الجزائري بأن: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"، وهو نفس المبدأ الذي أشارت إليه مبادئ Unidroit في المادة 2 الفقرة الأولى تحت عنوان احترام العقد بقولها: "ان الأطراف ملزمون باحترام التزاماتهم، حتى ولو صار تنفيذها جد مرهقاً".

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

وفقاً لما ورد فيه من أحكام، فطالما أن الشخص التزم بناءً على إرادته الحرة فيجب عليه تنفيذ التزامه.¹

حيث أن مبدأ القوة الملزمة للعقد يفرض على طرفيه الالتزام باحترام بنود العقد، وكل حل يخص التنفيذ يجب أن يتم الاتفاق عليه مسبقاً في العقد، وذلك تحت طائلة المسؤولية العقدية، كما أن التنفيذ المرهق للالتزام لا يؤدي إلى إنهائه أو وقفه، وإنما يجب المحافظة على الالتزامات المقابلة التي وجدت عند إبرام العقد، رغم اختلال العقد.²

واستثناءً على مبدأ متابعة تنفيذ العقد، فقد يتقرر الوقف حتى دون اتفاق صريح، على أساس أن الوقف يعد الحل الأمثل في هذه الحالة، حيث يلتزم الأطراف إلى التوصل إلى اتفاق في وقت قصير حماية لمصالحهم، كما يجب المدين التنفيذ المرهق له في حالة الاستمرار في التنفيذ، إذ أن وقف التنفيذ يحقق روح التعاون التي يهدف لها شرط إعادة التفاوض.³

ومن جهة أخرى فإن الهدف من وقف تنفيذ العقد أثناء مرحلة إعادة التفاوض، هو إيجاد الحلول لمواجهة الاختلال في التوازن الاقتصادي للعقد الذي سببه الحدث وهو نفس المسعى الذي يهدف الأطراف المتعاقدة الوصول إليها عند إدراج شرط إعادة التفاوض في العقد، بحيث أن وقف تنفيذ العقد في حالة غياب اتفاق الأطراف في تنظيم مصير العقد أثناء مرحلة إعادة التفاوض يحمي الطرف المتضرر، كما يحقق للمتعاقدين مصلحة مشتركة في الوصول إلى اتفاق مناسب بشأن تعديل العقد في أسرع وقت ممكن،⁴ ويسمح للمدين من التخلص من تنفيذ التزامات أصبحت عبئاً عليه وضارة له إلى حين الانتهاء من التفاوض.

¹ ميهوب حسين محمد العزي، المرجع السابق، ص292.

² P. ACCAOUI(P)-LORIGING, Op.cit., p.377.

³ أحمد مروك، المرجع السابق، ص215.

⁴ أكرم عبد ريسان، المرجع السابق، ص224.

وبدونا نحن نؤيد هذا المسعى، على أساس أن وقف تنفيذ العقد في حالة سكوت الأطراف عن تنظيمها في العقد، تحقق الهدف الذي يسعى له الطرفان وهو الحفاظ على العقد، من خلال الجلوس مرة أخرى على طاولة المفاوضات للنظر في الحدث الذي تسبب في اختلال التوازن الاقتصادي للعقد.

فوقف تنفيذ العقد هي الخطوة الأولى لإعادة التفاوض بحسن نية، وهي تمثل المرحلة الأولية في تقاسم الأعباء بين الطرفين نتيجة الحدث أو الطرف المفاجئ الذي تسبب في الاختلال، كما أن عملية وقف تنفيذ العقد أثناء فترة إعادة التفاوض إلى حين التوصل إلى اتفاق يقضي بتكييف العقد حسب الظروف المتغيرة، هو في حد ذاته يعتبر حل لضمان بقاء استمرار العقد الذي أبرم بين الطرفين.

ثانياً: وقف التنفيذ في اتفاقيات التجارة الدولية والشروط النموذجية

تأخذ الكثير من الاتفاقيات الدولية والشروط النموذجية بنظام وقف تنفيذ العقد، ومنها اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع فيينا1980، و من ذلك ما نصت عليه الفقرة الثالثة على أنه: "يحدث الإعفاء المنصوص عليه في هذه المادة أثره خلال الفترة التي يبقى العائق قائماً"، و يفهم من هذا النص أن سيمر بمرحلة ثبات أثناء بقاء العائق ليعاود بعدها استئناف آثاره.¹

كما أن غرفة التجارة الدولية فيما يتعلق بشرط القوة القاهرة بخصوص الشرط النموذجي الذي جاء في الفقرة السابعة منه أنه: "وعلاوة على ذلك فإن السبب يوقف مدة التنفيذ أثناء مدة معقولة مستبعداً في ذلك في نفس الوقت حق الطرف الآخر في أن يلغى أو يفسخ العقد".²

¹ محسن شفique، المرجع السابق، ص256.

² نص المادة السادسة والسبعين من الشرط.

كما يأخذ القانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية لاهي 1964 أيضا بنظام وقف تنفيذ العقد، حيث جاء في المادة 74 الفقرة 2 أنه: "إذا ترتب على الظروف استحالة مؤقتة فإن الطرف الذي تأثر التزامه بهذه الاستحالة يبرأ كلياً من تنفيذ هذا الالتزام، إذا ترتب على تأجيل التنفيذ أن اختلف الالتزام كلياً، بحيث يصبح الأطراف أمام التزام آخر بخلاف الالتزام المنصوص عليه في العقد".¹

ثالثاً: وقف التنفيذ في التحكيم الدولي

من جهتها تأخذ هيئات التحكيم بنظام وقف التنفيذ، كأثر يترتب على تغير في الظروف التي ينتج عنها استحالة مؤقتة في تنفيذ العقد، حيث قضت غرفة التجارة الدولية بباريس في قرارها رقم 7365 لسنة 1979 في قضية تتعلق بعقد البيع وتركيب معدات عسكرية متطرفة بواسطة شركة أمريكية لمصلحة سلاح الجو الإيراني، حيث قامت الثورة الإسلامية الإيرانية في أوائل عام 1979 أدت إلى وقف تنفيذ العقد من الجانب الأمريكي، حيث قضت غرفة التجارة الدولية أنه لا مناص من وقف تنفيذ العقد عند حدوث مثل هذا حدث، وعلى الأطراف الدخول في مفاوضات لمعالجة كيفية استمرار العقد.²

أيضاً قرار التحكيم الذي أصدرته غرفة التجارة ومحكمة التحكيم الصناعية في هنغاريا لسنة 1995 قضت فيه بأن عدم دفع الأقساط عند استحقاقها يعد سبباً كافياً لوقف واجب الأداء اللاحق. ومن أمثلة ذلك القرار الصادر في القضية رقم 1703 لسنة 1971 أين اعترفت هيئة التحكيم بوجود حالة قوة قاهرة في المدة التي بدأت فيها الأعمال العدائية وحتى نهايتها، وبعد ذلك أيضاً بعشرين يوماً كما اعتبرت المحكمة أن الأعمال العدائية تشكل في هذه الفترة استحالة تنفيذ مؤقتة وليس نهائية، وقررت الهيئة بعد ذلك استئناف العقد لسريانه

¹ محمود نديم الخضر، المرجع السابق، ص 349.

² ميهوب حسين محمد العزي، المرجع السابق، ص 296.

بعد انتهاء هذه المدة، وانتهت إلى أنه من الممكن للشركة المدعى عليها أن تقوم بتنفيذ التزاماتها اتجاه الشركة المدعية، وأن يعود العقد للسريان الطبيعي له بعد هذه الفترة.¹

الفرع الثاني: شروط وقف تنفيذ العقد

تبين مما سبق الإشارة إليه أن نظام وقف تنفيذ العقد، نتيجة تغير في الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، بسبب حدث يؤدي إلى استحالة مؤقتة، انه نظم قائم بذاته يجد أساسه القانوني في عقود التجارة الدولية في إرادة الأطراف التي تلعب دوراً مهماً في تنظيم أحکامه، وكذلك الاتفاقيات الدولية وقرارات التحكيم التجاري الدولي.

ولكي يصل الأطراف إلى وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي لابد أن تتوفر شروط تطبيقه، إذ لا يمكن تطبيقه بشكل جزافي حتى في الحالات التي يشار فيها إلى وقف التنفيذ في العقد².

حيث أن الفقه القانوني الدولي اختلف في تحديد شروط وقف تنفيذ العقد، منهم من حددتها بشرطين هما وجود الاستحالة المؤقتة وأن لا يرجع إيقاف التنفيذ لخطأ أحد أطراف العلاقة التعاقدية، ومنهم من قال أن شروط وقف تنفيذ العقد هي عبارة عن شرط واحد يتمثل في وجود استحالة وقته، ومن الفقه من حدد أربعة شروط لوقف تنفيذ العقد تتمثل في وجود استحالة وقته، وإن لا تعود هذه الاستحالة إلى إرادة أحد الأطراف، وأن لا تكون مدة التنفيذ محل اعتبار في التعاقد، وكذلك تحقق شرط إمكانية زوال المانع وجدية التنفيذ.³

وعليه سنوضح شروط وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي من خلا النطرق إلى الشروط التالية:

¹ محمود نديم الخضر، المرجع السابق، ص350.

² ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص732.

³ عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، المرجع السابق، ص775.

أولاً: الاستحالة المؤقتة

تعتبر الاستحالة المؤقتة الناتجة عن التغير في الظروف أحد الأسباب الرئيسية التي يترتب عليها وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي، وهذه الاستحالة يجب أن تتصف بطابع التأقية، كما يجب أن لا تكون الاستحالة بشكل جزئي وكلّي، لأن العقد في هذه الحالة سينفسخ في الجزء الذي استحال تنفيذه، ويبقى الجزء الآخر قائما منه.¹

لذلك يتفق اغلب الفقهاء على القول أن الاستحالة الناتجة عن التغير في الظروف المصاحبة لتنفيذ العقد يجب أن تكون مؤقتة بطبيعتها، وان تكون قابلة للزوال في المستقبل قبل أن يصبح تنفيذ العقد غير مجد.²

حيث أن جانب من الفقه أكد أن المقصود بالتأقية هنا، لا يمكن عد حالة المانع الذي اعترض تنفيذ العقد مؤقتا، مجرد انه قابل للزوال مستقبلا، بل لابد أن ينتهي هذا المانع وينقضي قبل أن يصير التنفيذ غير مفيد أو غير مجد.³

ومثلا لو اتفق الأطراف وحددوا موعدا معينا لتنفيذ العقد، ولكن تأخر هذا التنفيذ بسبب تغير الظروف المؤقت، ثم أصبح هذا التنفيذ ممكنا في المستقبل، ولكن بعد فوات الموعد المتفق عليه الأطراف، فهنا لا تكون هناك جدوى من التنفيذ، ويترتب على هذا التغير في الظروف في هذه الحالة الانفساخ وليس الوقف، ما لم يتفق الأطراف صراحة على خلاف ذلك.⁴

ومن خلال ما سبق الإشارة اليه، يمكننا القول ان الهدف من اشتراط تأقية العائق الذي يمنع المدين من اداء التزاماته التعاقدية، تكمن في ضمان استمرارية العقد، والحرص

¹ عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، المرجع السابق، ص 776.

² ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 733.

³ NABIL(A) SAAD, La suspension dans l'exécution du contrat, Essai d'une théorie générale, Etude comparée en droit civil français et droit civil égyptien, Thèse doctorat, DIJON, France, 1981, p.303.

⁴ عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، المرجع السابق، ص 778.

على الإبقاء على المراكز القانونية للأطراف، على أن يستأنف تنفيذ العقد بمجرد زوال العائق، والطابع المؤقت يتحدد بشكل نسبي من خلال النظر لكل علاقة عقدية وظروفها ولملابساتها بشكل نسبي.¹

ثانياً: أن لا تكون مدة تنفيذ العقد محل اعتبار

الشرط الثاني والجوهري الواجب تتحققه لوقف تنفيذ عقود التجارة الدولية، أن لا تكون مدة تنفيذ العقد محل اعتبار لدى أطراف العقد الدولي، حيث إذا كانت مدة تنفيذ العقد هي الأساس الجوهري وإن الأطراف عند إبرام العقد اخذوا بعين الاعتبار مدة التنفيذ حيث يترتب على تجاوزها انعدام المنفعة والجذوى من التعاقد، أو تضرر احدهم من تجاوز المدة ضررا جسيما، فإن حالة التغير في الظروف ويؤدي العائق المؤقت إلى انفاسخ العقد بدلا من وقف تنفيذه، وذلك لاستحالة تحقق المنفعة المرجوة من إبرام العقد.²

يتبيّن من خلال ما ذكر إذا انصرفت نية المتعاقدين عند إبرام العقد، واعتبار مدة تنفيذ العقد عنصرا أساسيا في العقد، ففي هذه الحالة لا يمكن أن يعمل بوقف تنفيذ العقد، أما إذا كانت مدة العقد ليست عنصرا جوهريا ففي هذه الحالة يمكن للأطراف وقف تنفيذ العقد لما فيه من مصلحة متبادلة بينهما، واستئناف تنفيذه بمجرد زوال سبب الوقف المؤقت.³

وتظهر أهمية هذا الشرط في العقود محددة المدة، لأن سبب الوقف فيها قد يستغرق الوقت المحدد لتنفيذه، أما في العقود الغير محددة المدة، كما في عقد التوريد فلا توجد مدة مفرودة يمكن الحديث عن تعويضها بمدة أخرى.⁴

¹ حسين عامر، المرجع السابق، ص443.

² حسام الدين كامل الأهواي، المرجع السابق، ص532

³ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص739.

⁴ أحمد علي محمد الحميدي السعدي، وقف العقد، (رسالة ماجستير - أكاديمية شرطة دبي ، كلية القانون وعلوم الشرطة، سنة 2008)، نشر بواسطة المؤلف، ب.د.ن، ب.ب.ن، سنة 2009، ص28.

المطلب الثاني: آثار وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي

بعد وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي، نظاماً وسطياً بين تنفيذ العقد وإنهاءه، ويتربّ على وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي أثراً رئيسياً، يتمثل في وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية التي تأثرت بالحدث المؤدي إلى تغير في الظروف المصاحبة للتنفيذ العقد، والتي أدت إلى اختلال في توازنه الاقتصادي، وأصبحت مرهقة للمدين.

ولأن وقف تنفيذ العقد لا يؤثر في وجوده بل يتعلق ببعض آثاره، وتبقى العلاقة التعاقدية قائمة، ولا يعني وقف التنفيذ تحلل المدين أو الدائن من التزاماتهم العقدية الموقوفة، كما أن وقف التنفيذ يفرض التزامات على طرفي العقد (الفرع الأول) وأن الوقف يتربّ على الاستحالة المؤقتة يتميز بالتأقية لابد من انقضاءه (الفرع الثاني).

لفرع الأول: آثار وقف تنفيذ العقد

يرتب وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي أثراً رئيسياً هو وقف الالتزامات الرئيسية والتي تأثرت بالحدث وأصبحت تشكل إرهاقاً لأحد طرفي العقد التجاري الدولي (أولاً)، وعلى اعتبار أن وقف العقد هو حل مؤقت يتفق عليه الأطراف، من أجل الحفاظ عليه واستمرار تنفيذه، فإن الوقف يرتب التزامات على أطراف العلاقة الدولية تتمثل في ضرورة استئناف سريان العقد في أقرب وقت ممكن (ثانياً).

أولاً: وقف الالتزامات الرئيسية

يتربّ على وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي، وقف تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه بالنسبة لطيف العلاقة التعاقدية، فحالة وقف التنفيذ تنشأ عنها التزامات متبادلة بين الدائن والمدين، دون أن يكون لهذا الوقف تأثير على وجود العقد. ويعتبر العقد في هذه الحالة في حالة سبات تصيب الالتزامات الناشئة عنه فيتوقف تنفيذه.¹

¹ رضا محمد إبراهيم عبيد، المرجع السابق، ص481.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي نتيجة الحدث الغير متوقع من الطرفين والذي يترتب عليه اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، لا يصيّب إلا الالتزامات الرئيسية أو الجوهرية التي تأثرت بالحدث وأصبحت مرهقة للمدين، أما الالتزامات الثانوية الناشئة عن العقد فلا يطالها الوقف، إلا إذا كانت هذه الالتزامات مرتبطة بالالتزام الأصلي الموقوف، أي بمعنى أن الفرع يتبع الأصل.¹

ومعيار التفرقة بين الالتزام الجوهرى والالتزام الثانوى يتمثل في طبيعة العقد وماهيته،² بالإضافة إلى إرادة الأطراف التي تحدد طبيعة الالتزام التي يرتبها العقد ومدى أهميتها وضرورة توافرها، فيما إذا كانت جوهرية أو ثانوية،³ والالتزام بالوقف كما أسلفنا الذكر يشمل طرفى العقد، فلا يقتصر على التزامات المدين التي تأثرت قدرته على تنفيذ الالتزام نتيجة الحدث، فالدائن كذلك لا يمكنه إجبار المدين على الوفاء خلال فترة الوقف.⁴

ويثور خلاف بين الفقهاء حول مسألة توقف التزام المتعاقد الآخر وما هو الأسس الذي يستند إليه إذا لم يتفق الأطراف على ذلك صراحة، حيث برر جانب من الفقه أن وقف تنفيذ التزامات المتعاقد الآخر يجد أساسه في الدفع بعدم التنفيذ،⁵ ولكنه يعاب على هذا الرأى أن من شروط أعمال نظرية الدفع بعدم التنفيذ أن تكون التزامات المتعاقدين المقابلة مستحقة الأداء.

ذهب رأى آخر من فقهاء إلى القول، أن وقف تنفيذ التزامات الدائن يعود أساسه إلى فكرة المخاطر التي يتعرض لها إذا استمر في تنفيذ التزاماته، والمدين في حالة توقف.

¹ ميهوب حسين محمد العزي، المرجع السابق، ص298.

² ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص770.

³ مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، مظاهره وأثاره القانونية، مطبعة الدار الجامعية، بيروت، لبنان، سنة 2000، ص91.

⁴ شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص347.

⁵ LA FONTAINE (M), Op.cit., p.226.

ثانياً: الالتزامات التي يفرضها وقف التنفيذ على أطراف العقد

تتميز العلاقة التعاقدية أثناء مرحلة وقف التنفيذ بالجمود والسكون والركود، إلا أن هذه الحالة ترب بعض الالتزامات يتحملها طرف العلاقة التعاقدية، بهدف الحفاظ على العقد وضمان إمكانية استئناف سريانه مرة أخرى بشكل طبيعي، حيث أن أثار العقد تظل قائمة أثناء فترة التوقف فهي أثار مؤجلة التنفيذ مؤقتاً، ومن بين الالتزامات التي يفرضها وقف تنفيذ العقد هي الالتزام بالحفظ على العقد، والالتزام ببذل العناية الالزمة لإزالة سبب الوقف.¹

أ) الالتزام بالحفظ على العقد:

يمثل الالتزام بالحفظ على العقد من أهم الآثار المترتبة على وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي، ومن ثم فالحفظ على العقد هو الهدف الرئيسي الذي يسعى الأطراف إلى تحقيقه، وهو التزام متبادل بين طرفي العقد، و من خلاله يلتزم أطراف العلاقة التعاقدية القيام بكل الإجراءات التي من شأنها الحفاظ على العقد، والامتناع عن كل من شأنه أن يهدد بقاء العقد ويعيق استئناف سريانه،² هذا الالتزام يجد أساسه في مبدأ حسن النية والأمانة التعاقدية.

حيث أن مبدأ حسن النية يفرض على أطراف العقد الموقوف، الالتزام بالمحافظة عليه و العمل على اتخاذ جملة من الإجراءات التي تهدف إلى حماية العقد واستمرار تنفيذه بعد زوال فترة الوقف، فإذا أخذ أحد طرفي العقد وقف التنفيذ ذريعة للإضرار بالطرف الآخر والتخلص من الرابطة العقدية، فإن هذا السلوك بشكل إخلالاً بالعقد يستوجب التعويض.³

ومثل ذلك فإن المتعاقد ملزم بالحفظ على الشيء محل العقد من التلف أو الهلاك، ففي عقد البيع يكون البائع ملتزماً بالحفظ على البضاعة، وفي عقد نقل التكنولوجيا يكون المورد

¹ أحمد مروك، المرجع السابق، ص217.

² حسام الدين كامل الأهواي، المرجع السابق، ص389.

³ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص388.

ملزما بالحفظ على التكنولوجيا التي لم تسلم بعد، والقيام بالإصلاحات الضرورية لها إن لزم الأمر حتى لا تفقد قيمتها.¹

ويتأرجح التزام طرفي العقد الموقوف بالحفظ عليه من خلال القيام بعمل ايجابي، يتمثل في الالتزام بعمل معين كالذى تمت الإشارة إليه أعلاه، أو يتخذ صورة موقف سلبي قوامه امتناع المتعاقدين عن القيام بأى عمل أو تصرف أو إجراء من شأنه التأثير سلبا على وجود العقد.²

ب) الالتزام باستئناف سريان العقد بعد انقضاء فترة الوقف:

يرتهن نجاح نظام الوقف وتحقيقه للغاية التي قصدها طرفي العلاقة التعاقدية، مرهون بمدى قدرة الأطراف على استئناف تنفيذ العقد مرة أخرى، لذلك يلتزم أطراف العقد بالقيام بكافة الإجراءات الالزمة التي تمكّنهم من استئناف العقد،³ ويتحقق ذلك من خلال السعي إلى التخلص من الحدث الذي أدى إلى اختلال توازن العقد.⁴

ويتحقق ذلك إما بزوال الحدث الذي ترتب عليه وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي أو من خلال توصل الأطراف إلى حلول مناسبة لمعالجة التغير في الظروف التي اعترضت تنفيذ العقد، كما هو في الشرط الذي قضى بأنه: "... و على الأطراف عمل ما هو أفضل لديهم لتجنب أو حصر النتائج الضارة المحتملة، مع استئناف التنفيذ الكامل للعقد وقتما يكون ذلك ممكنا...".⁵

¹ شريف محمد غلام، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص343.

² أسميل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط اعادة التفاوض، مقال منشور في مجلة المحقق العربي، جامعة بابل، العراق، سنة 2011، ص127.

³ محمود نديم الخضر، المرجع السابق، ص352.

⁴ أسميل باقر، المرجع السابق، ص127.

⁵ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص780.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

والالتزام باستئناف سريان العقد بعد انتهاء فترة الوقف، هو التزام يفرضه واجب التعاون و حسن النية بين المتعاقدين، للتخلص من العقبات التي تعرّض مير العقد.

كما أن عودة استئناف تنفيذ العقد فيه مصلحة لطرف العقد التجاري الدولي، وبقاءه متوفقا لا يخدم أحدا، ومنه الشرط الذي نص على أنه: "في حالة التغير في الظروف، سوف يتخذ الأطراف الإجراءات الضرورية الكافية لاستبعاد الصعوبات التي سببت الوقف او للتخفيف من أثارها".¹

الفرع الثاني: انقضاء وقف تنفيذ العقد

تختلف طرق انقضاء فترة وقف تنفيذ التجاري الدولي، فقد ينقضي باستئناف السريان العادي للعقد، وقد ينقضي بنهاية مدة العقد ما لم تمت مدته إلى مدة مساوية لفترة الوقف، كما ينقضي إذا أصبح التنفيذ غير مجد في المدة المتبقية للتنفيذ.

أولاً: انقضاء الوقف بانتهاء منته

عند انتهاء المدة المتفق عليه أطراف العلاقة التعاقدية الدولية، يستأنف الأطراف سريان العقد، ويعودان إلى تنفيذ التزاماتهما العقدية، حسب ما تم الاتفاق عليه أثناء مرحلة إعادة التفاوض، وذلك حسب طبيعة العقد إذا كان محدد المدة، فالحالة الأولى التي يكون فيها العقد محدد المدة، فإن مدة توقف العقد يتربّط عليه نقص في الأداءات بالنسبة للالتزامات التي تأثرت بالحدث، حيث لم تعد بالعدد المتفق عليه في العقد، بل نقصت بقدر الأداءات التي انقضت بالاستحالة.²

أما الحالة الثانية إذا كان العقد غير محدد المدة، فإن مركز المتعاقدين لا يتأثر، لا من حيث مدة الوقف ولا من حيث الأداءات التي انقضت بسبب استحالة التنفيذ.

¹LE ROYE (D), Op. cit. p.760.

² أحمد مروك، المرجع السابق، ص 219.

حيث انه يثور تساؤل بخصوص العقد الذي يتم استئنافه بعد انتهاء عملية التفاوض، هل هو العقد الأصلي ذاته؟ أم انه عقد جديد؟

حيث أن الأطراف خلال مرحلة إعادة التفاوض غالبا ما يتلقون على شروط تتأقلم مع الظرف أو الحدث الذي أخل بالتوازن الاقتصادي للعقد، وهي شروط تختلف عن شروط إبرام العقد الأصلي.

وفي هذا الصدد يجيب فقه التجارة الدولية أن العقد الذي يعاد استئنافه هو العقد الأصلي، ولا يتعلق الأمر بعقد جديد، ومرادهم في ذلك، أن الوقف لا يهدم العقد الأصلي أو إزالته، وإنما يؤدي فقط إلى تأجيل تنفيذ الالتزامات العقدية لفترة مؤقتة ومحددة، نتيجة وقوع حدث المبرر لحالة القوة القاهرة أو إعادة التفاوض¹، وتعود العلاقة التعاقدية التي كانت من قبل²، ويسري على العقد القانوني الذي ابرم في ظله.

وستتثنى من ذلك حالة اتفاق الأطراف على خلاف ذلك، فقد يتفق الطرفين على إجراء بعض التعديلات الجوهرية على مقدار الالتزامات التعاقدية أثناء عملية إعادة التفاوض، وهذا لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد الذي اختلف نتيجة التغير في الظروف المحيطة بتنفيذها.

ثانياً: انقضاء الوقف قبل انتهاء مدته

ينقضي الوقف قبل انتهاء مدته في عدة حالات، منها انقضاء الحدث المبرر لحالة القوة القاهرة أو شرط إعادة التفاوض، وعودة التوازن الاقتصادي للعقد إلى الحد الذي يسمح لطرفي العقد بتنفيذ التزاماتهم على الفور، دون الحاجة إلى التوصل إلى اتفاق جديد³، ويعتبر الفقه القانوني أن استئناف سريان العقد بعد زوال سبب الوقف حقا وواجبا لجميع الأطراف

¹ حسام الدين الأهوازي، المرجع السابق، ص 389.

² MOUSSERON (J.M), Op. cit, p.230.

³ أسميل باقر، المرجع السابق، ص 128.

المتعاقدة في الوقت ذاته، ومن ثم تجوز لأي منهم المطالبة باستئناف سريان العقد متى صار ذلك ممكنا، وفي حالة تأخر أحد الأطراف في القيام بذلك، يعد خطأ عقديا، يجيز مطالبته بالتعويض عن الأضرار التي قد تصيب الطرف الثاني استنادا لقيام المسؤولية العقدية.¹

كما تلعب إرادة الأطراف دورا في إنها الوقف قبل انتهاء مده، استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة المعمول به في مجال التجارة الدولية، فهي التي أقرت وقف التنفيذ، فهي تضطلع بالمهمة ذاتها في إنهاء الوقف.

ثالثا: انتهاء الوقف في حالة عدم الجدوى من تنفيذه خلال المدة المتبقية

قد يتفق المتعاقدون في مجال التجارة الدولية على إنهاء الوقف قبل مده، في حالة ما رأى الطرفان أن التنفيذ في المدة المتبقية غير مجد أو غير مفيد، وان الفترة المتبقية من التنفيذ أصبحت لا تحقق الغاية المنشودة من العقد، ولا تحقق مصلحة الطرفين.²

ونخلص مما خلال ما سبق الإشارة إليه، أن وقف الالتزامات العقدية مؤقتا نتيجة الاستحالة التي تسبب فيها الحدث الغير متوقع من الطرفين، وأدى إلى الإخلال بالتوزن الاقتصادي للعقد، يعد الأثر المباشر لوقف تنفيذ العقد التجاري الدولي، أما الالتزامات الثانوية الغير مرتبطة بالالتزام الرئيسي فلا يتم وقفها، كما ان وقف تنفيذ العقد مؤقتا يفرض بعض الالتزامات على طرفي العلاقة العقدية بهدف الحفاظ على العقد، والاستمرار في تنفيذه بعد زوال العائق المتبين في تغير الظروف المحيطة بتنفيذ العقد منها كما رأينا الالتزام بالحفظ على العقد والالتزام باستئناف سريان العقد.

¹ حسام الدين كامل الأهوازي، المرجع السابق، ص 389.

² ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 791.

المبحث الثاني: إعادة التفاوض بحسن نية

تستند فكرة إعادة التفاوض في مجال عقود التجارة الدولية إلى مبدأ حسن النية¹، الذي يعتبر من أهم المبادئ التي يقوم عليها العقد، سواء في إطار قانون التجارة الدولية، أو في إطار نظرية العقد في القوانين الداخلية²، فمبدأ حسن النية يمنع طرف في العلاقة التعاقدية من أن يطلب إعادة التفاوض على العقد وتعديل أحکامه إلا في حالة وقوع حدث يترتب عليه اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، وان يتسبب في إرهاق شديد لأحد المتعاقدين، ويصيّبه بأضرار فادحة لا تناسب مع المكاسب التي يتّعوّد عليه من تنفيذ العقد.

أما في مرحلة إعادة التفاوض يتخذ مبدأ حسن النية معنى آخر، حيث يستوجب على كل طرف أن يقدم اقتراحات جادة، تهدف إلى الوصول إلى حلول بين الطرفين.

ويعد الالتزام بإعادة التفاوض يفرضه شرط Hardship الخصيصة الرئيسية لهذا الشرط ، والتي تمكنه من الحفاظ على بقاء واستمرار العقد، وتميزه عن بعض الآليات الأخرى التي قد يستخدمها الأطراف لتعديل العقد.³

ولعل التساؤل الذي يطرح هنا هل الالتزام بإعادة التفاوض بحسن نية هو التزام بتحقيق نتيجة أو ببذل عناء؟ هذا ما سنجيب عليه من خلال تفسيم هذا المبحث إلى

¹ مبدأ حسن النية هو حالة مجردة غير ملموسة ليست ذات معنى قانوني أو معنى اصطلاحي، راجع في ذلك ابن منظور أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي، لسان العرب، فصل التواب باب (نوى)، المرجع السابق، ص 114. ويعرف كذلك انه اليقين القائم على اعتقاد غير صحيح في أن تصرفا ما يطابق ما يتطلبه القانون فيه، فيترتب على ذلك أثار قانونية من شأنها حماية ذي المصلحة من الأضرار التي يسببها التطبيق الجامد للقواعد القانونية. راجع في ذلك: حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، الطبعة الأولى، ب.د.ن، ب.ب.ن، سنة 1960، ص 76.

ويعرف كذلك على انه التزام الطرف المتعاقد بمراعاة مصالح وتوقعات الطرف المقابل بما يضمن نزاهة المعاملات القانونية وتمثيل مصالح أطراف العلاقة التعاقدية بشكل متوازن.

ragع في ذلك: محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، العدد 54، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، سنة 2012، ص 231.

² هي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 243.

³ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 189.

مطلبين الأول يتضمن القواعد التي تحكم إعادة التفاوض والمطلب الثاني يضمن نتيجة إعادة التفاوض.

المطلب الأول: القواعد التي تحكم إعادة التفاوض

تجسد عملية إعادة التفاوض في مراجعة العقد أو أحد عناصره، في الحدود المتفق عليها بين الطرفين، وبما أن عملية إعادة التفاوض تتم تحت غطاء مبدأ سلطان الإرادة،¹ كما سبق الإشارة إليه، فإن هذا المبدأ لا يعد مطلقاً بل ترد عليه بعض القيود الشكلية والموضوعية، ولما كانت عملية التفاوض والدخول في فيها تستلزم مبادرة الطرف المتضرر بخطار بقية الأطراف الأخرى عن الحدث الذي ترتب عليه اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، وأنه أصبح مرهقاً له إرهاقاً يتجاوز الحد المألف، فعلى الطرف المتضرر اتخاذ إجراءات شكلية معينة لخطار الأطراف الأخرى.

ومن جهة أخرى فإن عدم احترام الإجراءات الشكلية، قد يترتب عليه عدم بدأ المفاوضات من الأصل، أما من حيث الموضوع فإن إعادة التفاوض يجب أن يتسم بحسن النية والتعاون، وأن تقسم اقتراحات الأطراف بالموضوعية والعدالة والمنطق.²

والسائل الشكلية التي يمكن أن تكون محل خلاف في عملية إعادة التفاوض، هي المدة التي يجب على الأطراف إعلان قبولهم الدخول في التفاوض، وما هو الشكل الذي يتخده الرد على الطرف الآخر؟

وللإجابة على ذلك نستعرض حالة قبول إعادة التفاوض (الفرع الأول) ثم ننطرق إلى المعايير التي يتم على أساسها إعادة التفاوض (الفرع الثاني).

¹ يقصد بمبدأ سلطان الإرادة حرية الإرادة وكفايتها في إنشاء العقود وتحديد أثارها، فالإرادة هي أساس قدرة العقد على إنشاء الالتزام وأساس قوته الملزمة لعاقبيه.

² شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 194.

الفرع الأول: قبول إعادة التفاوض

يوجب شرط إعادة التفاوض المتعاقد المتضرر من حدث أدى إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، من إخطار المتعاقد الآخر في أقرب وقت ممكن من وقوع الحدث باعتباره صاحب المصلحة الأولى في مراجعة العقد، وإعلامه كذلك بالوسائل التي يمكن أن تكون علاجاً لهذه الوضعية.¹

إذا تم الإخطار وقبول المتعاقد الآخر الدخول في مفاوضات ، فإن ثمة قواعد شكلية تحكم عملية التفاوض سواء من حيث المدة التي يجب من خلالها قبول التفاوض، أو من حيث الشكل الذي يجب أن يتبعه القبول.²

وفي حالة رفض المتعاقد الآخر الدخول في مفاوضات فإن ذلك يعد مخالفة يستوجب معها تطبيق المسئولية العقدية، مع التعويض خاصة إذا كان رفضه غير مبرر³.

أما إذا كان رفض المتعاقد مبرراً، ويمثل الأسباب الجدية التي تمنعه من الدخول في التفاوض، ففي هذه الحالة يطرح تساؤل حول الوسيلة التي يمكن للطرف المضرور إرغام الطرف الآخر من الدخول في مفاوضات؟ وفي ظل غياب اتفاق بين الأطراف، يرجع في هذه الحالة إلى القواعد العامة، عن طريق الدفع بعدم التنفيذ، الذي يتمثل في امتلاع أحد المتعاقدين عن عدم تنفيذ التزامه مؤقتاً، مادام المتعاقد الآخر لم ينفذ التزامه⁴.

¹ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 194.

² محمد حسين عبد العال، التنظيم الإنفافي للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عملية التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1998، ص 134.

³ FABRE (R), Op,cit,p.91.

⁴ LA FONTAINE (M), Op.cit., p.267.

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

كما يعتبر الدفع بعدم التنفيذ وسيلة تهديد يستخدمها الدائن لاجبار المدين المتقاعس على تنفيذ التزامه، كما يمثل ضمانة للدائن الذي يدفع بعدم التنفيذ إذ يوقف التزامه إلى حين تنفيذ المدين لالتزامه، مما يحميه من إعسار مدينه قبل التنفيذ.¹

أ) مدة القبول:

تعتبر مدة قبول الطرف الآخر الدخول في مفاوضات، ذات أهمية بمكان نظراً للظروف المحيطة بتنفيذ العقد، وكذلك ظروف التفاوض، ما دام أنها لا تتم إلا لتجنب الأضرار الناتجة عن التغير في الظروف، ومن أجل إيجاد الحلول المناسبة لهذا التغير

حيث تتصف تلك التغيرات عادة بالخطورة والجسامنة يترتب عليها أضرار ونتائج ضارة قد تصيب طرف العقد أو أحدهما على الأقل²، وتفادياً لهذه الأضرار يتوجب على الطرف الثاني أن يجبر طلب المتعاقدين الآخر في أسرع وقت ممكن، والتباطؤ في الرد قد يؤدي إلى تفاقم الأضرار³.

وفي غالبية عقود التجارة الدولية لا يهتم أطرافها بمسألة تحديد مدة القبول، فهم يحددونها بشكل صريح في عقودهم باتفاقهم على أنه: "...يجب على المتعاقدين أن يوضح إجابته في مدة قصيرة..."⁴، وقد يحدد الأطراف هذه المدة بشكل ضمني.

ويتم ذلك عندما يتفق الأطراف على الالقاء في أقرب وقت ممكن لدراسة التغيرات التي طرأت على تنفيذ العقد، بهدف الوصول إلى اتفاق جديد، ويمثل اللقاء الطرفين لدراسة

¹ حسام الدين كامل الأهوازي، المرجع السابق، ص 390.

² ترتبط أهمية المدة التي يجب أن يتم خلالها قبول التفاوض بطبيعة عقود التجارة الدولية، من حيث كونها عقوداً تقسم بضخامتها و أهميتها الكبيرة بالنسبة لطرفها وكذلك الدول التي ينتمون إليها، و تتفيداً لذلك العقود يدخل الأطراف في علاقات متعددة ومتباينة، والتأخير في قبول التفاوض يترتب عليه مجموعة من الأضرار تصيب كل المتعاملين مع المشروع الأصلي، ونظراً لأهمية تنفيذ الالتزام في المواعيد المحددة في هذه العقود، يجب أن تتم إجابة المتعاقدين لطلب إعادة التفاوض في شأن العقد في أسرع وقت ممكن. راجع في ذلك: محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 160.

³ ياسر شحادة مرزوق ضبابيات، المرجع السابق، ص 276.

⁴ شريف محمد غمام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 196.

التغيرات خلال مدة معينة، يعني ذلك أن إجابة الطرف الآخر للدخول في مفاوضات تكون خلال هذه المدة،¹ ومن أمثلة ذلك الشرط الذي نص بأنه: «في حالة التعديلات المهمة التي يمكن أن تؤدي إلى اختلال كبير في سعر تحويل العملات التي أشار إليها الأطراف في عقدهم، فإنهم يتقبلون دراسة هذه التعديلات في أقرب وقت...».²

وبحسب رأي فقه التجارة الدولي فإن تحديد هذه المدة هو تحديد ضمني لها لا تحديد صريح، فالأطراف لا يلتزمون الدقة في تنظيم شروط إعادة التفاوض، لدرجة تنظيم كافة المسائل الفرعية والنفاط الصغيرة التي تحتوي عليها هذه الشروط، كما قد يتفق الأطراف إلى ترك هذه الأمور إلى القواعد العامة، وان كان الأمر يتوجب إجابة المتعاقدين على طلب الدخول في التفاوض في أسرع وقت ممكن، تماشياً مع الموقف الاستثنائي الذي يتواجد فيه الأطراف.³

ثانياً: شكل القبول

يقصد بشكل القبول الصيغة أو القالب الذي ينبغي على الأطراف أن يفرغوا فيه التعبير عن إرادتهم في قبولهم الدخول في عملية التفاوض، بعد تقييمهم الإخطار بالتغير في الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، وبخصوص ذلك ظهر رأيان في الفقه القانوني الدولي، الأول ذهب إلى أن الشكل الأمساوي الذي يتم فيه القبول يجب أن يكون مكتوباً مسجل بعلم الوصول⁴.

والرأي الثاني ارجع ذلك إلى طبيعة العلاقة التي تربط أطراف العقد، فإذا كان المتعاقدين مرتبطين بعلاقة وثيقة وتعامل حسن بينهم لفترة طويلة لا يشوبها أي خلاف أو توتر أو نزاع، فيكفي في هذه الحالة توجيهه مجرد خطاب عادي أو اتصال هاتفي للتعبير عن

¹ ياسر شحادة مرزوق ضبابات، المرجع السابق، ص 276.

² PHILIPPE (D), Op.cit, p.246.

³ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 197.

⁴ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 564.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

القبول، ولا يتطلب الأمر إفراغه في شكل معين، لا سيما إذا كان المتعاقدان ينتميان إلى وسط مهني معين.

والأمر على خلاف ذلك إذا كانت هذه العلاقة على خلاف ذلك حديثة ويسودها التوتر القلق والاضطراب، ويسودها جو من عدم الثقة، ففي هذه الحالة يحرص الأطراف على تحديد الشكل الذي يجب أن يتخدذه قبولهم الدخول في عملية التفاوض.¹

ومن جانبنا نرى أنه يتغير على أطراف العقد التجاري الدولي، أن القبول يجب أن يتم بأي وسيلة حديثة، خاصة مع تطور الوسائل الاجتماعية الحديثة ، وذلك بهدف الحفاظ على العلاقة التجارية الدولية والاستمرار في تنفيذ العقد، خاصة أن عقود التجارة الدولية أصبحت تمثل عصب الحياة، وعلى أطراف العلاقة العقدية ترجيح مصلحة العقد.

كما يثور التساؤل في حالة أبدى أحد أطراف العقد رغبته في التفاوض وسكت الطرف الآخر وعدم إبدائه الرد الإيجابي، فهل يمكن اعتبار ذلك السكوت قبولا؟ أم رفضا للتفاوض؟

وبالرجوع إلى أحكام القانون المدني، فإن السكوت يعتبر موقف سلبي، ولا يمكن اعتباره تعبيرا عن الإيجاب، لأن الإيجاب عرض، والعرض لا يمكن أن يتم إلا بشكل إيجابي، إلا أن ذلك السكوت يمكن أن يكون قبول على سبيل الاستثناء في بعض الحالات التي حددتها القانون²، فإن السكوت فيما بينهم بخصوص تلك المعاملات يعد قبولا لا رفضا³.

¹ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص565.

² المادة 68 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على أنه: " إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن ينطر تصریحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب، و يعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بمعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب بمعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

³ LE ROYE (D), Op. cit, p.753.

الفرع الثاني: معايير إعادة التفاوض

يمنح مبدأ سلطان الإرادة الحرية التامة لأطراف العقد التجاري الدولي في تحديد الطريقة أو الكيفية التي تتم عن طريقها إعادة التفاوض من أجل إيجاد الحلول المناسبة لتغير الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، إلا أن ذلك لا يتم بشكل جزافي، بل لا بد على الأطراف إتباع أسس ومعايير يستعينون بها لإعادة التفاوض حول مصير العقد، كما يتوجب على أطراف العلاقة العقدية تحديد الهدف الرئيسي من إعادة التفاوض، وهل يسعى الأطراف إلى إعادة التوازن الأساسي للعقد الذي اختل بسبب تغير الظروف؟ أم يسعون إلى رفع الضرر الفادح الذي تسبب في تغير الظروف، أم أنهم يقصدون الأمر معا، رفع الضرر عن الطرف المضرور وإعادة التوازن الاقتصادي للعقد.¹

إن غالبية الشروط التعاقدية لا تتطرق إلى تحديد معايير معينة يتم على أساسها مراجعة العقد، وحتى الأطراف من النادر جدا أن يتفقوا على معيار معين لإعادة التفاوض، ولكن الفقه القانوني طرح ثلاثة معايير، يمكن للأطراف العقد التجاري إتباعها لمراجعة العقد نتيجة تغير الظروف، هذه المعايير تتمثل في المعيار الموضوعي، والشخص ثم المعيار المختلط.

أولاً: المعيار الموضوعي

وفقا لهذا المعيار يمكن الهدف الرئيسي من إعادة التفاوض هو إعادة التوازن الأساسي للأداءات المتعاقدين إلى الحال الذي كان قائما وقت إبرام العقد أو إلى توازن قريب منه،² وحسب المعيار الموضوعي لا يهتم الأطراف بال موقف الشخصي لأحد هم لا إلى الأضرار التي أصابت أحدهم أو إلى المكاسب التي حصل عليها الطرف الآخر، ودون

¹ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 200.

² LAFONTAINE(M), Op, cit, p.515.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

الأخذ في الاعتبار المراكز المالية للطرفين، ويقول حسب هذا المعيار على العقد والأداءات التعاقدية التي يرتباها وليس الأطراف الملزمون بتنفيذها.¹

ويقوم هذا المعيار على أساس مادية وحسابية بحثة، إذ يقوم أطراف العلاقة التعاقدية بالأخذ بعين الاعتبار أجزاء العقد التي تأثرت نتيجة الحدث، ثم يقومون بإعادة تقييم كل العناصر الموضوعية للعقد بغية التوصل إلى التوازن الاقتصادي الأصلي، الذي يعد أساسا لإعادة التوازن الاقتصادي إلى العقد مجددا.²

ومن أمثلة الشروط التعاقدية التي تشير إلى هذا المعيار الشرط الذي ينص على أنه: "يتم تعديل العقد بطريقة تضع الأطراف في موضع متوازن مقارنة بالوضع الذي كان موجودا وقت إبرام العقد الحالي"³

وكذلك يعتمد الأطراف على مستوى الأسعار والأثمان والتوازن الأساسي للعقد، وسعر السوق وم مستوى التكاليف ونحو ذلك⁴.

ويتميز المعيار الموضوعي بالثبات في التطبيق، باعتماده على أساس وعناصر موضوعية ذات صلة بالعلاقة التعاقدية وتوازنها بعيدا عن الجوانب الشخصية، ويحقق الغاية من إعادة التفاوض المتمثلة في إيجاد معالجة للتوازن الاقتصادي للعقد، أو مقاربة لتلك التي أبرم العقد في ظلها، كما يحقق هذا المعيار المساواة بين أطراف العقد التجاري الدولي.

ومن جانبه أخذ التحكيم الدولي بالمعايير الموضوعي نجده في القرار التحكيمي الصادر في قضية Quintette في 27 ماي 1991 حيث قالت هذه الهيئة بتطبيق أحكام المادة التاسعة من العقد التي نصت على أنه: "...في حالة حصول تغير ملحوظ في سوق

¹ عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص.55.

² ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص.831.

³ «...de façon à remplacer les parties dans une position d'équilibre, comparable à celle qui existait ou moment de la conclusion du présent contrat.».

V FONTAINE.M, Op.cit,p.32,

⁴ LAFONTAINE(M), Op. cit, p.516.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

الفحم ... سيتفاوض الأطراف بحسن نية للوصول إلى إعادة توازن صحيح و معقول و مناسب".

ثانيا: المعيار الشخصي

يعتمد تطبيق هذا المعيار التركيز على الظروف المحيطة بالأطراف المتعاقدة، لا سيما الطرف المتضرر من التغير في الظروف، وما لحقه من مشقة، ونقطة الارتكاز التي يعتمد عليها المعيار الشخصي هي العوامل والظروف الشخصية ذات الصلة بالأطراف، فهي التي تشكل العنصر في معالجة الاختلال وإعادة التوازن.

ومن أمثلة الشروط الذي تبني المعيار الشخصي الشرط الذي نص على أنه: "يجب أن تتم المفاوضات بشكل عادل، وفي روح من الأمانة التي تعتبر الأساس في العلاقات التي تربط بين الأطراف وبشكل يأخذ في اعتباره الأضرار التي أصابت المدين" ،¹ وكذلك الشرط الذي أقر بأنه: "... على أن يتم كل شيء على أكمل وجه للتضامن المتبادل...".²

حيث أن المعيار الشخصي يهتم بعدالة الأداءات بين التزامات الأطراف المتعاقدة، زيادة عن اهتمامه بمقدار الخسارة التي يتعرض لها أحد الأطراف، ومقدار الأرباح التي يتحققها الطرف الآخر جراء حالة التغير في الظروف و اختلال التوازن.³

كما يتجه رأي بعض الفقه إلى القول أن المعيار الشخصي يعتمد بشكل كبير في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، على مبادئ العدالة والإنصاف، حيث يشير إلى ضرورة معالجة الاختلال في التوازن إلى تقييم النتائج الضارة بين الأطراف بالعدل والإحسان.⁴

¹ ياسر شحادة مرزوق ضبابات، المرجع السابق، ص 289.

² «... afin que tout passe en parfaite loyauté réciproquent. » V FONTAINE.M, Op.cit,p.514

³ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 821.

⁴ OPPETIT (B), Op., cit,p.800.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

ومن أمثلة ذلك الشرط الذي ينص على أنه: "يجب أن تكون المراجعة مناسب وعادلة وفقا لظروف المتعاقدين وفي روح من حسن النية والأمانة التي تشكل أساسا في العلاقة العقدية، مع الأخذ بعين الاعتبار الأضرار التي أصابت المدين" ،¹ ويقصد بالعدالة هنا، العدالة في توزيع الربح والخسارة التي يحصلها عليها كل متعاقد، فهي عدالة شخصية لا موضوعية.

وعلى الرغم من الميزات الحسنة التي يتميز بها المعيار الموضوعي والمعيار الشخصيين إلا أن المتعاملون في حقل التجارة الدولية، يرغبون دائما في إضفاء على علاقتهم التجارية صبغة أخلاقية على تعاملاتهم، والتمسك ببعض المبادئ منها حسن النية والأمانة، والعدالة، حيث ظهر اتجاه آخر يجمع بين المعيارين، لتلافي النقص عن إعمال أحدهما عن الآخر، والجمع بين ميزات العيارين معا في معيار سمي بالمعيار المختلط.

ثالثا: المعيار المختلط

لقي المعيارين الموضوعي والشخصي انتقادات من طرف الفقه القانوني، وتسجيل بعض من جوانب القصور التي انتابت المعيارين الموضوعي والشخصي، ظهر رأي آخر في الفقه يدعوا إلى تبني معيار مختلط،² حيث يعتمد المعيار المختلط على أساس فكرة العدالة والإنصاف في توزيع الخسائر والأرباح بين الأطراف بين الأطراف المتعاقدة، والأخذ بفكرة التوازن الاقتصادي للعقد، وتوازن الأداءات العقدية والأسعار الجديدة والتكاليف ونحو ذلك.³

ومن أمثلة الشروط التعاقدية التي أخذت بالمعيار المختلط، الشرط الذي ينص على أنه: "في حالة وقوع أحداث غير متوقعة يكون من أثرها تغير الأساس الاقتصادي للصفقة الحالية، مسببة ضررا لأحد الأطراف، فإنه وبنفس الروح التي كانت موجودة وقت إبرام

¹ LA FONTAINE(M), Op.cit,p.515.

² OPPETIT (B), Op.cit,p.803.

³ LAFONTAINE(M), Op.cit,p.516.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

العقد، يضع الأطراف اتفاقا حول تعديل وقت التنفيذ... بطريقة تعيد الأطراف إلى وضع متوازن بالمقارنة بالوضع الذي كان موجودا وقت إبرام العقد، وبشكل يرفع الضرر عن المدين.¹

كذلك الشرط الذي ينص على أنه: "نفس روح حسن النية التي كانت موجودة وقت إبرام العقد الحالي... يتم تعديل العقد بطريقة تضع الأطراف في وضع متوازن بالمقارنة بال موقف الذي كان موجودا وقت إبرام العقد الحالي وبشكل يرفع الضرر الفادح عن الأطراف".²

هذا وقد تبني دليل اليونيسف الخاص بصياغة العقود الدولية لتشديد المنشآت الصناعية، المعيار المختلط في عملية إعادة التفاوض و تعديل العقد حيث جاء في الدليل: إن مبدأ حسن النية يجب أن يطبق في تحديد التعديل المطلوب، وأن هذا التعديل يجب أن يسعى نحو ضمان الأداء الكامل للالتزامات التعاقدية إلى أقصى حد ممكن، مع ضرورة أن لا يكون هناك أي ضرر غير مبرر لأي من الأطراف ينجم عن هذا التعديل، حيث يجب أن يسعى ذلك التعديل إلى الحفاظ على توازن المصالح القائم بين الأطراف.³

يتبيّن من خلال ما تم التطرق إليه في هذا المبحث أن إعادة التفاوض بحسن نية في عقود التجارة الدولية، هو التزام يقع على طرفي العقد التجاري الدولي، هو يلزم الجميع بالتعاون فيما بينهم، من خلال ضرورة إعلام كل طرف الطرف الآخر بالواقع ذات الأهمية التي أعاقت تنفيذ العقد التجاري الدولي.

كما يلزم مبدأ حسن النية أطراف العقد، على أن يصيغ كل طرف اقتراحات جادة وهادفة من شأنها تخفيف الضرر الذي لحق بأحد طرفي العقد، تحقق مصلحة الطرفين

¹ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 205.

² LAFONTAINE (M), Op. cit, p.519.

³ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 39.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

وتعيد التوازن الاقتصادي للعقد، كما يتوجب في نفس الوقت أن يقبل الطرف الآخر الاقتراحات المعقولة التي يقدمها الطرف الآخر¹.

كما لا يتوجب على أطراف العقد التجاري الدولي التعسف من خلال رفض الاقتراحات التي يقدمها أحد الأطراف بحجة أنها لا تخدم مصالحه، وإلا اعتبر سوء النية.²

في الأخير فإن التزام الأطراف بإعمال مبدأ حسن النية في مرحلة إعادة التفاوض، والتزامهم بالتعاون فيما بينهم³، من أجل معالجة الحدث الذي أدى إلى التغير في الظروف، وقدم كل طرف منهما اقتراحات جادة من شأنها أن تعالج الوضع وتسرع في إعادة استئناف سريان العقد، بغرض الحفاظ على العلاقة التعاقدية الدولية.

فإن الأطراف بذلك يكونون قد طبقو مبدأ حسن النية في مرحلة إعادة التفاوض، حتى ولو لم يتوصلا إلى اتفاق مشترك بينهما، والالتزام بالتفاوض بحسن نية هنا هو التزام ببذل عناء وليس بتحقيق نتيجة.

المطلب الثاني: نتيجة إعادة التفاوض

يسعى أطراف العلاقة التعاقدية في عقود التجارة الدولية من خلال عملية إعادة التفاوض، إلى إيجاد الحلول المناسبة والناجعة لمعالجة مشكلة تغير الظروف التي ألمت بتنفيذ العقد، نتيجة وقوع حدث تتوفر فيه شروط القوة القاهرة والتي نتج عنها استحالة مؤقتة في تنفيذ العقد التجاري الدولي، و تستند فكرة إعادة التفاوض على مبدأ حسن النية الذي يحكم العلاقة التعاقدية في عقود التجارة الدولية دون الحاجة إلى وجود نص خاص.

¹OPPETIT (B), Op.cit,p.807.

²MAZEAUD (D), Op.cit,p.768.

³قرار التحكيم في القضية رقم 2443 لسنة 1975، حيث جاء في قرار هيئة التحكيم ما يلي: "يجب أن يعلم الأطراف جيداً أن التعاون بينهم هو الذي يسمح بحل كل المشكلات التي قد تواجههم، و يجد الالتزام بالتعاون على أساسه في مبدأ حسن النية الذي يحكم تفاصيل العقود الدولية"، أشار إلى هذا الحكم: أحمد مروك، المرجع السابق، ص 230.

حيث إنم بدا حسن النية يفرض على طرف في العقد التجاري الدولي الانخراط في المسار الإيجابي لضمان استمرار العقد، و التعاون فيما بينهم لتجاوز كل العقبات التي من شأنها أن تعيق التنفيذ العادي للعقد، حيث أن الأصل في إعادة التفاوض هو بذل عناء و ليس تحقيق نتيجة، لكن قد يكون هناك اتفاق بين الأطراف إثناء إعادة التفاوض الوصول إلى تحقيق نتيجة، وهذا بطبيعة ناتج من إرادة الأطراف باعتبارها ممارسة عقدية.¹

هذا ويسعى كما قلنا في السابق أطراف العلاقة التعاقدية الدولية من خلال إعادة التفاوض، إلى إيجاد الحلول المناسبة والناجعة لتجاوز مشكلة تغير الظروف والحفاظ على العقد وضمان استمراره، فيترتب عن عملية إعادة التفاوض التزامات على عاتق الطرفين، وهذا يطرح التساؤل عن ما مصير العقد في حالة نجاح عملية إعادة التفاوض؟ أو في حالة فشلها، وما هي الأحكام التي تترتب عن ذلك؟ هذا ما سنحاول التطرق إليه في هذا المطلب من خلال معرفة مصير العقد في حالة نجاح المفاوضات (الفرع الأول) وتناول في (الفرع الثاني) حالة فشل المفاوضات بين الطرفين.

الفرع الأول: مصير العقد في حالة نجاح المفاوضات

يعد نجاح المفاوضات النتيجة الطبيعية التي يقصدها الطرفان عادة حيث تكون لدى كل منهما رغبة حقيقة وجادة في الوصول بالتفاوضات إلى نهاية مرضية لهما تحافظ على استمرار العقد، حيث لا يتأتى ذلك إلى بتحمل كافة الأعباء الناتجة عن صعوبة تنفيذ العقد من خلال التزام كل طرف بالتعاون الإيجابي مع مقترحات الطرف الآخر، والامتناع عن كل فعل من شأنه أن يؤدي إلى إفشال المفاوضات.²

هذا ويشير نجاح الأطراف في التوصل إلى اتفاق بتعديل العقد، الذي يترب عن إقرار أحكام جديدة للعقد، تساءلا حول تكيف هذا الاتفاق، هل يعد عقداً جيداً؟ أم هو الاستمرار

¹ ميهوب حسين محمد العزي، المرجع السابق، ص335.

² أحمد مروك، المرجع السابق، ص233.

للعقد الأصلي مع تعديل بعض أحكامه؟ وهذا يفرق الفقه القانوني بين النظام القانوني للعقد المعدل والعقد الجديد، فبالنسبة للعقد الأول تستمر ملحقاته تلقائياً، تختفي في العقد الثاني بسبب انقضاء العقد.¹

ومن هنا انقسم رأي الفقه القانوني إلى اتجاهين، من هم من يقول أن الاتفاق الجديد هو تعديل للاتفاق الأصلي (أولاً) والاتجاه الثاني يرى أن الاتفاق الجديد هو تجديد للعقد الأصلي وليس استمرار له (ثانياً).

أولاً: الاتفاق الجديد تعديل للاتفاق الأصلي

يسعى الأطراف من خلال عملية إعادة التفاوض، بشأن العقد التجاري الدولي إلى الوصول إلى اتفاق يعالج مسألة التغير في الظروف المصاحبة لتنفيذ العقد، كما يسعى الأطراف إلى المحافظة على العقد الأصلي.

وهذا المسعى يستمد من إرادة الأطراف، لذلك يرى أصحاب هذا الاتجاه وينتصرون لفكرة بقاء العقد الأصلي قائماً، ويصفون الاتفاق الذي توصل إليه الأطراف بأنه ليس إلا تعديلاً للعقد الأصلي.

وبحسب أنصار هذا الاتجاه الذي يأخذ بالعبارة من نتائج التعديل، حيث يرى الأستاذ "ALMEIDA" انه مهما يكن فإن التعديلات المتفق عليها من قبل الأطراف تؤدي إلى نتائج محددة تتمثل في:

- أ- تعديل محل الالتزام الرئيسي (تغيير الأداء أو أجل التنفيذ)،
- ب- إنشاء التزام جديد أو أكثر،
- ت- إلغاء التزاماً أو عدة التزامات التي تم الاتفاق عليها،

¹GHOZI (A), La modification de l'obligation par volonté des parties, Etude de droit civile français, L.G.D.J, Paris, France, 1980, p.04.

ج-استبدال التزام أو أكثر من الالتزامات المتفق عليها¹

حيث يؤيد هذا الاتجاه الفقيه Régis الذي يرى أن اتفاق الأطراف على تعديل العقد لا يمس الالتزامات وحدها بل يمتد إلى العقد ككل حيث يقول: "...يجب التساؤل عما إذا كان الاتفاق على التعديلات المستقبلية يؤدي إلى تعديل بسيط للعقد أو إلى تجديده، وبصورة مختصرة هل الاتفاق يؤدي إلى تعديل بسيط أو إلى عقد جديد؟، حيث أن لهذا التساؤل أهميته، إذ يمكننا افتراض أنه في هذه الحالة إذا كان التجديد ضمنيا.

فإن تجديد العقد يؤدي إلى فقدانه الضمانات المرتبطة بالعقد الأول، كما يجب النظر كذلك إلى تاريخ التجديد لتحديد أهلية الأطراف في القانون الواجب التطبيق في حالة التعديلات التشريعية الطارئة بعد انعقاد العقد الأول.²

أما إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى طرح آليات لتنفيذ الالتزام الأصلي أو الاتفاق على آليات جديدة لدفع الثمن أو شروط التسلیم أو زمان أو مكان هذا التسلیم أو امتداد في مدد تنفيذ العقد فهذا لا يعد من قبيل تجديد الالتزام والأمر هنا يتعلق بالعقد الأصلي ولكن مع تعديل بعض شروطه.³

حيث يبرر أنصار هذا الرأي بقولهم أن فكرة تجديد العقد تتعارض مع فكرة شرط إعادة التفاوض التي تؤيد استمرار العقد الأصلي وحاجتهم في ذلك تتمثل في:

¹ هي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص174.

² «Mais il faut se demander si ce consentement donne à l' origine pour des adaptations futures entraîne une simple modification du contrat ou plus catégoriquement sont renouvellement. En bref, l'accord porte-t-il simplement sur la modification ou sur un nouveau contrat modifie L'intérêt de la question est important. On peut admettre, en effet que dans ce cas-là, comme en de tacite de suretés qui accompagneront la première convention, de même c'est au moment de renouvellement qu'il faudra se placer pour apprécier la capacité des parties de la loi applicable en cas des modifications législatives introduites postérieurement au premier contrat. FABRE (R), Op.cit, p.26.

³ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص247.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

- اتجاه نية الأطراف المفترضة إلى بقاء الوضع الراهن، معتبرين التغيير يأخذ صورة التعديل.

الهدف الأصلي من شرط إعادة التفاوض هو المحافظة على العقد الأصلي وليس هدمه.¹

وبحسب هذا الرأي فإن العقد الأصلي يبقى قائما، والتعديل يمس فقط شروط العقد، ولا تتجه نية الأطراف إلى خلق اتفاق جديد،² كما أن الأستاذ REINE، يرى من جانبه أن هذا التعديل يعد تغييرا في العقد وليس تجديدا.

حيث يعرف هذا التغيير على أنه: تصرف قانوني والذي من خلاله يتفق الأطراف خلال التنفيذ على تغير عنصر أو عدة عناصر من العقد الذي يربطهم، دون اللجوء إلى إنتهاء الرابطة العقدية الرئيسية".³

كما يبرز الأستاذ REINE أهمية التغيير في العقد كمفهوم قانوني بقوله: "... أن تغيير الالتزام غير كافي ليرقى إلى التزام جديد، وفي المقابل لا يمكن تجاهل هذه المسألة في حالة التغيير الجوهرى وتكون الفائدة الكبيرة لمفهوم التغيير في المحافظة على العلاقة العقدية الأولى، بحيث يتحقق هذا المفهوم الأثر المرجو من شرط إعادة التفاوض، في غياب اتفاق يسمح بمعرفة اصراف إرادة المتعاقدين إلى التجديد، باستبدال عقدهم العقد الأول بالتجديد، إذ أن هدفهم يتمثل في استبدال الشروط غير المجدية بشروط معدلة، مع الحفاظ على الأحكام الرئيسية التي تمس أو تتضرر بفعل الحدث المخل بالعقد".⁴

¹أكرم عبد ريسان، المرجع السابق، ص229.

²نصيرة بوجمعة السعدي، المرجع السابق، ص275.

³«La modification peut de se définir comme l'acte juridique par lequel les parties conviennent de changer en cours d'exécution un ou plusieurs éléments de la convention qui les lie sans aboutir à la rupture du lien contractuel initial » V ALCHKAR .R, Op.cit, p.205.

⁴«En effet si l'intérêt d'une telle reconnaissance est quasiment absent lorsque la modification porte sur les modalités d'exécution, la transformation de l'obligation apparaissent pas suffisante pour engendrer une nouvelle obligation, en revanche la question acquiert, une importance non négligeable en présence de modification substantielle..., l'intérêt majeur de la modification réside justement dans le maintien du lien contractuel primitif. Elle

ومما سبق نرى نحن من جانبنا نقول أن تكيف الاتفاق المترتب على عملية إعادة التفاوض، يجب أن يكون مطابقا للإرادة الصريحة لأطراف العلاقة التعاقدية، وفي حالة الشرط الذي يسمح بمعرفة انصراف إرادة المتعاقدين إلى تجديد العقد، فإن الاتفاق الجديد الذي يبرم بين المتعاقدين يكون تعديلا للاتفاق الأصلي و ليس تجديدا للعقد، تماشيا مع الغية و الهدف الذي يرمي إليه شرط إعادة التفاوض وهو كما رأينا سابقا، المحافظة على العقد الأصلي والاستمرار في تفيذه.

ثانيا: الاتفاق الجديد هو تجديد العقد الأصلي

يرى جانب آخر من الفقه القانوني أن الاتفاق الذي يصل إليه الأطراف بعد عملية إعادة التفاوض هو عقد جديد، فإعادة التفاوض تتضمن تجديدا للعقد الأصلي لا تعديلا له، ويعرف التجديد على أنه: "عملية قانونية يحل من خلالها التزام جديد محل التزام قديم، وفيه إنشاء لالتزام جديد مرتبط بانقضاء الالتزام القديم".¹

و يعرف كذلك بأنه: "الاتفاق على استبدال عنصر أو أكثر من عناصر التزام سابق في وجوده، استبدالا يترتب عليه انقضاء الالتزام القديم ونشوء التزام آخر جديد بدلًا عنه".²

حيث تقوم فكرة التجديد على عنصر رئيسي وهو النية، ونعني بذلك انصراف إرادة المتعاقدين إلى اعتبار الاتفاق المترتب عن عملية إعادة التفاوض هو تجديد وهو ما أشرت إليه

correspondrait des lors à l'effet escompte, par la clause de hardhip puisque, à défaut de stipulation permettant de déduire la volante des parties de never, ces derniers n'ont, a priori, aucune intention de substituer à leur contrat initial, une nouvelle convention, leur seul objectif consisterait plutôt à remplacer les clauses défaillantes par des clauses réadapter ; tout en maintenant les dispositions initiales non atteintes par le cas de hardhip». V ALCHKAR.R, Op.cit, p.208.

راجع في ذلك: هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 177.

¹ عبد الرزاق السنوسي، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 954.

² رشوان حسن رشوان أحمد، المرجع السابق، ص 187.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

المادة 2173 من القانون المدني الفرنسي التي نصت بأنه: "أن التجديد لا يفترض، وإنما يجب أن ترد الإرادة به صريحة في التصرف".

وعلى خلاف ذلك المشرع الجزائري في نص المادة 1/289 من القانون المدني الجزائري التي أجازت أن يستخلص اتجاه إرادة الأطراف إلى التجديد من الظروف التي تم فيها الاتفاق بين الأطراف.

ويبرر أنصار هذا الاتجاه أن اتفاق الأطراف الناتج عن عملية إعادة التفاوض، يعد إعادة هيكلة للعقد الأصلي الذي أصابه الاختلال، واستبداله بعقد جديد يحل محله لا سيما إذا انصرفت إرادة الأطراف إلى ذلك سواء بشكل صريح أو ضمنيا وانصب ذلك الاتفاق على عناصر جوهرية،¹ ومنه ذلك نجد الشرط الذي نص على أنه : "يجب أن يتقابل الأطراف في مدة ثلاثة أشهر ليتفاوضوا على إبرام عقد جديد غير محدد المدة...".²

وفي هذا الاتجاه تقول محكمة استئناف باريس في ذلك: "يمكن القول بوجود تجديد في العنصر الذي يكون فيه التغيير عنصرا مؤثرا على تبادل الرضا بين الأطراف، وليس التغيير الذي طرأ في طرق تنفيذ الالتزام".³

ومن خلال ما سبق يمكننا القول إن التجديد هو عبارة عن تصرف قانوني تتجه بموجبه إرادة الأطراف إلى استبدال عنصر أو أكثر من العناصر الجوهرية للعقد الأصلي، خاصة إذا انصب التغيير على أحد العناصر الجوهرية، كتغيير أحد أطراف العقد، أو محله أو مصدره، استبدالا يترتب عليه انقضاء الالتزام القديم، ونشوء التزام جديد بدلًا عنه يسمح

¹OPPETTIT(B), Op.cit, p.810.

²شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 426.

³محكمة استئناف باريس 19 ماي 1964، راجع في ذلك: شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 251.

بإعادة التوازن الاقتصادي للعقد، وهي حالة التقارب بين اتفاق الأطراف على إعادة التوازن ونظام التجديد يتمثل في وجود التزام قائم وصحيح مرتب لأثاره.¹

ويبرر أنصار هذا الاتجاه، أن تعديل العقد هو تجديد له عن طريق الربط بين التقارب بين نظام التجديد واتفاق إعادة التوازن، والقول إن التعديلات والتغييرات التي يجريها الأطراف نتيجة تغير ظروف تنفيذ العقد، ما هي إلا تجديد للعقد وإعادة هيكلة إليه، لا سيما إذا اتفق الأطراف على إجراء تعديلات جوهرية في علاقتهم العقدية، فضلاً عن انصراف إرادتهم إلى أن تكون تلك التعديلات تجديدا.²

ومن جانبنا نحن نرى أن اتفاق الأطراف على تعديل العقد التجاري الدولي، كأثر لعملية إعادة التفاوض لا يعتبر تجديداً للعقد الأصلي وإنما تعديلاً له، نتيجة التغير في الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، والتي حالت دون مواصلة تنفيذه، وحيث أن اجتماع الأطراف والجلوس معاً لإعادة التفاوض حول ظروف تنفيذ العقد، لا يعد هذا الاتفاق عقداً جديداً، ولكنه تغييراً في أدوات التنفيذ فقط، حتى ولو من التعديل أحد العناصر الجوهرية للعقد، وتغيير أحد أطراف العلاقة العقدية لا يغير في محل العقد.

الفرع الثاني: مصير العقد في حالة فشل المفاوضات

تشير مسألة فشل مفاوضات شرط إعادة التفاوض بين الأطراف العديد من التساؤلات حول مصير العقد، ولأن هذه المسألة لا تشيرها شروط إعادة التفاوض وذلك لجملة من الأسباب أولها الأهمية الاقتصادية للعقد التجاري الدولي وأثارها الدولية التي تتجاوز أطرافه من جهة.

¹FABRE(R), Op.cit,p.22.

²ROCHFELAIRE IBARA, l'aménagement de la force majeure dans le contrat, op.cit, p.215.

ومن جهة أخرى سلوك المتعاقدين أثناء مرحلة إبرام العقد التي يسودها التعاون الإيجابي بينهم الذي يدفع أطراف العلاقة التعاقدية الدولية إلى إنجاحها،¹ حيث أن تمازج المبدأ الأخلاقي مع المبدأ الاقتصادي هو الذي يميز عقود التجارة الدولية عن مثيلاتها في العقود الداخلية، والتي تقضي بالفصل بين المبدأين في العقد.²

ومع ذلك فقد تفشل عملية إعادة التفاوض بين الطرفين بغض النظر عن ماهية وطبيعة الأسباب التي أدت إلى هذا الفشل، وهنا يطرح التساؤل حول مصير العقد المبرم بين الطرفين هل يظل قائماً ومنتجاً لأثاره؟ أم يختفي وتزول أثاره؟ وللإجابة على هذا التساؤل يجب علينا التمييز بين حالة وجود اتفاق بين الأطراف يحدد مصير العقد في حالة الفشل (أولاً) أو عدم وجود اتفاق بينهم (ثانياً).

أولاً: حالة وجود اتفاق بين الأطراف

يحاول أطراف العلاقة التجارية الدولية، عند الجلوس لإعادة التفاوض بشأن مصير العقد أن يلموا بجميع الجوانب والاحتمالات التي تواجه تنفيذ عقودهم، ومن بينها احتمال فشل المفاوضات في التوصل إلى حل سواء لرفض أحد الأطراف تنفيذ بنود المراجعة، أو عدم قبوله أصلاً أو عندما يرفض أحدهم تقديم اقتراحات جدية بشأن التعديل،³ حيث في هذه

¹ «Il serait souhaitable que toute clause de hard hip prévoie la sanction de l'hypothèse des conséquences d'un éventuel désaccord des parties sur le contenu de la renégociation. Ce n'est pas toujours le cas et c'est regrettable car à défaut de prévision, on se trouvera dans la même situation que s'il n'y avait pas clause de hard hip, il est donc tout à fait recommandable de prévoir, en cas de non-accord dans un certain délai soit la possibilité de résilier le contrat, soit la suspension du contrat pendant un certain temps au terme duquel si les circonstances de hard hip sont toujours présentes chacune des parties pourra provoquer la résiliation ,soit l'intervention d'un tiers (de préférence dans un délai également prévu).

RENE RODDIERE, Les modification du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelle, Edi A. pedone, paris, France, p.180.

² هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص180.

³ عبد الكريم موكة، أثر تغير الظروف الاقتصادية على استقرار عقود التجارة الدولية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 5، العدد 2، جامعة عباس لغورو، خنشلة، الجزائر، سنة 2018، ص410.

الحالة يتفق الأطراف على تحديد مصير العقد، إما بفسخ العقد وانحلال الرابطة العقدية، أو اللجوء إلى الغير للاحتجام لديه.

أ) فسخ العقد:

إن اللجوء إلى خيار فسخ العقد، يعتبر خيارا غير مفضل وغير مرغوب فيه من جانب المتعاملين في مجال التجارة الدولية، والذين يحاولون دائما الحفاظ على العقد والاستمرار في تنفيذه والابتعاد عن إنهائه وزواله،¹ إلا أنهم في بعض الحالات يرون أن فسخ العقد هو المخرج الوحيد الذي يرضي الطرفين، ويقلل من الأضرار المتترتبة عن التغير في ظروف التنفيذ.

ومنه نجد الشرط الذي نص على أنه: لو أدت حالة القوة القاهرة إلى تأخير عملية التسليم لأكثر من 07 أشهر، فإن الطرفين ملزمين في أن يتفقا خلال مدة شهر على مدة جديدة للتسليم، وإن لم يصلا في نهاية هذه المدة إلى اتفاق، يستطيع المشتري فسخ الجزء من العقد الذي تأخر تسليمه...²

والشرط الذي ينص على أنه: "...في حالة استمرار القوة القاهرة لمدة أكثر من ستة أشهر تبدأ من تاريخ الإعلان السابق، يتقابل الأطراف لكي يصلوا إلى اتفاق في مدة جديدة مقدارها شهر، وإذا لم يتوصل الأطراف في نهاية هذه المدة إلى اتفاق، فيكون من حق المشتري أن يضع نهاية للعقد سواء في جزء منه أو كله".³

كما في الشرط الذي قضى أنه: "إذا بلغ تغير الظروف الاقتصادية حدا يجعل من المستحيل إعادة التوازن الاقتصادي والمالي لعقد الامتياز، أو يجعل من المستحيل متابعة

¹ ثروت حبيب، المرجع السابق، ص 408.

² LAFONTAINE (M), op.cit, p.231.

³ LE ROYE (D), op.cit, p.751.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

تنفيذ هذا العقد بالرغم من الجهد المبذولة من الأطراف، فإن لأي من هؤلاء الحق في إنهاء العقد، وبنفس الآثار كما لو تعلق الأمر بقوة قاهرة طبيعية.¹

ومن خلال ما سبق التطرق إليه، فإن فسخ العقد التجاري الدولي كحل نتيجة فشل المفاوضات، يبقى خيار يتناهى ومسعى أطراف العلاقة الدولية التي تبني على التعاون وحسن النية، ويتعارض مع اعتبارات عقود التجارة الدولية التي تسعى إلى إنجاح المشروع أو الصفقة الاقتصادية محل العقد.

ولكن يمكن إنهاء العلاقة التعاقدية في بعض الحالات التي يصبح فيه إعادة التوازن الاقتصادي للعقد مستحيلاً والأمر هنا يتشابه وحالة القوة القاهرة التي يترتب الاستحالة الدائمة و بالنتيجة يكون فسخ العقد هو الحل المرضي للطرفين، ومن هنا يمكننا القول أن هذه الحالة تتطابق مع آثار المفهوم التقليدي للقوة القاهرة.

ب) اللجوء إلى الغير:

الأصل أن الأطرافهم المخولون بتعديل شروط عقدهم، لكي تتماشى أحکامه والتغيرات الجديدة للظروف، فهم من ابرموا العقد وهم من يجب عليهم وحدهم تعديله.²

وفي حالة عدم توصل أطراف العقد التجاري الدولي إلى اتفاق، يتماشى والتغير في الظروف المصاحبة للتنفيذ، واستناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة يلجأ أطراف العلاقة الدولية إلى الاستعانة بالغير.³

¹ «Toute fois la modification des circonstances économiques était d'une telle ampleur qu'elle rende impossible le rétablissement de l'équilibre économique et financier de la convention de concession, malgré les meilleurs efforts des parties, ou quelle rende l'une ou l'autre des parties pourra résilier la convention de concession avec les même effets qu'ils s'agissent d'un cas de force majeure naturelle».

² V. ALMEIDA M. PARADO, Le hardship..., Op.cit, p.154.

² OPPETITT(B), Op.cit, p.808.

³ Les tiers, arbitre ou expert, sont désignés le plus souvent par référence au mode de désignation prévu dans une clause général d'arbitrage du contrat, mais une désignation spéciale peut être prévu ils peuvent être chargé soit d'aider les parties a rechercher le moyen

من أجل تغير شروط عقدهم بغرض الوصول إلى حلول تعيد له التوازن الاقتصادي وقد يكون هذا الشرط متفق عليه في العقد أو في اتفاق منفصل عن العقد (المشارطة)، أو يمكنهم الاتفاق عليه أثناء مرحلة إعادة التفاوض.

والغير الذي يمكن أن يستعين به الأطراف قد يكون محكما ARBITRE أو خبيرا CONCILIATEUR أو وسيطا EXPERT أو مصلحا أو موفقا MEDIATEUR يمكن أن يكون شخصا أو مجموعة أشخاص أو هيئة معينة، يتم تحويلهم صلاحية النظر في موضوع النزاع القائم بين الطرفين، ومفهوم الغير يتصف في هذه الحالة بالمرونة، بحيث إننا نجد اختلافا في الشروط التعاقدية في تحديد معنى الغير فقد يتفق الأطراف إلى اللجوء إلى وسيط أو موفق.

ومثل ذلك الشرط الذي ينص على أنه: "في حالة اختلاف الأطراف، فإنهم يستدعون وسيطا"¹، أو يلجئون إلى موفق ومنه الشرط الذي ينص بأنه: "...في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف خلال 60 يوما تحسب من يوم تقديم طلب المراجعة فإن الأطراف يعرضون الأمر إلى مصالح وحيد يتم تحديده باتفاق مشترك".²

ومهما يكن فإن إرادة الأطراف هي وحدها من تحدد مفهوم الغير، فاستنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية يمكن الأطراف المتعاقدة تحديد صفة الغير وتعيين شخصه كأن يكون محكما أو خبيرا أو موفق أو مصالحا، وفي حالة عدم تحديد الأطراف لصفة الغير، فقد ذهب بعض الفقه إلى الاستدلال عليه من خلال طبيعة العمل

de remédier à la situation préjudiciable et éventuellement à modifier le contrat pour cela, soit de modifier eux-mêmes les clauses litigieuses ou résoudre eux-mêmes la convention, après avoir entendu les parties, pour cela, il devront s'appuyer ou bien sur les critères qui leur soient spécifiques. la procédure concernant leur intervention est déterminée soit par renvoi à la clause générale d'arbitrage du contrat soit spécialement pour le hard hip.

RENE RODDIERE, op. cit, p. 180.

¹PHILIPPE(D), Op.cit., p.251,

² سالم بن سلام بن حميد الفليتي، المرجع السابق، ص 99.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

الموكل لهذا الغير، فلا يمكن أن يكون الغير خبيرا الشخص الذي يتدخل لتعديل العقد وإعادة توازنه الاقتصادي، أما الغير الذي يتدخل من أجل التوفيق بين مصالح الأطراف وتقديم المساعدة فإنه لا يكون إلا موفقا أو مصالحا¹.

حيث أن الممارسات التعاقدية الدولية، بينت أن الغير الذي يلجا إليه أطراف العلاقة التعاقدية، إما أن يكون خبيرا، أو محكما أو موفقا وهو ما جرى عليه العرف التجاري الدولي².

ت) الخبير:

يستطيع الأطراف تعيين الخبير مباشرة أو يلجئون إلى شخص آخر لتعيين الخبير، والخبير في اللغة هو العالم بالشيء، وهو الذي يخبر الشيء بعلمه³، وعرفه البعض على انه كل شخص له دراية خاصة بمسألة من المسائل التي يتطلب حلها معلومات خاصة⁴.

والخبير من حيث الأصل هو شخص أو أكثر مكلف بالقيام بعمل فني يستطيع أن يتوصل باستعمال تقنيات معينة إلى حل لنقاط الخلاف بين الأطراف وإجراء معاينة مع كتابة تقرير يقدمه إلى الجهة التي عينته خلال مدة زمنية معينة تمنح له من طرف الجهة التي عهدت له بال مهمة.

كما يمكن للأطراف سواء باتفاق أصلي أو باتفاق لاحق أن يعهدوا للخبير بعمل توصية أو اقتراح بحل معين أو بمراقبة سير المفاوضات وتحديد الأسباب الدقيقة التي أدت إلى الفشل في الوصول إلى حل، ويمكن للأطراف اللجوء إلى تقرير الخبير لتصفية العلاقات بينهم⁵.

¹OPPETIT(B), Op, cit. p.809.

²LAFONTAINE (M), Op.cit. p.520.

³ابن منظور أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي، المرجع السابق، ص361.

⁴ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص895.

⁵شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص262.

كما قد يتفق الأطراف على تكليف الخبير بمهمة إيجاد شروط جديدة تساعد الأطراف في تغريب وجهة نظرهم، كما أن تعين خبير يسمح للأطراف تجنب اللجوء إلى القضاء الذي قد يكون غير مختص في النظر في النزاع القائم بينهم.¹

ث) المحكم:

إن لجوء الأطراف إلى المحكم لفض الخلاف القائم بينهم بخصوص مصير العقد، نتيجة التغير في الظروف المصاحبة لتنفيذ العقد، حيث أن التحكيم² هو حل من الحول التي يلجأ لها أطراف العلاقة الدولية في حالة عدم توصلهم إلى اتفاق يقضي بمعالجة مشكل تغريب العقد التجاري الدولي، بحيث يكون لقرار المحكم أو الهيئة التحكيم قوة إلزامية بالنسبة لأطراف العقد وتكون مهمة المحكم هي الفصل في النزاع المطروح أمامه، وحيث أن التحكيم بات في الوقت الحاضر الوسيلة الأكثر انتشارا لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية.³

كما يعتبر التحكيم وسيلة بديلة عن قضاء الدولة يؤسس على رضا الأطراف، يعهد بمقتضاه إلى شخص خاص (المحكم) بمهمة الفصل في نزاع بمقتضى قرار له قيمة قضائية.⁴

¹ ميهوب حسين محمد العزي، المرجع السابق، ص340.

² إن التحكيم هو نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم بشكل مباشر أو اللجوء إلى هيئات التحكيم الدولية، وتعيين المحكم إما يكون عن طريق التنصيص عليه في العقد الأصلي للأطراف وهو ما يسمى بشرط التحكيم، أو يكون عن طريق اتفاق لاحق للعقد الأصلي وهو ما يطلق عليه بالمشاركة.

راجع في ذلك: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص486.

« L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes. L'arbitre ou les arbitres- lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention, sans être investis de cette mission par l'état ». « L'arbitre est une institution qui a pour objet de faire résoudre un litige par une autorité privée, litige qui est ainsi soustrait à la juridiction de droit commun ».

V.MOREAU(B) et BERNARD (Th), Droit interne et droit international de l'arbitrage, 2ed, delmas, France, 1985, p.15.

³ سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص559.

⁴ « L'arbitrage est l'institution par laquelle les parties confient à des arbitres librement désignés par elle, la mission de trancher leurs litiges ».

ومنه الشرط الذي ينص على أنه: "إذا استمر التأخير في تنفيذ الالتزام لأكثر من 8 أشهر فللطرف المضرور الحق في غياب اتفاق بين الأطراف، أن يطلب فسخ العقد من محكمة التحكيم"¹، وقد يكلف المحكم بمهمة تعديل العقد ومنه نجد الشرط الذي ينص على أنه "في حالة فشل المفاوضات يتولى المحكم إجراء التعديل اللازم للعقد".²

وكذلك الشرط الذي ينص على أنه: "يمكن للمحكمين أن يعدلوا الشروط المتنازع فيها بالقدر الضروري لإعادة التوازن النسبي لمركز الأطراف".³

حيث يلجأ المحكمون إلى تطبيق قواعد وأعراف التجارة الدولية، ومبدأ حسن النية لحل النزاع المطروح أمامهم، وإيجاد الحلول المناسبة لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد، تنظم لائحة الخبرة الفنية لغرفة التجارة الدولية وكذلك الشرط النموذجي الخاص بها إجراءات تعيين الخبراء بشكل من واسع،⁴ وتسمح هذه اللائحة للأطراف بان يعينوا بأنفسهم هذا الغير، أو يعينه رئيس غرفة التجارة الدولية في حالة عدم اتفاق الأطراف على تعيينه.⁵

وحيث أن التحكيم أصبح في الوقت الراهن يمثل إحدى الوسائل المستخدمة في حل منازعات عقود التجارة الدولية، بحيث أصبح اللجوء إلى التحكيم هو البديل عن اللجوء إلى القضاء وكل العقود التجارية الدولية لا يخلو منها شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم.

¹ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 264.

² Kahn (Philip), op.cit, p.482.

³ LA FONTAINE (M), Op.cit., p.237.

⁴ «...les tiers arbitres ou expert, sont désignés le plus souvent par référence au mode de désignation prévu dans une clause générale d'arbitrage du contrat, mais une désignation spéciale peut être prévue, ils peuvent être chargés soit d'aider les parties à rechercher le moyen de remédier à la situation préjudiciable et éventuellement à modifier le contrat pour cela, soit de modifier eux-mêmes les clauses litigieuses ou de résoudre eux-mêmes la convention, après avoir entendu les parties, si pour cela ils devront s'appuyer ou bien sur des critères qui leur soient spécifiques. La procédure concernant leur intervention est déterminée soit par renvoi à la clause générale d'arbitrage du contrat, soit spécialement pour le hardhip. RENE RODDIERE, Op.cit, p.180.

⁵ سالم بن سلام بن حميد الفليطي، المرجع السابق، ص 101.

يلعب الموقف دوراً كبيراً في حل النزاع القائم بين أطراف العقد التجاري الدولي، وذلك من خلال ما يبذله من جهد لتقليل الخلاف بين أطراف العقد، ومساعدتهم في التوصل إلى حوار بناء ومثمر بخصوص نقاط الخلاف التي ترتب بينهم أثناء مرحلة إعادة التفاوض و منه نجد الشرط الذي ينص بأنه: **يتتفق الأطراف على أنه في حال عدم وصولهم إلى اتفاق لتجاوز الصعوبات التي تعترضهم، يمكنهم اللجوء إلى المساعي الحميدة لأحد من الغير، يختار لشخصه في هذا المجال، بحيث تكون مهمته طرح التوصيات التي يراها مفيدة، أو على الأقل التوفيق بين نظارات وجهتهم.**

وفي حالة عدم التوصل إلى اتفاق معقول يمكن للطرف المتضرر إنتهاء العقد¹.

وكذلك الشرط الذي ينص على أنه: **في حالة عدم توصل الأطراف إلى إيجاد حل للصعوبات والمعوقات التي تواجههم... يخضعون إلى قرار شخص موفق أو مصالح**².

ثانياً: حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف

يختلف الفقه القانوني حول تحديد مصير العقد الأصلي عند فشل المفاوضات في حالة عدم اتفاق الأطراف على ذلك، ويرى البعض أن ذلك لا يفسر سوى متابعة تنفيذ العقد الأصلي بحاليه السابقة على إعادة التفاوض وبنفس الشروط التي ابرم بها العقد³.

ويرى الأستاذ OPPETIT في هذه الحالة: **أنه في حالة غياب تفاق بين الأطراف على تعديل العقد، يجب التقرير من حيث المبدأ أن العقد يبقى ساري المفعول في جميع**

¹ ميهوب حسين محمد العزي، المرجع السابق، ص 339.

² ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 909.

³ ROCHFELAIRE IBARA, Op.cit, p.216.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

مقتضياته ما عدا في حالة وجود اتفاق مخالف لذلك¹، حيث يستمد هذا المبدأ أساسه من أن الالتزام بإعادة التفاوض هو التزام ببذل عناء وليس تحقيق نتيجة، لذا في حالة غياب أي خطا صادر من أحد المتعاقدين فإنه لا مجال للحديث عن المسؤولية العقدية، التي تتيح للطرف الآخر المطالبة بإنهاء العقد مع التعويض.²

ولكن هذا الرأي من الفقه هو الآخر تعرض للانتقاد حيث يرى الأستاذ OPPETIT أنه إذا كان: "... من المؤكد أن المحافظة على سريان البنود العقدية غير المعدلة بالرغم من وقوع الحدث المخل بالعقد لا يتماشى مع روح شرط إعادة التفاوض ونية الأطراف، إذا لم يتوصل الأطراف بنيتهم المشتركة الوصول إلى اتفاق، فإن المحافظة على العقد أمر غير مقبول".³

وعلى العكس من ذلك يرى رأي آخر من الفقه القانوني انه في حالة فشل المفاوضات بين الأطراف بعد عملية إعادة التفاوض ولم يتضمن اتفاقهم على تحديد مصير العقد ففي هذه الحالة يتم اللجوء إلى فسخ العقد وانحلال الرابطة العقدية عند فشل المفاوضات⁴، وهو ما الاتجاه الذي سار فيه التحكيم التجاري الدولي كالقرار التحكيمي السالف الذكر رقم 2478 والذي أجاز من خلاله المحكمون للطرف المضرر من إنهاء العقد في حالة فشل المفاوضات على أساس الخطأ التعاقدية.

وحيث أن بعض الفقه له رأي مخالف ومنهم الأستاذ ALMEIDA الذي رفض لجوء الطرف المضرر إلى التحكيم من أجل إنهاء العقد إذ يقول إن فشل عملية إعادة التفاوض لا يعطي الحق للطرف المضرر اللجوء إلى التحكيم من أجل طلب إنهاء العقد إلا إذا كان

¹OPPETIT(B), Op.cit, p.841.

²هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص186.

³«...il est évident que le maintien en vigueur de stipulations contractuelles inchangées malgré la souvenance du hard hip ne correspond guère à l'esprit de la clause et à l'intention des parties, si ces dernières, malgré leur volonté commune d'aboutir, n'ont pu parvenir à un accord, la survie du contrat paraît inconcevable ».

OPPETIT(B), Op, cit. p.843

⁴ترميم محمد محمود صبح، المرجع السابق، ص557.

الباب الثاني:

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

هناك اتفاق مسبق وصريح بذلك، حيث يضيف قائلاً إن منح اللجوء إلى التحكيم يبدوا أمر غير معقول بالنظر إلى الممارسة التعاقدية الحالية، حيث لا يزال الجدل قائماً بدون حل، وهنا يمكن للقانون الواجب التطبيق أن يلعب دوراً كبيراً في تحديد الازمة من الناحية الفعلية.¹

حيث يتضح مما سبق الإشارة إليه، انه يتوجب على الأطراف تنظيم كل ما له علاقة بمرحلة تنفيذ العقد التجاري الدولي، وتجنب كما ما من شأنه أن يترتب عليه إنهاء العلاقة التعاقدية، وعلى الأطراف تسيير مراحل العقد بنظرة استشرافية تضمن المحافظة عليه، وعليهم تجنب المخاطر والآثار المتربطة عن عدم تنظيم مصير عقد them في حالة فشل عملية إعادة التفاوض.²

¹ « cette notion nous paraît déraisonnable, eu égard à la pratique contractuelle. Ce débat n'est cependant pas encore résolu, et le droit applicable peut jouer un rôle majeur dans la définition des solutions à apporter au cas de concret ».

V.M ALMEIDA PRADO, le hardhip, Op.cit., p.153.

² هي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص188.

الخاتمة

الخاتمة

يعد تغير ظروف تنفيذ عقود التجارة الدولية، من أهم الصعوبات التي تواجه العقود التجارية الدولية في هذه المرحلة، خاصة العقود طويلة المدة والتي يتوجب على الأطراف العمل كل ما في وسعهم للحفاظ على استمرار هذه العقود في ترتيب أثارها حتى يتحقق المشروع أو الغرض الذي أبرمت لأجله، وللوصول إلى ذلك فقد توصل متعاملوا التجارة الدولية إلى تقنية حديثة تسمح لهم بالجلوس مرة ثانية للتفاوض حول مصير العقد الذي اختلف توازنه الاقتصادي نتيجة تغير ظروف تنفيذه، ولا يكون ذلك إلا بإدراج شرط إعادة التفاوض الذي يعتبر شرطاً خاصاً تختلف صوره باختلاف العقود والظروف.

كما يتميز هذا الشرط بالمرنة التي تساعد الأطراف في إيجاد الحلول التي تناسب التغير في الظروف التي ألمت بتنفيذ العقد المبرم بينهم، ويسمح لهم بمراجعة العقد في جو يكتفه التفاوض بحسن نية والتعاون في إيجاد الحلول المناسبة في أسرع وقت ممكن تفادياً لتفاقم الضرر الناتج عن التغير في الظروف.

وعليه ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع الحيوي المتعدد خلصنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات المبنية كالتالي:

أولاً: النتائج

1- تخلٍّ الفكر التعاقد الدولي عن المفهوم التقليدي للقوة القاهرة الذي يستمد أساسه القانوني من القوانين الداخلية، الذي يتميز بالتشدد والجمود والأثار القاسية والنتائج السلبية المترتبة عن تطبيق النظرية التقليدية للقوة القاهرة في حالة تحقق شروطها التي تؤدي إلى فسخ العقد وانقضاء التزامات المدين والالتزامات المقابلة للطرف الآخر وهو ما يتنافي والهدف من إبرام العقد التجاري الدولي الذي يسعى أطرافه إلى الحفاظ عليه والحفاظ على استمرار أثاره.

- 2- تبني فكرة شرط إعادة التفاوض كتقنية تعاقدية حديثة وليدة الممارسة الاقتصادية في عقود التجارة الدولية، تستمد أساسها القانوني من إرادة الأطراف التي تلعب دوراً بارزاً في صياغته وترتيب نتائجه، يرجعون إليه لمواجهة التغير في الظروف المصاحبة لتنفيذ العقد، لذلك فهو يختلف من عقد إلى آخر، ولا يتخذ شكلًا موحدًا أو ثابتًا في جميع العقود.
- 3- يتقارب شرط إعادة التفاوض والمفهوم الحديث للقوة القاهرة في شروط تحققهما والنتائج المترتبة عندهما، مما يجعل منه الآلية التي تتناسب خصوصية العقود الدولية، بعيداً عن التحكيم الدولي والتدخل القضائي الذي يعرف بطول الإجراءات والحلول التي يفرضها القاضي على الطرفين دون رغبتهما.
- 4- حرية الأطراف في تحديد مفهوم القوة القاهرة وتنظيم أثرها وفقاً لمتطلباتهم التعاقدية، ينسجم تماماً مع مبدأ سلطان الإرادة، ويتوافق مع المرونة التي تتسم بها عقود التجارة الدولية على اعتبار أن القوة القاهرة لا تعد من النظام العام.
- 5- يسمح شرط إعادة التفاوض للمتعاقدين عند إدراجه في العقد، ببقاء العلاقة العقدية في مواجهة التغير في الظروف المصاحبة لتنفيذ العقد مهما كانت أسبابها سواء اقتصادية، طبيعية، أو قانونية.
- 6- يرتب إعمال شرط إعادة التفاوض في العقود التجارية الدولية مجموعة من الالتزامات يتبعن على طرفي العقد الالتزام بها، منها التزام المدين بالإخطار عن الأحداث التي من شأنها تعيق تنفيذ العقد، والتي تسبب في اختلال التوازن الاقتصادي له، كما لا يكتفي الدائن بانتظار الإخطار من الدائن ولكن يتوجب عليه السعي هو الآخر والعمل كل ما في وسعه من أجل تجنب التغير في تنفيذ العقد وتحفييف الضرر على المدين، تطبيقاً لمبدأ حسن النية.
- 7- تميز شرط إعادة التفاوض عن المفاهيم المشابهة له فهو يتميز عن القوة القاهرة في الأساس القانوني والنتائج المترتبة عن كل واحد منها، كذلك يتميز الشرط عن نظرية الظروف الطارئة في العقود التجارية الدولية يرجع الشرط إلى الظروف التي أدت إلى الاختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، بينما في القوة القاهرة ترجع إلى الظروف التي أدت

إلى استحالة التنفيذ وفي الظروف الطارئة رجع إلى الظروف المؤدية إلى الإرهاق الشديد في التنفيذ.

8- التعاون بين طرفي العقد التجاري الدولي في التغلب على التغير في ظروف تنفيذ العقد التجاري الدولي هو التزام بتحقيق نتيجة و ليس ببذل عناء، وهو ما يشار إليه بفكرة العقد التشاركي «*le contrat relationnel*» لأنه من المستبعد عند تطبيق شرط إعادة التفاوض أن يحقق طرف مصلحته على الطرف الآخر.

وبناء على النتائج المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة نقدم التوصيات

التالية:

1- نوصي المشرع الجزائري بضرورة تبني فكرة إعادة التفاوض في العقود الداخلية، والسماح لأطراف العقد الداخلي بإدراج شرط إعادة التفاوض في حالة تغير في الظروف المصاحبة لتنفيذ العقد لأنها توفر الجهد والوقت في حل الخلافات والمنازعات الناشئة عن تنفيذ العقود.

2- ضرورة تبني المفهوم الحديث والموسع للقوة القاهرة وترك الحرية للأطراف العلاقة التعاقدية في تحديد مفهوم القوة القاهرة وترتيب آثارها، من أجل الحفاظ على العقد وتجنب فسخه، ما دام أن القوة القاهرة ليست من النظام العام في اغلب التشريعات الوطنية و منها التشريع الجزائري.

3- نوصي كذلك بضرورة تحديد أجال الإخطار فعلى الطرف الذي يدعى حدوث قوة قاهرة أدت إلى تغيير في ظروف تنفيذ العقد أن يوجه إخطار إلى الطرف الآخر خلال مهلة 15 يوما يوضح من خلاله الظروف التي طرأت على تنفيذ العقد وعن العائق المؤدي إلى اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، مع تحديد جدول زمني لوقف التنفيذ إلى غاية زوال العائق أو الطرف.

4- يتوجب على أطراف العقد التجاري الدولي، عند إدراج شرط إعادة التفاوض في عقدهم إدراج بند يتضمن توقيف تنفيذ العقد التجاري الدولي أثناء فترة أو مرحلة إعادة التفاوض،

تفادياً لكل ضرر قد يصيب الطرف المدين أو الإرهاق الشديد في تنفيذ العقد أثناء مرحلة إعادة التفاوض.

5- نوصي أطراف العلاقة التعاقدية الدولية بضرورة الحفاظ على العقد الأصلي بعد انتهاء مرحلة إعادة التفاوض، ولا يمكن اعتبار العقد بعد هذه المرحلة عقداً جديداً بل تعديل للعقد الأصلي نتيجة التغير في الظروف المحيطة بتنفيذها، وذلك تفادياً لانقضاء العقود الفرعية المنبثقة عن العقد الأصلي، كعقد التأمين وعقد ضمان الوفاء الملزם به من الغير خاصة في عقود التجارة الدولية.

6- ضرورة التزام أطراف العقد التجاري الدولي في حالة فشل عملية إعادة التفاوض اللجوء إلى التحكيم الدولي، تفاديًا للعودة إلى القانون الواجب التطبيق، والذي يسمح للقاضي بامكانية تعديل العقد من أجل معالجة مشكل تغير الظروف والأثار المترتبة عن ذلك، وهو ما قد يرفضه أطراف العلاقة الدولية بسبب عدم إمام القاضي الوطني بتعقيدات عقود التجارة الدولية وعدم مسايرة القانون الداخلي لمقتضيات التجارة الدولية.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الاتفاقيات

1. إتفاقية لاهاي لسنة 1964.

2. إتفاقية فيينا لسنة 1980.

ثانياً: التشريعات والقوانين

14- ج/م/ق

الامر رقم 85-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر عدد 101 مؤرخة في 19 ديسمبر 1975

القانون رقم 07-05 المتعلق بالمحروقات، ج.ر عدد 50 مؤرخة في 19 يوليو 2005

القانون رقم 08/13/2013 المؤرخ في 30/12/2013 المتضمن قانون المالية لسنة 2014 جاء في نص المادة 52 منه "يمنع على وكلاء السيارات، بيع السيارات المستوردة التي يجب ان تستجيب لمعايير الامن المعمول بها دوليا ، إلا في إطار شبكة توزيع التي يتم اعتمادها قانونا من طرف المصالح المؤهلة بالوزارة المكلفة بالصناعة. ج.ر رقم 68 المؤرخة في 2013/12/31

قرار المحكمة العليا الصادر في القضية رقم 77660 بتاريخ 19/05/1991، المجلة القضائية لسنة 1993 العدد الثالث. ص 29

قرار المحكمة العليا، بتاريخ 02.06.1991، المجلة القضائية، سنة 1993، ج 2. ص 38

قرار الغرفة التجارية الدولية في القضية رقم 2216 عام 1974 ، مجلة القانون الدولي Clunet Derains لسنة 1975، ص 58

قرار الغرفة التجارية الدولية CCI رقم 2478 عام 1974 ، مجلة القانون الدولي، Clunet 1975 – Derains ص 58

ثالثاً: معاجم وقواميس

1. ابن منظور أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي، لسان العرب المجلد الثالث، دار صادر، بيروت، لبنان، ب.م.ن.
2. محمد بن يعقوب الفيروز آبادي مجد الدين، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، سنة 1993.

رابعاً: المؤلفات والكتب

▪ باللغة العربية:

- 1.أ. حمد السعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية، البيع الدولي للبضائع، الطبعة الثانية، المكتبة العصرية، جامعة المنصورة، مصر، سنة 2010.
2. أحمد السعيد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ، الاتجاهات الحديثة في القانون في القانون المقارن، المكتبة العصرية، المنصورة، مصر، طبعة 2007.
3. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2008.
- 4.أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1989.
- 5.أحمد علي محمد الحميدي السعدي، وقف العقد، (في الأصل رسالة ماجستير – أكاديمية شرطة دبي ، كلية القانون وعلوم الشرطة، سنة 2008)، نشر بواسطة المؤلف، ب.د.ن، ب.ب.ن، سنة 2009.
- 6.أسماء مدحت سامي، الإعفاء من المسئولية في اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2006.
- 7.أكرم محمد حسين،الإخلال بالتنفيذ في بيع التجارة الدولية،الطبعة الأولى،منشورات الحabiي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2017.

قائمة المصادر والمراجع

8. إلياس ناصيف، العقد الدولي عقد البوت T.O.B في القانون المقارن، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، سنة 2011.
9. أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 2005.
10. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2007.
11. بلحاج العربي، مصادر الالتزام في ضوء قواعد الفقه الإسلامي و الأنظمة السعودية و الاجتهادات القضائية العربية والفرنسية، الطبعة 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2015.
12. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع فيينا 1980، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء، المنصورة، مصر، سنة 1995.
13. جاك غسان، المطول في القانون المدني ، ترجمة منصور القاضي مراجعة فيصل كلثوم، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، طبعة 2000.
14. حسام الدين كامل الأهواي، أصول قانون التجارة الدولية، ب.د.ن، القاهرة، مصر، سنة 1993.
15. حسام الدين كامل الأهواي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1995.
16. حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، الطبعة الأولى، ب.د.ن، ب.ب.ن، سنة 1960.
17. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، مطبعة مصر، مصر، طبعة 1999.
18. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 2003.
19. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة 2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2010.

قائمة المصادر والمراجع

20. دانه عبد الغفار عزيز، إعادة التوازن المالي في عقود النفط والغاز، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، سنة 2020.
21. رجب كريم عبد الإله، التفاوض على العقد، الطبعة 2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2000.
22. رشا علي الدين، دور الحكم في إعادة التوازن المالي للعقد الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2010.
23. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثالث، الطبعة العاشرة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ب.ت.ن.
24. سليمان مرقص ، الوافي في شرح القانون المدني، الطبعة الخامسة، المنشورات الحقوقية- صادر، بيروت، لبنان، سنة 1977.
25. سمحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ، سنة 2007.
26. شريف محمد غنام، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2007.
27. شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2017.
28. طالب حسن مومي، قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2008.
29. عباس زيون العبوبي، شريعة حمو رابي - دراسة قانونية مقارنة مع التشريعات الحديثة، مطبعة التعليم العالي في الموصل، العراق، طبعة 1990.
30. عبد المجيد حكيم، الوسيط في نظرية العقد، الجزء الأول في انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، سنة 1967، ص 362

قائمة المصادر والمراجع

31. عبد الحكيم فوده، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، دار الناشر للمعارف بالإسكندرية، مصر، طبعة 1999.
32. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه و القضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة 1997.
33. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام (مصادر الالتزام)، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ب.م.ن.
34. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1981.
35. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الطبعة ١، منشورات الداية، دمشق، سوريا، سنة 1934.
36. عبد السلام الترمذاني، نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر، القاهرة، مصر، سنة 1971.
37. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ب.د.ن، ب.ب.ن، طبعة 1974.
38. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1984.
39. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، طبعة 1979.
40. عبد المنعم البدراوي، عقد البيع في القانون المدني، دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر، طبعة 1957.
41. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1986.

قائمة المصادر والمراجع

42. عبد المنعم محفوظ، قضاء المشروعية و فلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر، الطبعة الأولى، عالم الكتب، مصر، سنة 1974.
43. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1993.
44. عصام حنفي محمود، قانون التجارة الدولية، ب.د.ن، ب.ب.ن، ب.ت.ن.
45. عصام حنفي محمود، قانون التجارة الدولية، ب.د.ن، ب.ت.ن.
46. علاء الدين أبي بكر ابن مسعود الكسانري، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، مطبعة الجمالية، القاهرة، مصر، سنة 1910.
47. عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومة للنشر، الجزائر، طبعة 2009.
48. عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر، طبعة 2009.
49. غازي عبد الرحمن ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تفيذه، منشورات مركز البحوث القانونية بغداد، العراق، سنة 1986.
50. فتحي عبد الرحيم، الوجيز في العقود المدنية المسممة، الكتاب الأول، عقد البيع، دار القلم، المنصورة، مصر، ب.س.ن.
51. فيلالي علي، النظرية العامة للعقد، "الالتزامات"، موفم للنشر، الجزائر، سنة 2008.
52. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1998.
53. محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1995.

قائمة المصادر والمراجع

54. محمد حسين عبد العال، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عملية التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1998.
55. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2009.
56. محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، مكتبة زهران للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، طبعة 1987.
57. محمد عبد الله محمود، طبيعة القوة القاهرة في عقد البيع الدولي للبضائع -تطبيق على عقود بيع الغاز، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2019.
58. محمد محسن علي، الالتزام بإعادة التفاوض في عقود النفط، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2019.
59. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة للنشر، القاهرة، مصر، طبعة 2002.
60. محمود عبد الرحمن محمد، النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ب.م.ن.
61. محمود محمد علي صبره، ترجمة العقود التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1991.
62. محمود نديم الخضر، اختلال تنفيذ عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2017.
63. محدث اسعد، القانون الدولي الخاص، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1989.
64. مصطفى أحمد الزرقا، شرح القانون المدني السوري، نظرية الالتزام، الطبعة 2، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، سنة 1960.

65. مصطفى المتولي قنديل، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2005.
66. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، مظاهره وأثاره القانونية، مطبعة الدار الجامعية، لبنان، بيروت، سنة 2000.
67. ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2017.
68. ناجي عبد المؤمن، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده في عقود التجارة الدولية طولية المدة، ب.د.ن، ب.ب.ن، ب.س.ن.
69. نزيه المهدى، الإلتزام قبل التعاقد بالدلاء بالبيانات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1990.
70. وليد علي محمد عمر، الثمن في عقد البيع الدولي للبضائع كأحد الالتزامات الجوهرية للمشتري، المكتب الفني للإصدارات القانونية، مصر، ب.س.ن.

خامساً: المحاضرات

- محسن شفيق، اتفاقية لاهي لعام 1964 بشأن البيع الدولي لمنقولات المادة، دراسة في قانون التجارة الدولية، محاضرات لدبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص 1972/1973.

سادساً: الأطروحتات ورسائل التخرج (الدكتوراه/الماجستير)

▪ باللغة العربية:

1. أحمد زكي يحيى الجبوري، التنظيم القانوني لعقد تجهيز الطاقة الكهربائية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، سنة 2013.

قائمة المصادر والمراجع

2. أكرم عبد نيسان، أثر تغير الظروف التعاقدية على تنفيذ عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة بين القانون العراقي والمصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، سنة 2021.
3. أمازوز لطيفة، التزامات البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تizi وزو، الجزائر، سنة 2011.
4. بوكماش محمد ، سلطة القاضي في تعديل العقد، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، سنة 2012.
5. جمال محمود عبد العزيز، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع وفق لاتفاقية الأمم المتحدة، فيينا 1980 ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، سنة 1993، ص345 و ما يليها.
6. حسب الرسول الشيخ الفزازي، اثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي، في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، سنة 1979.
7. حياة محمد أبو النجا، الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، سنة 2004.
8. خالد أحمد محمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، سنة 2001.
9. خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، أطروحة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، سنة 2002.
10. رشوان حسن رشوان احمد، اثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر ، سنة 1994.
11. رضا محمد ابراهيم عبيد، الالتزام بالتسليم في القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر ، سنة 1979.

قائمة المصادر والمراجع

12. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، سنة 1977.
13. سليمان مرقص، عناصر القوة القاهرة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، سنة 1936.
14. شبة سفيان، عقد البيع الدولي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، سنة 2012.
15. صلاح محمد احمد، القوة القاهرة و أثارها في قانون العمل، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، مصر، سنة 1995.
16. عبد الحليم عبد اللطيف، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات القانونية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، سنة 1993.
17. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي المدني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، سنة 1994.
18. كاظم كريم علي الشمري، وقف تنفيذ العقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، سنة 2002.
19. محمد احمد الزرقاء، مسؤولية الناقل البري في عقد نقل الأشياء، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة و القانون، جامعة الأزهر، مصر، سنة 1971.
20. محمد أحمد الشربيني، النظام القانوني للعقد الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، سنة 2006.
21. محمد عبد الله محمود، طبيعة القوة القاهرة في عقد البيع الدولي للبضائع، دراسة في تصدير الغاز المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، سنة 2015.
22. محمد فهمي الجوهرى، التحكيم وعقود التجارة الدولية طويلة الأجل، رسالة دكتوراه، جامعة رن فرنسا، سنة 1982.

قائمة المصادر و المراجع

23. محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، سنة 1988.
24. مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 1، الجزائر، سنة 2015.
25. ميهوب حسين محمد العزي، الالتزام بالتفاوض كوسيلة لمعالجة الاختلال التوازن في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، سنة 2020.
26. نبيل أحمد مهد، الآثار القانونية لقد البيع الدولي للبضائع بالنسبة للبائع وفقاً لأحكام اتفاقية فيينا سنة 1980 ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، سنة 2005.
27. نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، سنة 2003.
28. نصيرة بوجمعة السعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التعامل الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، سنة 1987.
29. هاني حسين عبد ربه، أثر المخالفة الجوهرية على عقد البيع الدولي، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، سنة 2004.
30. هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد - دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، سنة 2016.
31. ياسر شحادة مرزوق ضبابات، أثر القوة القاهرة على الرابطة العقدية في نطاق المسؤولية العقدية و مدى إمكانية تعديل الأثر المترتب عليها، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، سنة 2018.

سابعاً: المجلات والمقالات

▪ باللغة العربية:

1. إبراهيم درويش، نظرية الظروف الاستثنائية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة العاشرة، العدد الثالث، مصر، سنة 1966.
2. أ. حمد حمسي، شروط القوة القاهرة في العقود الدولية مجلة الحقوق، كلية الحقوق جامعة بغداد، سنة 2021، ص 220.
3. أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمقاييس العقود الدولية، مجلة الأمن والقانون، العدد الأول، سنة 2003.
4. بن دريس حليمة، مآل العقد التجاري الدولي في ظل تأثير وباء كورونا المستجد على تنفيذه، دراسة في ضوء القوانين المقارنة و أحكام اتفاقية التجارة الدولية، المجلة الدولية للقانون، المجلد التاسع، العدد الرابع، دار نشر جامعة قطر، سنة 2020.
5. سالم بن سلام بن حميد الفلحي، اثر تغير الظروف على عقود التجارة الدولية، مجلة روح القوانين، المجلد الثاني، العدد الثامن والثمانون، كلية الحقوق جامعة طنطا، مصر، سنة 2019.
6. عبد السميع بلعيد محمد بلعيد، مدى مسؤولية الدولة عن تفشي فيروس كورونا في ليبيا نموذجاً- دراسة فقهية مقارنة و سبل مواجهته و الحد منه، مجلة الفقه والقانون الدولية، العدد 90، أبريل 2020.
7. علاء الدين عبد الله الخصاونة، الجوانب القانونية للالتزام بإعادة التفاوض ومراجعة العقود، دراسة في القانون الأردني والفرنسي، ومبادئ القانون الموحد حول التجارة الدولية ومبادئ القانون الأوروبي، مجلة الحقوق، العدد 1، جامعة الكويت، سنة 2014.

قائمة المصادر و المراجع

8. محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، العدد 54، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، سنة 2012.
9. مريم بعلوan، شرط إعادة المراجعة في عقود التجارة الدولية، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد خاص، المغرب، سنة 2017.
10. نزيه محمد الصادق المهدى، بحث بعنوان "محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام"، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الأول و الثاني، السنة 1979.
11. هيئة تحرير مجلة القانون والأعمال المغربية، القوة القاهرة في التشريع المغربي، مقال منشور عبر الرابط الإلكتروني التالي: <http://www.droitetentreprise.com>، تم الولوج إليه بتاريخ 25 جانفي 2019، على الساعة 14:00.

المراجع باللغة الأجنبية

■ المراجع باللغة الفرنسية:

1. Adolphe Exner, la notion de la force majeure. Théorie de la responsabilité dans le contrat de transport, Ed Seligman, Paris, France, 1982.
2. Audit Bernard, la vente internationale de marchandises, convention des nations unies du 11 avril 1980, L.G.D.J, Paris, France, 1990.
3. B. OPPETIT, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship, 1974, JDI.
4. BULISSON (M), La négociation de marchés internationaux, moniteur, 1982.
5. Capitant, De la cause des obligations contrats, engagements unilatéraux, legs, 3.éd, paris, France, 1927.
6. Caviedes, De la clause "Rebus sic statiques" à la clause de révision dans les conventions internationales, 1966.
7. DAVID R, Les contrats en droit anglais, L.G.D.J, 1973.

8. DEJUGLART (M), L'obligation de renseignement dans les contrats, RTD. Civ, 1945.
9. F.MAGAR .ingénierie juridique: pratique des clauses de rencontre et renégociation, RD 2010.
10. FONTAINE (D) DROIT des contrats Internationaux Analyse et rédaction de clauses, deuxième édition, forum européen de la communication, Paris, France, 2003.
11. FONTAINE : Les clauses de hardship: aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats à long terme, D.P.C.I., 1976.
12. FONTAINE,Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses, éd. Brulant, FEC, Bruxelles, Belgique, 1989.
13. GAILLARD (E.), Trente ans de l'ex mercatoria, pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit, JDJ, 1995.
14. GHOZI (A), La modification de l'obligation par volonté des parties, Etude de droit civile français, L.G.D.J, Paris, France, 1980.
15. GOLDMAN (B), La L'ex-mercatoria dans les contrats et arbitrages internationaux : réalité et perspective, J.D.I 1979.
16. Henri Mazeaud, traite théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 1968.
17. Jean Virole, Incidence des mesures d'embargo sur les contrats internationaux, 1981.
18. JOURDIN (P) Le devoir de se renseigner, contribution à l'étude de l'obligation, chro, 1983.
19. Kahn (Philip), Force majeure et contrats internationaux de longue durée, J.D.I, édition clunet, 1975.
20. Khan, Problème juridique de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique Français, DJI, 1965.
21. M .Fontine Les problèmes du long terme, dans comment négocier un contrat à long terme, colloque de tours, du 1er au 3 juin 1978, D.P.C.I.

22. Mazeaud Denis, Leçon de droit civile, Tome2, no 452, et no 560.
23. Michel Alter, vente commercial, Obligation délivrance du vendeur, Juris Classeurs, et, Techniques, Fasc310, II, 1993, No, 43.
24. MOHAMED (F) AL GHOARY, la technique contractuelle des contrats internationaux à long terme, et les problèmes de hardship : dar AL NAHDA AL ARABIA, Le CAIRO, EGYPT, 1994.
25. Moisan, P. (1994). Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux : les cas de force majeure et d'imprévision. Les Cahiers de droit, 35(2), disponible sur le lien suivant : <https://doi.org/10.7202/043281ar>
26. MOMBERG URIBE the Effect of Circumstances on the binding force of contracts comparatives perspectives, cambridge intersentia, 2011.
27. MOREAU (B) et BERNARD (Th), Droit interne et droit international de l'arbitrage, 2ed, delmas, France, 1985.
28. MOUSSERON (J.M), technique contractuelle, éd, Le Febre, paris, France, 1988.
29. OPPETIT (B), La théorie de l'imprévision en droit compare, Annexe no 1, Dr.prat.com.int, 1976.
30. P. ACCAOUI-LORIGING, La négociation des contrats internationaux, Thèse Doctorat, paris, France, 2008.
Paris, France, 2007.
31. RENE RODDIERE, Les modification du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelle, Edi A. pedone, paris, France.
32. ROBERT (J.), La législation nouvelle sur l arbitrage, D., 1980, cho.
33. ROCHFELAIRE IBARA, l'aménagement de la force majeure dans le contrat. Thèse pour le doctorat, Université de Poitiers, France, 2012.
34. Stéphane Chatillon, Le contrat international, Vuibert, 3. Ed ,

■ باللغة الإنجليزية:

1. Alfred A Hudson et Lan Norman Wallace, Bulding and engineering contrats, London, uk, 1970.

■ الاطروحات باللغة الفرنسية:

1. ALSURAIHY (Y) La fin du contrat de franchise, Thèse Doctorat, université de Poitiers, France, 2008.

2. LE ROYE (D), La force majeure dans le commerce international, Thèse de doctorat en Droit privé, université de paris, France, 1991.

3. NABIL(A) SAAD, La suspension dans l'exécution du contrat, Essai d'une théorie générale, Etude comparée en droit civil français et droit civil égyptien, Thèse doctorat, DIJON, France, 1981.

4. P.ACACAOUI- LORFING, la renégociation des contrats internationaux, thèse pour le doctorat en droit international, Université Panthéon- Assas, paris II,France, 2008.

5. R.ALCHKAR, clause de hardship et clause d'amiable composition, thèse Doctorat, paris II, France, 2010.

6. Radouant, Du cas fortuit et de la force majeure, Thèse-Faculté de droit de paris, France, 1920.

7. V.R ALACHKAR, clause de hardship et clause d'amiabiles compositions, thèse doctorat, paris II, France, 2010.

8. Yessad Houria, Le contrat de vente internationale de marchandises, Thèse doctorat en droit, Université mouloud Mammeri de Tizi-Ouzou,Algérie, 2008.

■ المجالات باللغة الفرنسية:

1. BERGER, Renégociation and adaptation of international investment, the role of contract drafters and arbitrators, 36 Vanderbilt journal law, 2003.

2. ULLMAN (H), Droit et pratique des clauses de hardship dans le système juridique Américain, Revue des affaires internationales, No7, 1988.

3. LAGARDE : L'efficacité des clauses de conciliation ou de mediation, Rev.Arb, 2000.
4. EL MAHI (H), La clause de hardship, Revue des recherches Juridiques et économiques, Université de Mansoura, Algérie, No.15, Avril, 1994.
5. Terki Nour Eddine, L'imprévision et contrat international dans le code civile Algérien Revue de droit et pratique de commerce international, 1982.
6. FABRE (R), Les clauses d'adaptation dans les contrats, REVUE trimestrielle de droit civil, 1983

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

كلمة شكر

الاهداء

قائمة المختصرات

2	مقدمة.....
14	الفصل الأول: المفهوم التقليدي للقوة القاهرة كتعبير عن المقاربة الكلاسيكية.....
15	المبحث الأول: مفهوم تغير الظروف في النظم القانونية المختلفة.....
16	المطلب الأول: المفهوم التقليدي للقوة القاهرة في بعض التشريعات الوطنية.....
17	الفرع الأول: مفهوم القوة القاهرة في القانون الفرنسي.....
21	الفرع الثاني: مفهوم القوة القاهرة في القانون الألماني
27	المطلب الثاني: شروط القوة القاهرة في النظرية التقليدية.....
28	الفرع الأول: الحدث غير متوقع
36	الفرع الثاني: القوة القاهرة حدث غير ممكن دفعه "Irrésistible"
38	الفرع الثالث: خارجية حدث القوة القاهرة "Extérieur"
40	المبحث الثاني: اثر القوة القاهرة في العقد التجاري الدولي.....
41	المطلب الأول: الاستحالة المطلقة (استحالة التنفيذ)
41	الفرع الأول: المقصود بالاستحالة المطلقة.....
45	الفرع الثاني: تقييمات الاستحالة المطلقة
55	المطلب الثاني: أثار القوة القاهرة على مصير عقود التجارة الدولية.....
57	الفرع الأول: الانفصال التلقائي للعقد
69	الفرع الثاني: انقضاء الالتزامات المتقابلة وتحمل تبعات انقضائها

فهرس المحتويات

الفصل الثاني: المفهوم الحديث لمشكلة تغير الظروف	78
المبحث الأول: تغير الظروف في الاتفاقيات الدولية.....	80
المطلب الأول: مفهوم تغير الظروف في اتفاقية لاهاي 1964	81
الفرع الأول: نطاق تطبيق اتفاقية لاهاي عام 1964	83
الفرع الثاني: مفهوم القوة القاهرة في اتفاقية لاهاي 1964	85
المطلب الثاني : تغير الظروف في اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع فيينا 1980	91
الفرع الأول: نطاق تطبيق اتفاقية فيينا لسنة 1980	92
الفرع الثاني: مفهوم القوة القاهرة في اتفاقية فيينا 1980	97
المبحث الثاني: التوسيع في مفهوم القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية	108
المطلب الأول: مظاهر التوسيع للمفهوم الحديث القوة القاهرة	110
الفرع الأول: صيغ المفهوم الإتفاقي للقوة القاهرة "المفهوم الحديث"	110
الفرع الثاني: التوسيع في حالة التعريف المختلط.....	117
المطلب الثاني: الأساس القانوني للمفهوم الموسع للقوة القاهرة	121
الفرع الأول: مبادئ التوسيع في مفهوم القوة القاهرة.....	122
الفرع الثاني: الأهمية الاقتصادية لعقود التجارة الدولية.....	128
الفصل الأول: المعالجة الاتفاقيية لمشكلة تغير الظروف	137
المبحث الأول: ماهية شرط إعادة التفاوض	137
المطلب الأول: مفهوم شرط إعادة التفاوض	139
الفرع الأول: تعريف شرط إعادة التفاوض في الفقه القانوني.....	140
الفرع الثاني: تعريف شرط إعادة التفاوض في القضاء الوطني والتحكيم التجاري الدولي	144
الفرع الثالث: الأساس القانوني لشرط إعادة التفاوض	147

فهرس المحتويات

المطلب الثاني: أهمية شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية	154
الفرع الأول: شرط إعادة التفاوض و المنازعات عقود التجارة الدولية	155
الفرع الثاني: أهمية شرط إعادة التفاوض في الحفاظ على العقد واستمراره	159
المبحث الثاني: تميز شرط إعادة التفاوض في العقود الدولية عن المفاهيم المشابهة له	
.....	165
المطلب الأول: تميز شرط إعادة التفاوض عن نظرية القوة القاهرة.....	166
الفرع الأول: اختلاف المفهوم التقليدي للقوة القاهرة عن شرط إعادة التفاوض	167
الفرع الثاني: توافق المفهوم الحديث للقوة القاهرة مع شرط إعادة التفاوض	172
المطلب الثاني: تميز شرط إعادة التفاوض عن نظرية الظروف الطارئة	176
الفرع الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة.....	177
الفرع الثاني: أوجه التوافق والاختلاف بين نظرية الظروف الطارئة وشرط إعادة التفاوض	
.....	183
المبحث الثالث: الالتزامات المترتبة على إعمال القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض ...	188
المطلب الأول: الالتزام بالإخطار.....	189
الفرع الأول: مضمون الالتزام بالإخطار.....	190
الفرع الثاني: التزام الدائن بالرد على المدين	199
المطلب الثاني: الالتزام بتحفييف الضرر	201
الفرع الأول: الأساس القانوني للالتزام بتحفييف الضرر	202
الفرع الثاني: الإجراءات المتبعة لتحفييف الضرر	206
الفرع الثالث: جزاء مخالفة الالتزام بتحفييف الضرر	209
الفصل الثاني: الآثار المترتبة على إعمال شرط إعادة التفاوض	210
المبحث الأول: مبدأ الحفاظ على العقد.....	211

فهرس المحتويات

المطلب الأول: وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي 212
الفرع الأول: الأساس القانوني لوقف تنفيذ العقد التجاري الدولي 214
الفرع الثاني: شروط وقف تنفيذ العقد 222
المطلب الثاني: أثار وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي 225
الفرع الأول: آثار وقف تنفيذ العقد 225
الفرع الثاني: انقضاء وقف تنفيذ العقد 229
المبحث الثاني: إعادة التفاوض بحسن نية 232
المطلب الأول: القواعد التي تحكم إعادة التفاوض 233
الفرع الأول: قبول إعادة التفاوض 234
الفرع الثاني: معايير إعادة التفاوض 238
المطلب الثاني: نتيجة إعادة التفاوض 243
الفرع الأول: مصير العقد في حالة نجاح المفاوضات 244
الفرع الثاني: مصير العقد في حالة فشل المفاوضات 250
الخاتمة 264
قائمة المصادر والمراجع 269

الملخص

المملخص

المملخص

تعتبر عقود التجارة الدولية الأداة الفنية الأكثر شيوعا في مجال تبادل السلع والخدمات عبر الحدود، فأصبحت هي المساهم الرئيسي في تبادل الثروات والخبرات بين دول العالم، بحيث تتميز هذه العقود عن مثيلاتها من العقود الداخلية أنها تبرم ما بين طرفان ينتميان إلى أنظمة قانونية مختلفة، وتتميز كذلك بطول مدتتها، غير أن ظروف تنفيذ هذه العقود تختلف عن ظروف إبرامها مما يجعلها عرضة لتغير الظروف والتي تؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي، فكلما طالت مدة التنفيذ صاحبها احتمال تعرضها إلى الكثير من الصعوبات، قد تكون سياسية، أو اقتصادية، أو طبيعية أو ظروف صحية وبائية، لجائحة كورونا (كوفيد-19) التي اجتاحت العالم في نهاية 2019، ومواجهة هذا التغير في الظروف المحيطة بتنفيذ العقد التجاري الدولي، فقد أوجد واقع عقود التجارة الدولية حلولا فنية اتفاقية بعيدة عن التشريعات الوطنية الداخلية تتناسب وخصوصية عقود التجارة الدولية، تهدف لإيجاد نوع من التوازن الاقتصادي والمالي بين الطرفين في مواجهة التهديد الذي يصاحب مرحلة التنفيذ.

الكلمات المفتاحية: العقود، التجارة الدولية، شرط إعادة التفاوض، القوة القاهرة، الظروف الطارئة.

Abstract

International trade contracts are considered the most common technical tool in the field of cross-border exchange of goods and services. It has become the main contributor to the exchange of wealth and expertise between countries of the world. These contracts are distinguished from similar internal contracts in that they are concluded between two parties belonging to different legal systems. However, the circumstances of the implementation of these contracts differ from the conditions of their conclusion, which makes them subject to changing conditions that lead to an economic imbalance. Due to the Corona (Covid-19) pandemic that swept the world at the end of 2019, and to face this change in the conditions surrounding the implementation of the international commercial contract, the reality of international trade contracts was created Technical solutions An agreement far from the internal national legislation commensurate with the privacy of international trade contracts, aiming to find a kind of economic and financial balance between the two parties in the face of the threat that accompanies the implementation phase.

Keywords: contracts, international trade, renegotiation clause, force majeure, emergency circumstances.

Résumé:

Les contrats commerciaux internationaux sont considérés comme l'outil technique le plus courant dans le domaine des échanges transfrontaliers de biens et de services. Il est devenu le principal contributeur à l'échange de richesses et d'expertise entre les pays du monde. Ces contrats se distinguent des contrats internes similaires. En ce qu'ils sont conclus entre deux parties appartenant à des systèmes juridiques différents. Cependant, les circonstances de l'exécution de ces contrats diffèrent des conditions de leur conclusion, ce qui les soumet à des conditions changeantes qui conduisent à un déséquilibre économique. (Covid-19) qui a balayé le monde fin 2019, et pour faire face à ce changement des conditions entourant la mise en œuvre du contrat commercial international, la réalité des contrats commerciaux internationaux a été créée Solutions techniques Un accord éloigné de la législation nationale interne à la hauteur de la confidentialité des contrats commerciaux internationaux, visant à trouver une sorte d'équilibre économique et financier entre les deux parties face à la menace qui accompagne l'étape de mise en œuvre.

Mots clés : contrats, commerce international, clause de renégociation, force majeure, circonstances d'urgence.