

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

بلجيلالي بلعيد

أثر تغير ظروف تنفيذ عقود التجارة الدولية



أمام لجنة المناقشة المشكلة من:

الرقم	اللقب و الاسم	الرتبة	المؤسسة	الصفة
01	د/ سويلم فضيلة	أستاذة محاضر (أ)	جامعة د مولاي الطاهر-سعيدة.	رئيسا
02	د/ هني عبد اللطيف	أستاذ محاضر (أ)	جامعة د مولاي الطاهر-سعيدة.	مشرفا/مقررا
03	د/جعفري نعيمة	أستاذ محاضر (أ)	جامعة د مولاي الطاهر-سعيدة.	ممتحنا
04	د/ فليح كمال محمد عبد المجيد	أستاذ محاضر (أ)	جامعة د مولاي الطاهر-سعيدة.	ممتحنا
05	الطيب ولد أعمار	أستاذ التعليم العالي	جامعة تيارت	ممتحنا

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

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

يقول الله تعالى: "وَقُلْ اَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ

عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ"

[سورة التوبة: الآية 105]

شكر و تقدير

نحمد الله عزوجل على توفيقه لنا بإتمام هذا العمل المتواضع، ولا يفوتني 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، فلكم مني اسمي عبارات التقدير والاحترام.

بلجيلالي بلعيد

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى والدتي الكريمة أطال الله في عمرها، وإلى الزوجة الكريمة التي ساعدتني وشجعتني 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 اهدي ثمرة هذا العمل إلى أبنائي حفظهم الله عبد الرحمان، محمد، يونس، وبناتي العزيزات لبنى وإيمان وإلى كل إخوتي وأخواتي لكم جميعا الشكر والاحترام.

إلى كل زملاء الدراسة من جامعة سعيدة ومعسكر

بلجيلالي بلعيد

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: طبعة
- ق.إ.م.إ : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية
- 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 marchandises (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 (à l'endroit indiqué 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 cité
- 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 d'king d'ombrtain,
- 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 l'unification du droit privé
- 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 و تطور 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، صاحبه ثورة في تغيير الأنظمة القانونية لأغلب دول العالم، وبروز الهيئات العالمية التي بدورها ساهمت في تأطير التكتلات الاقتصادية الحديثة، وفرضت على الدول تكييف أنظمتها الاقتصادية وقوانينها وفقا لمتطلبات اقتصاد السوق المبني على المنافسة وقانون العرض والطلب، نذكر منها منظمة التجارة العالمية التي تفرض شروطا معينة للانضمام إليها، منها إعادة هيكلة اقتصاديات الدول وفق معايير اقتصاد السوق مع فرض تكييف 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، ص03.

ومن هنا ظهرت الحاجة الى تنظيم هذا التنامي في المعاملات التجارية الدولية من خلال السعي الى 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 شيوعاً في مجال تبادل السلع والخدمات عبر الحدود، فأصبحت عقود التجارة الدولية هي المساهم الرئيسي في تبادل الثروات والخبرات بين دول العالم، ووسيلة للمبادلات الاقتصادية عبر الحدود بحيث تتميز هذه العقود عن مثيلاتها من العقود الداخلية أنها تبرم ما بين طرفان ينتميان إلى أنظمة قانونية مختلفة¹، وحيث 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 الجاهزة 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 خاضعة بكل تفاصيلها إلى قانون الدولة الداخلي، أما العقود الدولية فهي تخضع إلى عدة معايير تدويلها 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 بالمعيار القانوني في تحديد دولية العقد فيعد العقد دولياً وفقاً لهذا المعيار كلما اتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد أو عندما تتوزع 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 بالمعيار 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 تنفيذه، 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 تشجيعا لمنتجاتها 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 نذكر على سبيل المثال العقوبات الأمريكية والأوروبية مؤخرا 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 انكماش السوق العالمي وتراجع معدلات النمو وتكبد الاقتصاد العالمي لخسائر كبيرة.

¹ يستخدم وصف الوباء العالمي أو الجائحة (Pandémie) لوصف الأمراض المعدية عندما نرى تفشيها واضحا لها وانتقالا 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 وفاة آلاف الأشخاص. وحسب منظمة الصحة العالمية " فيروس كورونا هي سلالة واسعة من الفيروسات التي قد تسبب المرض للحيوان وللإنسان ومن المعروف أن عددا من فيروسات كورونا تسبب للبشر أمراض تنفسية تتراوح حدتها من نزلات البرد الشائعة إلى الأمراض الأشد وخامة مثل متلازمة الشرق الأوسط (ميرس) والمتلازمة التنفسية الحادة (سارس) ويسبب فيروس كورونا المكتشف مؤخرا مرض (كوفيد-19) الذي يصيب الجهاز التنفسي للإنسان ويؤدي إلى الوفاة خلال فترة وجيزة ولقب بهذا الاسم بسبب التوقعات الموجودة على سطحه والتي تشبه الناجح، وتكمن خطورته في سرعة انتشاره بين البشر وتنقل العدوى قبل ظهور الأعراض، وينتقل هذا الفيروس عبر الاتصال المباشر بالرذاذ التنفسي الصادر عن الشخص المصاب وملامسة الأسطح الملوثة بالفيروس. راجع في ذلك: عبد السميع بلعيد محمد بلعيد، مدى مسؤولية الدولة عن تفشي فيروس كورونا ليبيا نموذجا - دراسة فقهية مقارنة وسبل مواجهته و الحد منه، مجلة الفقه والقانون الدولية، العدد 90، أبريل 2020، ص 70.

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

ونظرا لعدم ملائمة التشريعات الوطنية الداخلية في إيجاد حلول لمشاكل عقود التجارة الدولية، فالحلول التي تتضمنها القوانين الداخلية تنص بالدرجة الأولى إلى المشكلات الناتجة عن العلاقات التعاقدية الداخلية، خاصة أن 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 أوجد واقع عقود التجارة الدولية حولا 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 للقوة القاهرة وصياغة شروطها بشكل يتلاءم وطبيعة العقود التجارية الدولية وتنظيم أثارها بعيدا عن المفهوم الكلاسيكي والتقليدي للقوة القاهرة المعروف في جميع التشريعات الوطنية مع تجنب تطبيق أثره على العقود الدولية.

هذه الحلول التي تساير 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 أحالت دون تنفيذ الأداءات المتقابلة، حيث يلتزم الأطراف بالتفاوض بحسن نية، والتعاون فيما بينهم لإيجاد الحلول المناسبة لتغيير ظروف التنفيذ، والعمل على إزالة كل عائق أو مانع للتنفيذ.

وفي المقابل تفرض 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.

¹ أحمد عبد الكريم سلامة ، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مجلة الأمن والقانون، العدد الأول، سنة 2003، ص49.

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 وتعمل على استقرار المعاملات التجارية الدولية.

وقد ساهمت في هذه الحلول الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية، والقانون الموحد الصادر عن اليونسترال والعقود النموذجية¹، والشروط العامة للعقود الدولية بشأن البيع الدولي للبضائع، والعادات والأعراف التجارية المتداولة 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 قدسية 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 مستحيلا، سواء بصفة كلية أو جزئية، والتي تختلف في درجة تأثيرها على تنفيذ العقد مع المفهوم الحديث (المرن) أو الإتفاقي 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 مرهقا له وليس مستحيلا².

¹ أيمن 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 ماسبق 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، ولأن تغير الظروف مسألة لا يمكن حسمها لفترة زمنية معينة أو نسبها إلى حدث من فعل الإنسان كالحروب أو بفعل الطبيعة كالزلازل والبراكين وغيرها من الأحداث التي لا يمكن مقاومتها من أطراف العلاقة العقدية بصفة عامة، والسبب 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 تماما 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 تسليط 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 التعاقد في القانون الإنجليزي، وانهيار الأساس التعاقد في القانون الألماني، ثم بينا 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 تطرقت الى الحلول المتاحة لمعالجة التغير في الظروف المصاحبة لتنفيذ العقد، من خلال التطرق إلى وسائل المعالجة الاتفاقية بعيدا 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 واختلال 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 المتقابلة؟

هذه الإشكاليات المطروحة هي موضوع هذه الدراسة، و نظرا لما لهذا الموضوع من أهمية بالغة خاصة انه يتعلق بعقود التجارة الدولية التي تمثل عصب الاقتصاد العالمي فقد اهتمت عدة دراسات سابقة بهذا الموضوع و التي نذكر منها دراسة قدمها الأستاذ Marcel Fontaine هي دراسة قانونية قدمها في أواخر سبعينات القرن الماضي كما أن هناك دراسة أخرى قدمها ROCHFELAIRE IBARA تحت عنوان Aménagement de la Force majeure dans le contrat والتي تناولت تأثير القوة القاهرة في العقود الداخلية وكذلك عقود التجارة الدولية والحلول المتخذة في مواجهة آثار 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 تتبنى نمط قانوني جديد يجد أساسه القانوني في اتفاق الأطراف كتنقية 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 بعيدا عن التشريعات الوطنية، والتي لا تتماشى وخصوصية العقد التجاري الدولي، ومن جهة أخرى الدراسات التي تناول هذه التقنية الحديثة البعيدة 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 المشابهة له، كما تطرقنا إلى الالتزامات المترتبة على أعمال كل من القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض، أما الفصل الثاني تناولنا من خلاله الآثار المترتبة على أعمال شرط القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض من أهمها مبدأ الحفاظ على العقد وأخيرا 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، ولأن العقد هو توافق لهذه الإرادات لإحداث أثر 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 يتراخى تنفيذها لمدة طويلة في الزمن.¹

وبعيدا عن مسألة بطلان العقد كأثر يترتب على عيب يطل نشوئه، وهذا الموضوع ليس من صميم دراستنا، فإن أهم ما يمكن أن يؤثر في تنفيذ العقد هو تعرضه لحادث قوة قاهرة تعدم كل إمكانية لتنفيذه، 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 حفاظا على استقرار المراكز القانونية بين الأطراف خلال مدة تنفيذ 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 المسؤولية لاستحالة تنفيذ 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 و فائدة إذا لم يستطع المدين تبعا لقوة قاهرة أو حادث مفاجئ أن يقوم أو يقدم وإن 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 وواقعي يفوق بالضرورة وزن النصوص ذات الطابع الرسمي، راجع في ذلك: محند 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، وحتى إن أمكن توقعه يستعصى على المقاومة،² وهي كما عرفها الفقيه الروماني أولبيان بأنها: "كل قوة لا يمكن مقاومتها، ومن أمثلتها الحريق الناشئ عن الصواعق والفيضان والعواصف والزلازل والبراكين"،³ ويقصد بالقوة القاهرة على أنه الحدث الذي يطرأ أثناء مرحلة تنفيذ العقد يؤدي إلى اختلال غير عادل في توازنه مع إحداث تغييرا جذريا 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 راجعا 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، تعدم كل إمكانية لتنفيذه، 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 النظرية التقليدية في النظم القانونية المختلفة، وما يطلق عليه بالاستحالة المطلقة، ثم تناول 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 حمورابي: "إذا كان على رجل دين وضرب اله الأعاصير (أدد) حقله أو دمره الفيضان.. لا يعيد الحبوب التي اقترضها إلى دائنه و يلغى عقده و لا يدفع فائضا في تلك السنة"، راجع في ذلك: عباس زبون العبودي، شريعة حمورابي - 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 القاهرة،¹ إلا أن بعض التشريعات الأخرى لم تستخدم صراحة مصطلح القوة القاهرة،² واستخدمت لفظا عاما وهو لفظ "ظرف" كالقانون الألماني وأنظمة أخرى أعطتها مسميات أخرى كالقانون الإنجليزي الذي أرسى نظرية الفشل في تنفيذ العقد Frustration of the contract لتحقيق نفس نتائج وأثار القوة القاهرة التقليدية، والتي أضافت مفهوما جديدا 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 تعريفا دقيقا 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 اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحدث 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 تعريفا للقوة 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 والذي يجعل تنفيذ هذا الأخير لأحد إلتزاماته التعاقدية أو العديد منها أنيا أو نهائيا غير ممكن".

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

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

ولمعرفة تفاصيل ذلك نقسم هذا المبحث الى مطلبين نتعرف من خلاله على المفهوم التقليدي للقوة القاهرة في بعض التشريعات الوطنية (المطلب الأول) ثم نتطرق الى الشروط الواجب توافرها في الحدث حتى يتم تشخيصه على أنه قوة القاهرة (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 مستحيلا بسبب حدث غير متوقع، ولا يمكن دفعه، ومستقلا عن إرادة المدين كما تؤكد أحكام القضاء هذا الاتجاه إذ قضي بان: "الإرادة المفترضة تتجه دائما إلى فكرة القوة القاهرة بمفهومها التقليدي إذا لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك".¹

تتضمن فكرة القوة القاهرة المسلم بها في التشريعات الوطنية شروطا معينة يجب توافرها في الحدث، منها عدم التوقع وعدم إمكانية الدفع، وأن لا يكون للمدين دخل في وقوع الحدث وان يؤدي ذلك إلى إحداث نتيجة محددة و لكن اختلفت التشريعات الوطنية في الآثار المترتبة عن الحدث المؤدي إلى استحالة التنفيذ فمنها ما ركز على قاعدة لا التزام بمستحيل «à l'impossible nul n'est tenu» وبالنتيجة يفسخ العقد بقوة القانون، وبعض التشريعات تميل إلى جعل القوة القاهرة سببا 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، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2007، ص22.

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

الفرع الأول: مفهوم القوة القاهرة في القانون الفرنسي

نصت المادة 1147 من القانون الفرنسي¹ الصادر سنة 1804م على أن "المدين يكون مسئولاً 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 نشأ 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 بإعطاء أو عمل ما التزم به، أو إذا قام بأداء ما هو محظور عليه"، وحسب نص المادتين المذكورتين اللتان تضمنتا أحكام عامة "إذا لم يتم المدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية نتيجة وقوع سبب أجنبي لا يد له فيه، وكان المدين حسن النية فلا يسأل عن التعويض".

وحسب 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 الالتزام²، وهنا يطرح التساؤل هل ينقضي الالتزام في القانون الفرنسي بسبب استحالة تنفيذه بالقوة القاهرة أو بالسبب 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 حدوثها، 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.droitentreprise.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 aucuns 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 ينقضي إذا هلك محله دون خطأ من المدين".²

من خلال نص هذه المادة فإن الالتزام هنا ينقضي 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 استئجار الصانع بموته أو بحادثة قهرية تمنعه من العمل".³

وأيضاً نصت المادة 1722: "إذا هلك الشيء المؤجرة بقوة القاهرة 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 و1148 أي إحياء إلى انقضاء الالتزامات كأثر للقوة القاهرة، مكتفياً إلى الإشارة إلى إعفاء المدين من التعويض ولكنه عاد إلى أثر القوة القاهرة على الالتزام في نص المادة 1302.

ومن الملاحظ من خلال النصوص المشار إليها أعلاه، أن المشرع الفرنسي لم يعطي تعريفاً واضحاً لمفهوم القوة القاهرة، ولم يحدد شروط تحققها وبانتفائها تنتفي القوة القاهرة،⁵ وكذلك أنه لم يحدد معياراً معيناً يمكن القياس عليه لتقييم الحدث ووصفه كقوة القاهرة.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 ou 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.

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

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 القاهرة، وبذلك يسهل عمل القاضي فيكفيه 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 القاهرة دون النظر إلى ظروف الواقعة لكن هذه الطريقة وجهت لها عدة انتقادات منها انه لا يمكن وصف وتكييف حدث على انه قوة القاهرة دون النظر إلى ظروف الواقعة المدعى بها.²

الطريقة الثانية: نظرا للمفهوم الضيق الذي أعطته الطريقة الأولى لمفهوم القوة القاهرة، واعتمادها على حصر وتعداد الأحداث، فقد وجهت لها عدة انتقادات فقد ظهرا فكرة جديدة لمفهوم القوة القاهرة خلال الحرب العلمية الأولى، اعتبرت القوة القاهرة وصف قانوني لا يرتبط بحدث أواخر، ولكنه يلزم القيام ببحث واسع لظروف كل حالة على حدة، فالحرب مثلا لا تعد قوة القاهرة بذاتها وإنما ينبغي البحث عن تفاصيل الواقعة وملاساتها، وهنا أعطت هذه الطريقة مفهوما جديدا للقوة القاهرة بحيث يجب حسب الطريقة الثانية توافر شروطا معينة في الحدث إذا توافرت نقول أننا أمام قوة القاهرة زيادة على ذلك تضع هذه الطريقة شروطا 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 و أثارها في قانون العمل، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، مصر، سنة 1995، ص 04.

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

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

وكذلك 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 قناعته، الفقه الفرنسي يرى أن القوة القاهرة في القانون الفرنسي هي إحدى صور السبب الأجنبي الذي لا يد للمدين حسن النية فيه، ويترتب على توفرها انقضاء الالتزام وعدم مسؤولية المدين عن التعويض أما القضاء الفرنسي فإنه يميل إلى جعل القوة القاهرة سببا للمطالبة القضائية³ أي انه يلزم اللجوء إلى القضاء من أجل الحصول على حكم بانفساخ العقد بسبب القوة القاهرة،⁴ ولا ينفسخ العقد بقوة القانون وفقا 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، ص24.

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، ص70.

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 الأصلي 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 1952/07/16 في "قضية كهرياء فرنسا" حيث قضت المحكمة بأن الإضراب الذي ساد هيئة كهرياء فرنسا كان بمثابة قوة القاهرة، 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 والتنبؤ، راجع في ذلك: عبد الله محمود، المرجع السابق، ص48.

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 لابد للمدين فيه، طرأ بعد نشوء الالتزام"، يتبين من خلال هذا النص أن المبدأ في القانون الألماني انه متى وقع ظرف لا يد 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".

¹ تطورت فكرة القوة القاهرة لدى الفكر القانوني الألماني، وهي فكرة جديدة الظروف التي تخلق أعباء لا يمكن التساهل فيها، فباستثناء الحالة التي يتحقق فيها خطأ من المدين، فهذا الأخير يمكن أن يعفى من التزام أصبح تنفيذه مستحيلا، عندما يترتب هذا الالتزام نتيجة ظروف مستجدة استثنائية، أعباء لا يمكن التساهل فيها، فإذا لم يتضمن العقد نصا يستبان 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 طروء الظروف الاستثنائية، أن يحاول التوفيق أولا بين وجهات النظر المتعارضة مراعى إرادة الأطراف والتوفيق بين اعتبارات العدالة، من جهة و بين 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، ص340.

² محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص49.

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

ومن خلال ذلك يمكننا القول أن المشرع الألماني قد ساوى 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 و الفرنسي 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 و تشكل 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

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

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 مسئولاً 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 ثلاث مراحل:

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

circumstances y sont abordés par La Geschäftsgrundlage La Geschäftsgrundlage, cette institution élaborée par ides 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 Bundesgerichtof. 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 entendue. 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، ص75.

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

التزاماته حتى ولو وجدت ظروف جعلت الوفاء بالالتزام مستحيلا، وذلك على أساس انه كان يتوجب عليه أثناء إبرام العقد أن يضع من الشروط ما يحتاط به لنفسه من تغير للظروف، وفي هذه الحالة عليا 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 آثار القوة القاهرة في حالة تحققها، فيعفى المدين من التزاماته القانونية إذا طرأ حادث لم يكن مسئولا عنه.

فالقانون الإنجليزي يفرق بين النوعين السابقين من الالتزامات فيرى انه 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 السالف الذكر فإذا تعاقد مكاول على بناء عقار في موعد معين، وعجز عن ذلك بسبب عيب خفي في الأرضية أحال دون تحقيق عملية البناء التزم هذا المكاول بالتعويض.

¹ تتلخص وقائع هذه الدعوى في أن "بارادين" كان قد اجر أرضه لـ "جين" نظير مبلغ معين، وقبل انتهاء العقد استولى بعض الرجال المسلحين بقيادة الأمير روبرت على الأرض المؤجرة، وطردوا "جين" منها، مما أعجزه عن سداد الأجرة، فطالب "بارادين" المؤجر بالأجرة فرفض "جين" سداد الأجرة عن المدة التي الأرض مستولى عليها لأنها لم ينتفع بالأرض، إلا أن المحكمة أمرته بالسداد، وجاء في حيثيات الحكم أن المدعي عليه "جين" وقد تعاقد على تحمل هذا الالتزام دون قيد أو شرط، لهذا فإنه ليس له أن يدفع المطالبة بالإستلاء القهري على الأرض لإعفائه من هذا الالتزام، فهنا يجب احترام الالتزام المطلق أو الغير المقيد، وسواء تدخلت قوة من الجنود المسلحين 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 بإرادته 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)

كذلك فإن تعاقد صاحب السفينة على أن يقوم بشحن سفينته بسماد طبيعي من مكان معين بغرب إفريقيا، بجعله مسئولا 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 شاقا أو مستحيلا².

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 تماما "نظرية العقود المطلقة".

وتتلخص هذه النظرية في انه إذا هلك محل العقد هلاكا ماديا خلال الفترة الممتدة بين إبرام العقد وقبل تنفيذه، يفسخ العقد ولكن بشرط أن لا يكون الهلاك نتيجة خطأ أو تقصير من احد 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, Building and engineering contracts, London, u.k, 1970, p.52.

³ تتلخص وقائع هذه الدعوى في انه أبرم عقد بين "كادويل" و"تايلور" التزم بموجبه "كادويل" بتسليم "تايلور" صالة رقص و حدائق ملحقة بها ليقوم عددا من المهرجانات الغنائية في أيام محددة، إلا انه قبل بداية العرض شب حريق دمر الصالة تماما، بحيث أصبح تنفيذ العقد مستحيلا، قام "تايلور" برفع دعوى للمطالبة بقيمة مصروفات الإعلان التي أنفقها للدعاية للمهرجان، وعند عرض النزاع على محكمة الملك قررت انه ليس من الضروري في كل الأحوال أن يكون شرط الإعفاء من المسؤولية عند تغير الظروف شرطا صريحا، فيكفي أن يكون شرطا ضمنيا أو مضمرا في العقد، فإذا تبين من طبيعة التعاقد أن تنفيذ العقد لم يكن ليتم وفقا لتصور المتعاقدين في البداية إلا مع بقاء بعض الأشياء محددة على ما هي عليه عند التعاقد، فإن العقد في هذه الحالة ينشأ مقترنا 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 داخل في توقعاتهما عند صدور العقد.

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

المرحلة الثالثة: بدأت هذه المرحلة القضاء الإنجليزي سنة 1956م الذي أرسى نظرية الفشل في تنفيذ العقد، «Frustration of the contract» و من المعلوم أن القانون الإنجليزي يأخذ بنظام السوابق القضائية، وهذه الأخيرة بمجموعها تكون ما يسمى بـ"الشرعية العامة"، هذه النظرية وسعت من مفهوم القوة القاهرة، ومفهوم الاستحالة، ومنها يستطيع المدين أن يتحلل 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 القضايا 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 تماما عن الالتزام الأصلي الذي انشأ العقد، أي عندما

¹ لم يبق القانون الإنجليزي عند حدود نما قدم لنا افتراضا آخر سمي معيار استحالة التنفيذ، أو بحالة الإحباط التجاري Frustration commerciale La التي قد يتعرض لها المدين وقت تنفيذ العقد. وهي تعني حالة إخفاق المدين كليا في قدرته على تنفيذ التزاماته والتي يمكن اعتبارها سببا للإعفاء من المسؤولية العقدية. و حالة الإحباط هذه تقود إلى تحليل العقد موضوعيا واعتباره شيئا متكاملًا ، 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 و أخذ جميع هذه العناصر بنظر الاعتبار كحوادث تؤدي مجتمعة إلى الإعفاء من المسؤولية . فإذا فقد العقد غايته الاقتصادية لطرف من أطرافه ، فهل يستوجب بعد ذلك إكراه المدين على تنفيذ العقد ؟ فعندما يفقد العقد هذه المحصلة الاقتصادية يمكن القول بان العقد لم يعد وجوده ممكنا. وهذا المفهوم الذي جاء به القانون الإنجليزي ينسجم إلى حد ما مع حاجة العقود التي يطول زمن تنفيذها والتي تسمى بالعقود الطويلة الأمد 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 دائما زمن تنفيذها . من ناحية أخرى يبدو هذا الحل أكثر مرونة مقارنة بالمفهوم التقليدي للقوة القاهرة في القانون الفرنسي ، كما انه يقربنا من مبدأ الظروف الطارئ . مع ذلك فإن تطبيق مفهوم القوة القاهرة في القانون الإنجليزي يستوجب بعض الافتراضات التي اعتبرها الفقه الإنجليزي سببا لاستحالة تنفيذ العقد كليا : هنالك من الأحداث ما يكون فيها تنفيذ العقد مستحيلا بسبب تدمير عين معينة وجوهرية يقوم عليها تنفيذ العقد ، أو عندما يتضمن العقد تقديم خدمات شخصية تجعل التنفيذ مستحيلا بالوفاة أو العجز أو مرض المدين و يحصل هذا الافتراض عندما يتضمن العقد شرطا ضمنا يكون بموجبه التنفيذ معلقا على قدرة المدين في تنفيذ التزاماته . ويسري نفس الحكم عندما يكون منع السلطات العامة تنفيذ العقد بشكل نهائي أو تتجاوز حدود الفترة الممكنة لتنفيذ العقد وقد يصبح إنجاز العقد مستحيلا 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 ماسبق أن وعدت بالوفاء به، فهذه المقولة تكفي لإعفاء المدين من المسؤولية 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 اتفاقي وليس قانوني يستمد وجوده ونطاقه من تنظيم الأطراف له.²

ويستخلص مما سبق أن الأخذ بفكرة القوة القاهرة في القانون الإنجليزي، مرت بمراحل مختلفة وعرفت عدة نظريات حتى استقرت لما هي عليه في الوقت الحالي، وأن المدين لا يسأل عن تنفيذ التزاماته ليس 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 والجدوى 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 وتنتج أثارها بإعفاء المدين من التزاماته التعاقدية، فقد توصل الفقه إلى شروط تحقق 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 تنفيذ 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.

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

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 بطبيعته في حدود المعقول والمألوف، 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 تتخفف فيها نسبة التساقط، أو كالفيضان الشاذ في نهر معد للملاحة إذ يجب أن يتسم 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 القاهرة، 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 و قضاء التحكيم على ضرورة توافره إذ انه من المنطق أن يكون الإنسان مسئولا إلا في حدود قدرته على التصور و التنبؤ وهو السبب و الدافع الذي جعل كلا من الفقه و القضاء يتفقا 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 الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1981، ص878.

² محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص78.

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: "يشترط في القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ الذي يترتب 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 تحيط به ظروف اقتصادية عامة وخاصة، فالظروف العامة تتميز بطابع الانتشار على كافة أفراد المجتمع تتمثل في كافة المعطيات المحيطة بواقعة إبرام العقد، فقانون العرض و الطلب يتحكم بصورة آلية في سعر المواد والسلع والخدمات فكما كانت الندرة صاحبها ارتفاع الأسعار والعكس صحيح أما الظروف الاقتصادية الخاصة فهي تقتصر فقط على احد 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 لقرار المحكمة العليا الصادر في القضية رقم 77660 بتاريخ 19/05/1991، المجلة القضائية لسنة 1993 العدد الثالث، ص154.

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

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 تراعى مركز المتعاقد ودرجة تفكيره ودراساته وثقافته وقدرته الذهنية وإدراكه،² فيوجد مثلاً معيار للمثقفين ومعيار للفلاحين وآخر للتجار وهكذا.

فالمعايير تختلف حسب كل متعاقد مع الأخذ بعين الاعتبار لثقافته وإدراكه وسلوكه فحسب المدرسة الإرادية لا يمكن أن يقاس عدم التوقع بمعيار 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 التحقق منها، كما أن التباين الكبير في ظروف و قدرات الأشخاص يؤدي بدوره إلى تنوع 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 المهدي، بحث بعنوان "محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام"، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الأول و الثاني، السنة 1979، ص30.

² حسب الرسول الشيخ الفزاري، اثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي، في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، سنة 1979، ص337.

³ حسب الرسول الشيخ الفزاري، المرجع السابق، ص340.

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

والأخذ برأي المدرسة الإرادية يعتبر غير منطقي وغير عادل لأنه يناقض المنطق القانوني الذي يقضي بتوحيد الأحكام لا التمييز بينها بحسب الأفراد الذين سيخضعون لها، حسب كفاءتهم فإذا تطلب 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 و تمييز بين فئات المجتمع فهو يفاضل محدودي الثقافة و يقسو على طائفة المثقفين دون أن يرتكب أفراد هذه الفئة أي ذنب يبرر ذلك لمجرد أن هذه الأخيرة تتمتع بعلم أكثر أو بوسائل اكبر تمكنها من التوقع بنسبة اكبر من الأولى.

ثانيا: 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 طبيعيا ومعتادا 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 أو لم يتوقعه، و تتمثل هذه القرينة في أن سبب الاتفاق مفهوم على أساس أنه الهدف

¹ أرشوان حسن رشوان احمد، اثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، سنة 1994، ص440.

² نزيه محمد صادق المهدي، المرجع السابق، ص80.

³ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2017، ص275.

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

الموضوعي للاتفاق يمس التغير مساسا كبيرا بحيث لا يمكن أن كان هناك حسن نية أن يطلب من المدين القيام بالتزاماته، في حين أن مراعاة استمرار معاني الاتفاق نفسه تتطلب التوقف.¹

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

ونظرا للنقد الذي تعرضت له المدرستين الإرادية والموضوعية، فقد ذهب الغالبية من الفقهاء إلى القول أن التوقع لا يمكن النظر إليه وقياسه من جانب الظروف الشخصية للمتعاقد، وإنما يجب أن يقاس أيضا 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 فهذا 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 العبقريّة الفذة، كما لا يتطلب أن يكون من ذوي التفكير

¹ Caviedes, De la clause "Rebus sic statiques" a 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 يقدرّون الأمور تقديرًا سليماً، بل يجب أن يكون شخصاً وسطاً بين الاثنين ممن تتكون منهم أغلبية المجتمع.¹

ولغرض معرفة أن حدثاً ما يعد متوقّعا 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، لأنه سوف يعتبر من ضمن الاحتمالات المألوفة التي ينبغي للرجل المعتاد معرفتها كارتفاع أو هبوط مألوفين 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 كلية و اعتماده على الشخص المعتاد الذي في الحقيقة ما هو إلا تصور فقهي القصد منه الحفاظ على استقرار التعامل في المجتمع.

¹ حسب الرسول الفزازي، المرجع السابق، ص340.

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

³ رشوان حسن رشوان، المرجع السابق، ص443.

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

(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 "بالمعيار 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 فنانا يجب أن يكون النظير فنانا، فإذا اتضح أن هذا الشخص النظير كان يتوقع الحادث عند التعاقد، عد شرط عدم التوقع متخلفا، وإذا كان الشخص النظير لا يتوقع الحادث عند إبرام العقد، عد شرط عدم التوقع متوفرا.²

والحقيقة أن معيار المتعاقد النظير، لم يأتي بجديد، وأنه ردد نفس مفهوم التوقع لدى المدرسة الموضوعية المرنة، 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 ولكنها إحاطته بما كان يحيط بالمتعاقد من ظروف ومعطيات.

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

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، قياسا في ذلك على الرجل المعتاد.

ولحسم 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، تبعا 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 منهما.¹

وعلى الرغم من وجهة 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 بالفكرتين الإرادية والموضوعية فهو يشترط في "الرجل المعتاد" أن يكون في نفس ظروف المتعاقد، ويدخل في ذلك جوانبه الشخصية مركزه الاجتماعي ودرجة تفكيره ودراسته وثقافته و قدرته الذهنية و إدراكه، و من جهة أخرى يراعي نفس الظروف التي كان فيها المتعاقد، و يدخل في ذلك كل الظروف والوقائع والملابسات و الأحوال 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 ممكنا، 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

ويمكننا أن نخلص من ذلك أن معيار "الرجل المعتاد" هو معيار توفيفي بين المدرسة الإرادية والمدرسة الموضوعية في التوقع، والاعتماد على معيار واحد دون الآخر يتنافى 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 لتحقيق القوة القاهرة التي تحل المتعاقد من التزاماته التعاقدية، إنما يشترط 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 قبلت 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 القاهرة.

¹ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص253.

² محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص111.

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 الضرر¹.

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 مقصرا ما لم يفعل كل ما في استطاعته لتجنب الضرر وأثاره، لا يستطيع دأنه تحمل نتائج تقصيره²، 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 معقول³.

وحتى تتحقق القوة القاهرة و تنتفي معها مسؤوليته عن الضرر الذي أصاب الرابطة العقدية، فالحدث الذي يكون قوة القاهرة يجب أن يجعل من تنفيذ التزام المدين مستحيلا 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 مخالفا 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 نظرا لقوة رياحها، إذ لم يتمكن طاقم السفينة من اجتناب ارتطامها بالرصيف الراسية بجانبه، بعدما أعطى طاقمها الأمر بالإقلاع، ونظرا لامتناع قيادة الميناء عن تقديم المساعدة وذلك على فرض أنه كان في استطاعة قائد السفينة أن يتنبأ 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 02.06.1991، المجلة القضائية، سنة 1993، ج2، ص147.

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

³ غازي عبد الرحمن ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، منشورات مركز البحوث القانونية بغداد، العراق، سنة 1986، ص91.

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

الفرع الثالث: خارجية حدث القوة القاهرة "Extérieur"

حتى تستكمل القوة القاهرة شروطها، يجب أن تنتفي العلاقة السببية بين الحدث وفعل 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 يتمكن 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 يتمكن 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 الشيء.

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 يالحاق 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، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص102.

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، ص322.

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" عن يدعيه ولكون القوة القاهرة سبباً أجنبياً فيجب أن تكون أجنبية عن المدين.

ويدور مضمون شرط انقطاع صلة الحدث عن المدين، بين النظرة الإرادية والمادية، وتعني النظرة الإرادية أن انقطاع صلة الحدث بالمدين 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 طرء 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 اثر 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 اقدر من أصحاب الودائع على الإلزام بظروف هلاك تلك الودائع، وعلى إقامة الدليل على هذه الظروف، وفي هذه الظروف أجزى الدفع بالقوة القاهرة في الأحوال التي يثبت فيها أن الضرر لم يحدث بفعل أمين النقل، كحوادث الطبيعة و غارات العدو، الأمر الذي لا يدع مجالاً للشك في تصرفات المدين و مسلكه و حتى يشكل الحدث قوة القاهرة يجب ان يتوافر له ركنان هما الخارجية المادية و الأهمية و الشهرة".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.

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

وحسب مفهوم الأستاذ «Exner» فالخارجية المادية تعني توافر حالة القوة القاهرة المعفية من المسؤولية، أما الحادث الفجائي فلا يعفي المدين من المسؤولية.¹

ومن خلال ما سبق الإشارة إليه فإن القوة القاهرة، وحسب مفهومها التقليدي، تجعل تنفيذ التزام المدين مستحيلا 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 القاهرة إذا كان غير متوقع.

المبحث الثاني: اثر القوة القاهرة في العقد التجاري الدولي

إن الحديث عن المفهوم التقليدي للقوة القاهرة في النظم القانونية المختلفة والقانون الدولي الموحد للتجارة الدولية، واتفاقيتي الأمم المتحدة لاهاي 1964م وفيينا 1980م للبيع الدولي للبضائع²، يجرنا إلى الحديث عن اثر 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 مستطرق 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، ص222.

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

المطلب الأول: الاستحالة المطلقة (استحالة التنفيذ)

تتفق جميع النظم القانونية والاتفاقيات الدولية على اعتبار الاستحالة سببا 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 باطلا لاستحالة محله،¹ كأن تتعرض دولة إلى حصار اقتصادي و يبرم العقد يلتزم من خلاله احدهما أن يقدم شيئا يتعين استيراده من الدولة المضروب عليها الحصار، مع علمهما أن هناك استحالة كاملة لتنفيذ هذا الالتزام، فهنا العقد لا ينعقد لاستحالة المحل، اذ يشترط في المحل أن يكون ممكنا و من ثم يكون العقد المبرم بين الطرفين باطلا لاستحالة المحل، فما هي الاستحالة (الفرع الأول)، و ما 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، ص197.

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.

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

على نحو لا يقلل من مسؤولية هذا الأخير، بعكس الاستحالة الراجعة إلى سبب أجنبي التي تنظم أحكامها على نحو مختلف ومغاير.¹

هذا وتتفق جميع النظم القانونية و الاتفاقات 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 و القضاء بالرغم من اتفاقهما في وصف الحدث الأجنبي بالقوة القاهرة المؤدي الى استحالة التنفيذ، إلا أنهما اختلفا في تحديد المقصود بهذه الاستحالة.

فالتشريعات اللاتينية استعملت مصطلح استحالة التنفيذ "Impossibilité d'exécution"، استحالة التجنب "Inévitabilité"، استحالة الدفع أو المقاومة "Irrésistibilité"، واستحالة التخطي أو التجاوز "Insurmontabilité"، و من اجل 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.

أولاً: 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 الى نتائج لا يمكن تجاوزها أو التغلب عليها،³ تتحقق الاستحالة عندما يتعرض المدين الى ظروف أو إحداث غير متوقعة وخارجة عن إرادته، لا يستطيع

¹ رشوان حسن رشوان أحمد، المرجع السابق، ص 474.

² شريف محمد غنام، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 96.

³ محمود نديم الخضر، المرجع السابق، ص 106.

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

معها أن يدفع أو يتجنب وقوعها، أو يتجاوز آثارها بحث تجعل تنفيذ التزاماته التعاقدية أمرا مستحيلا.¹

ثانيا: و يفرق البعض بين استحالة التنفيذ و استحالة الدفع حيث تصف الأولى النتيجة وتصف الثانية الحدث نفسه وهي تنقسم بدورها الى استحالة التجنب "Inévitabilité"، واستحالة التخطي أوالتجاوز "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

ثالثا: استحالة التنفيذ "Impossibilité d'exécution" والذي يقرب الفقه بينها وبين استحالة الدفع "Irrésistibilité" و يعتبرهما مترادفان، ويذهب 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 impossibilité absolue 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، فلقد أشارت إليه اتفاقية لاهاي 1964 والتي نصت المادة 74 منها على انه: "في حالة إخلال احد الأطراف بتنفيذ التزاماته فلن يكون هذا الطرف مسئولا 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 التفاوض في عقود النفط، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2019، ص242.

² شريف محمد غنام، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص97.

³ - شريف محمد غنام، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص99.

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

التغلب عليها وفقا لنية الأطراف وقت إبرام العقد، وفي غياب هذه النية ينظر إلى ما يعتزم فعله الأشخاص العاديون في حالة مماثلة".¹

ويلاحظ أن نص المادة من اتفاقية لاهاي للبيع الدولي للمنقولات المادية تفادت استعمال مصطلح الاستحالة أو القوة القاهرة و اعتمدت 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 تناولوه تحت عنوان الإعفاءات كما نصت عليه المادة 74 الفقرة 1 بقولها: "إذا لم ينفذ أي طرف التزاما من التزاماته، فلا يكون مسئولا عن عدم التنفيذ، هذا إذا اثبت انه يرجع إلى ظروف لم تكن في حساب الأطراف عند إبرام العقد و لم يمكن تجنبها أو توقيفها و لم يكن تخطيها".

أما المادة 79 الفقرة 1 من اتفاقية فيينا 1980م للبيع الدولي للبضائع تصف الحدث المعفي 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 -راديوكوفيتش- عن هذه الحقيقة بقوله: "أن القوة القاهرة لا تنطبق إلا إذا كان الحدث الطارئ يمثل عقبة مطلقة تمنع التنفيذ، وبالتالي تعتبر سببا للتحلل الكامل للمدين عن المسؤولية عن عدم التنفيذ".⁴

¹ المادة 74 من اتفاقية لاهاي 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 فيينا تنص "لايسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذا اثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته و انه 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 تقسيم الاستحالة الناتجة عن الحدث المكون للقوة القاهرة منها التي أخذت بمعيار درجة الصعوبة وهذه التقسيمات تتمثل في الاستحالة المطلقة و الاستحالة 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 و التي سنتناولها على النحو التالي:

أولاً: الاستحالة المادية

تمثل الاستحالة المادية¹ إحدى أكثر الصور حدوثاً في الحياة العملية والأكثر وضوحاً في حكمها،² 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 وحدث 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

¹ يطلق بعض الفقه عليها الاستحالة الفيزيائية لأنها تنصب على العين محل الالتزام ، فهي ترجع كما يرى الفقه إلى استحالة الشيء في ذاته لا إلى استحالاته بالنسبة للمتعاقد، انظر في ذلك عبد المجيد حكيم، الوسيط في نظرية العقد، الجزء الأول في انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، سنة 1967، ص362.

² رشوان حسن رشوان أحمد، المرجع السابق، ص477.

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

ظروف العقد، على أساس أن المتعاقد كان بإمكانه أن يأخذ احتياطاته لمثل هذه التغيرات بإدراج من الشروط ما يسمح له بتأمين مغبة تغير الظروف وإن لم يفعل فلا يلزم 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 وكادويل"²، والتي من خلالها قضت محكمة الملك أن الالتزام بتنفيذ العقد، يكون وفقا لما هو متفق عليه، ما لم يوجد هناك شرط يقضي بخلاف ذلك، فإن وجد مثل هذا الشرط وجب إعمال حكمه³ وأضافت المحكمة انه ليس من الضروري أن يكون مثل هذا الشرط صريحا، بل يستوي الأمر بالنسبة له، في أن يكونا الشرط صريحا أو ضمنيا، ومثل هذا الشرط يكون مكنونا في العقد، يقضي بفسخه في حالة استحالة التنفيذ، والاستحالة المقصودة هنا هي الاستحالة المطلقة لا النسبية والتي من خلالها ابتدع القانون الإنجليزي نظرية انهيار العقد "Frustration"، وهي نظرية جاءت للتخفيف من الصرامة في تطبيق نظرية العقود المطلقة (theory of absolute contrats) التي سبق أن اشرنا إليها سابقا والتي تقضي بالتنفيذ المطلق للعقد (strict performance) وتكمن 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 تتلخص وقائعها في أن "باردين" كان قد اجر أرضه لـ "جين" نظير مبلغ محدد من المال وقبل نهاية فترة الإيجار استولى مسلحون على الأرض و طردوا المستأجر منها، وعندما طالب 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 مطلقا بدون قيد أو شرط، فهو لا يستطيع أن يدفع بواقعة الإستيلاء القهري للأرض لإعفائه من التزاماته، راجع في ذلك: عبد السلام الترماتيني، نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر، القاهرة، مصر، سنة 1971، ص 32.

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

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

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

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 اعتبر البائع أنه في حالة "Frustration" تسمح له بعد تنفيذ التزامه بالتسليم وتبرئه 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 يتم الدليل على أنه كان في حالة استحالة مطلقة تمنعه من التسليم في الفترة الممتدة من 15 أكتوبر حتى نهايته 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 أمام استحالة مطلقة، بل كان أمامه الوقت ليجد 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 أبرم بين صاحب ملهى 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، ص114.

² أكرم محمد حسين، الإخلال بالتنفيذ في بيوع التجارة الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2017، ص175.

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 مقترن بشرط ضمني يقضي بضرورة بقاء العازفة متمتعة بكافة قدراتها التي تكفيها لأداء ما أنيط بها من التزام، أي يقضي بعدم تغير الأحوال التي أبرم العقد في ظلها، فإذا ما تغير الحال بإصابة المتعاهدة بمرض عضال اعتبر ذلك استحالة مادية تواجه تنفيذ العقد.¹

وحسب 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 شخصياً، ففي حالة وفاة المدين يصبح تنفيذ العقد مستحيلاً،
- (3) إذا أصبح تنفيذ العقد غير مشروع قانوناً، 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، فالمدين دي إلى هدم العقد لا يمكنه الحصول على وسيلة لدفع الدائن لتوفر 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 الإرهاق.³

¹ حسب الرسول الشيخ الفزاري، المرجع السابق، ص141.

² أكرم محمد حسين، المرجع السابق، ص175.

³ محمد شريف غنام، أثر تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص63.

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

ثانيا: الاستحالة الاقتصادية "L'impossibilité économique"

بعد تطرقنا إلى مفهوم الاستحالة المادية، والتي يترتب عليها استحالة تنفيذ الداء 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 يتوخاه 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 المتوخاة من العلاقة التعاقدية، على الرغم من أن الأداءات المتولدة عن العقد لا زالت ممكنة في ذاتها و لم يلحقها وصف الاستحالة².

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

¹ الياس ناصيف، العقد والدولية عقد البوت B.O.T في القانون المقارن، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، سنة 2011، ص327.

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، ص481.

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

وتنفيذا لشروط هذا العقد أُلغيت السفينة من ميناء ليفربول، وهي في رحلتها ارتطمت بصخور خليج "كارنارفور" وبقيت لاصقة بهذه الصخور إلى أن تم جرها وإصلاحها بميناء ليفربول، قررت محكمة المنازعات المالية، أن التراخي في تنفيذ العقد لفترة زمنية معينة قد يترتب عليه في بعض الأحيان إحباط للمقاصد والهدف التجارية للطرف المتعاقد، 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 وإن هذا الأخير عند فصله في منازعات التوزيع خلط بين الباعث الدافع من ناحية و بين 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 الباعث فإن العقد لا يتأثر لأن (استحالة تحقق الباعث لا تعني استحالة تنفيذ العقد).¹

وخلاصة القول انه في الاستحالة المادية، يسبب في عدم القيام بالأداء المطلوب إلى طبيعة الأشياء وهي تمثل الاستحالة بمعناها الحقيقي والمنطقيتمثل الاستحالة المادية إحدى أكثر الصور حدوثا في الحياة العملية والأكثر وضوحا في حكمها، فإن الاستحالة الاقتصادية تصيب الغاية من العقد المتواخاة نتيجة الحدث إلي يصيب العلاقة التعاقدية ويؤدي إلى تغيير جوهري في اقتصاد العقد و تفويت الربح على احد أطرافه.

ثالثا: الاستحالة القانونية

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

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

¹ حسب الرسول الشيخ الفزاري، المرجع السابق، ص222.

² القانون رقم 08/13 المؤرخ في 2013/12/30 المتضمن قانون المالية لسنة 2014 جاء في نص المادة 52 منه "يمنع على وكلاء السيارات، بيع السيارات المستوردة التي يجب ان 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، وتتحقق 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،¹ 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 اصدر المشرع قانونا أو نصا تنظيميا يخرج الشيء المراد تقديمه أو الداء المزمع تنفيذه من دائرة التعامل، فإن محل الالتزام يصبح خارجا عن دائرة التعامل، ويصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة قانونية.²

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

لذلك فإن عقد استيراد و تركيب السيارات في الجزائر أصبح مستحيلا 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، ب.ت.ن، ص 228.

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

ب- **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 مستحيلا استحالة قانونية على الرغم من أنه ممكنا من الناحية المادية¹.

وتحتل الاستحالة القانونية مجالا واسعا في العقود الدولية؛ نتيجة تدخل الدول في الحياة الاقتصادية وتحولها من دول حارسة إلى دول متدخلة 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 أنفا تصدر قوانين تمنع استيراد منتجات أو سلع وبضائع معينة، ترى أنها ليست من الأولويات، حفاظا على العملة الصعبة خاصة إذا كان اقتصاد الدولة يمر بمراحل حرجة نتيجة ظروف اقتصادية بحتة، كانهخفاض سعر البترول مما يؤثر بشكل مباشر على إيرادات الدول التي تعتمد على البترول بالدرجة الأولى كمصدر أساسي لمداخيلها.

في هذه الحالة نجد المدين غالبا يتعثر في إنجاز التزاماته بموانع 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 تقود أحد أطراف العقد إلى وضع الاستحالة القانونية لتنفيذ العقد، ونذكر منها على سبيل المثال الإجراءات التي تتعلق بعمليات الاستيراد والتصدير، ومنها مثلا 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)

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

ج- **تقييد 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، وبالنتيجة تكون هذه اللوائح و التنظيمات الصادرة عن الجهات الإدارية عائقا 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 اشترت اختراع هذا النوع من البوابات وصار من حقها دون سواها، تشغيلها لمصالحها دون الأفراد ويترتب على ما تقدم اعتبار هذا البند من المفاوضة 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 يترتب عليه بطلان هذا البند).²

¹ سالم بن سلام بن حميد الفليتي، 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)

يتبين من خلال هذا الحكم أن الإدارة الإداري الذي اتخذته الدولة، بتملكها لاختراع بوابة الحديد، جعل من التزام صاحب العقد بتوريد هذا النوع من الأبواب الحديدية مستحيلا 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 للبترو، مسببة ذلك بان السلطات النرويجية المختصة بتحويل العملات اللازمة للوفاء، ستعترض على تنفيذ العقد بسبب هذا التحويل الذي سيؤدي إلى خسارة في العملة الصعبة لميزانية الدولة، معتبرة أن هذا التدخل في ظروف تنفيذ العقد يمكن أن ينشأ للمدين حالة قوة القاهرة، مسببة 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 القوة القاهرة للشركة الرومانية طبقا للمبادئ العامة للقانون أو لنصوص العقد.²

المطلب الثاني:أثار القوة القاهرة على مصير عقود التجارة الدولية

إن البحث عن اثر القوة القاهرة على عقود التجارة الدولية وفقا للنظرية التقليدية، التي أبرمت دون اتفاق الأطراف على تنظيم أثارها والنتائج المترتبة عليها، أو أن هذه العقود لم تخضع عند إبرامها لاتفاقية دولية، فإن هذه العقود تخضع إلى قواعد الإسناد لتحديد القانون

¹قرار الغرفة التجارية الدولية في القضية رقم 2216 عام: 1974، مجلة القانون الدولي Clunet لسنة 1975، Derains، ص912.

²قرار الغرفة التجارية الدولية CCI رقم 2478 عام: 1974، مجلة القانون الدولي، 1975 Clunet - Derains، ص925.

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

الواجب التطبيق، والتي تشير إلى تطبيق قانون دولة معينة، وكان هذا القانون ينظم القوة القاهرة بمفهومها التقليدي التي تقضي آثارها بانفساخ العقد تلقائياً¹ وانقضاء الالتزامات المتقابلة 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 احد 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 فانتقض، و فسخت العقد أي رفضته أما معناه اصطلاحاً فهو انحلال العقد بقوة القانون، إذا ما استحال تنفيذ الالتزام العقدي لسبب 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 المتقابلة، وانفسخ 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 تكيفهم للانفساخ إلى رأيين الأول يكيّف 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 أن 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 تنفيذ الالتزام من طرف المدين، ولا دخل له فيه فينقضي الالتزام باستحالة تنفيذه استحالة مطلقة.

وحسب النظرية التقليدية للقوة 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 الانفساخ التلقائي للعقد (الفرع الأول) وانقضاء الالتزامات المتقابلة وتحمل تبعات انقضائها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الانفساخ التلقائي للعقد

في عقود التجارة الدولية المحافظة على استمرارية تنفيذ العقد فيه مصلحة للطرفين، ولكن انقضاء العقد بالفسخ أو الانفساخ فيه ضرر لهما، وتتأثر بذلك التجارة الدولية من حدوثه، نتيجة الارتباطات العديدة والمتعددة للعقد التجاري الدولي والفسخ أو الانفساخ يؤدي إلى ضياع ونسف كل الجهود المضنية 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 شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1998، ص33، ص34.

² محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة للنشر، القاهرة، مصر، طبعة 2002، ص64.

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

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 يضيف 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 تحققها هو انقضاء العقد بقوة القانون، وهو ما يسمى "بالفسخ القانوني" أو "انفساخ العقد"، نتيجة انقضاء الالتزامات المتقابلة بين طرفي العلاقة العقدية،² وذلك تميزا له عن الفسخ القضائي الذي يتم عن طريق المحكمة، وتميزا له عن الفسخ الإتفاقي الذي يتم برضا الطرفين.

أولا: 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 يفسخ العقد من تلقاء نفسه"، كما نصت المادة 307 من القانون المدني الجزائري على أنه: "ينقضي 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 محمد 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.

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

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 احد طرفي العقد إلى المحكمة و طلب فسخ العقد نتيجة إخلال الطرف الآخر بالتزاماته التعاقدية وحق مقرر للمتعاقد الذي حدث الإخلال بحقه.²

وفي هذه الحالة يكون طلب الفسخ من الطرف المتضرر أمام القضاء صريحا أو ضمنيا، كأن يطلب المشتري الحكم له باسترداد ثمن البضاعة التي اشتراها لوجود عيب خفي في المبيع، فطلب استرداد الثمن ورد المبيع يعني بذلك طلب فسخ العقد ضمنيا³، كما يجب على الدائن حتى يستطيع طلب فسخ العقد أن يقوم بإعذار المدين، مطالبا إياه بالتنفيذ⁴، حيث يكون هذا الإعذار بسند رسمي، تبليغ الإعذار عن طريق المحضر القضائي، كما أن القضاء المصري اعتبر مجرد رفع الدعوى بالفسخ يعد اعذارا أمام

¹ يقسم الفقه الإسلامي في تكييفه للانفساخ إلى رأيين، الأول يكيف الانفساخ على انه 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 إراديا كأن يقول المتعاقد فسخت العقد أو نفضته، و أمّا يكون من ناحية ثانية فسحا ضروريا كأن يهلك المبيع قبل القبض، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكسائي، بدائع 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 فرقا، يتمثل في أن الانفساخ هو تعبير يستعمل للدلالة على عدم إمكانية تنفيذ العقود عليه بسبب لا يرجع إلى احد 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، المحلى، ج3، 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، ج3، 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 الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، الطبعة 1995، ص 411.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 963.

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

القضاء،¹ وفي الحالة التي يصرح فيها المدين بعدم قدرته على تنفيذ التزاماته، فهنا لا حاجة للدائن بتوجيه الإعذار إلى المدين، خاصة إذا صرح هذا الأخير كتابة أنه لن ينفذ التزامه،² ويكون الحكم القضائي الصادر بالفسخ حكماً منشأ للحكم على عكس الحكم الفسخ الإتفاقي أو الانفساخ بقوة القانون، حيث يعد الحكم الصادر بالفسخ في هاتين الحالتين حكماً مقررًا وليس منشأ له.³

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 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 سبباً كافياً يتطلب إنهاء العقد.

ب- **الفسخ الإتفاقي:** الفسخ الإتفاقي هو الفسخ الذي يتفق عليه أطراف العلاقة التعاقدية مسبقاً ويتم إدراجه في العقد، فيجوز لهم الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخاً، عند عجز أحد الطرفين القيام بالأداءات المتقابلة في العقد، أي عدم القيام بالتزاماته، ويجوز للأطراف الاتفاق صراحة على الإعفاء من الإعذار، فيتحقق الفسخ بمجرد عدم وفاء أحد الأطراف بالتزاماته التعاقدية.⁴

¹ محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 282.

² حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 410.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 964.

⁴ محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 282.

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 مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها و بدون حاجة إلى حكم قضائي، وهذا الشرط لا يعفى من الإعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من الطرفين".

أما المشرع المصري فقد أشار إلى الفسخ الإتفاقي في أحكام المادة 158 من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه".

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

حيث أن الفسخ الإتفاقي لا يمنع احد 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 مفسوخا 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، ص283.

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

حتميا، وهذا الشرط لا يعفي الدائن من إعدار المدين، ولا يغني عن رفع دعوى الفسخ، ويكون الحكم الصادر فيها منشأ للفسخ لا مقرر له.¹

ومن صور الفسخ الإتفاقي كذلك، الشرط الذي يتفق من خلاله الطرفان على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم قضائي لتقريره، ودون الحاجة إلى القضاء، وفي هذه الحالة يصبح العقد منفسخا من تلقاء نفسه بمجرد تحقق الإخلال بالالتزامات التعاقدية دون الحاجة إلى رفع دعوى قضائية بالفسخ، أو صدور حكم منشئ لهذا الفسخ، وإذا رفع الدائن دعوى الفسخ فنكون حينئذ أمام منازعة المدين في وقوع الإخلال، وهنا يكون الفسخ الصادر في هذه الدعوى مقرر للفسخ وليس منشأ له، وعلى هذا الشرط لا يعفى الدائن من توجيه إعدار إلى المدين لمطالبته بالوفاء بالتزاماته التعاقدية.²

ويأخذ كذلك الشرط صورة أكثر حدا من سابقتها، وهي أن يتفقا الطرفان على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى الحكم أو إعدار، وفي هذه الحالي يفسخ العقد تلقائيا ولا حاجة للطرفين من اللجوء إلى القضاء، أو توجيه الإعدار، 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 مقرررا وليس 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 وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا 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 السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 987.

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

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

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 حلاً ناجعاً يسلكه طرفا العقد الدولي، من أجل ربح الوقت وتفادي بطئ الإجراءات القانونية التي يتطلبها القضاء، وإزالة كل المساوئ التي تحصل عند تدخل القضاء، خاصة مسألة البحث عن القانون الواجب التطبيق وما ينتج عنه من تعارض في الأحكام وتنازع في القوانين، واختلاف مواقفها من آثار فسخ العقد.

ومن جهة يعزز الفسخ الإتفاقي حالة التوازن العقدي بين الطرفين، ويؤكد حريتهم 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 مستحيلاً في مدة معقولة للطرفين الحق في التحلل من العقد بمجرد الإخطار كتابة دون الحاجة للمطالبة بالفسخ لدى المحكمة".¹

ثانياً: 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 بصوره التي رأيناها، يجب أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط، متى توافرت تحقق الانفساخ وترتب عليه آثاره.

¹ سالم بن سالم بن حميد الفليتي، المرجع السابق، ص70.

² راجع في ذلك: المطلب الأول من المبحث الأول من ذات الفصل من هذه الرسالة، ص15-27.

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

وترتكز الشروط الواجب توافرها لوقوع الانفساخ في أن تكون هناك استحالة مطلقة في تنفيذ العقد، وأن ترجع الاستحالة إلى سبب أجنبي، ولا علاقة للمدين به، وأن لا يكون المدين مقصرا في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وهي نفس شروط القوة القاهرة التي تطرقنا إليها خلال دراستنا للفصل الأول من هذه الرسالة و لكننا أبينّا أن نتطرق إلى الشروط العامة للانفساخ 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 لتخلف ركن المحل فيه، فإذا تعاقد شخصان على شيء باعتباره أنه موجود وقت إبرام العقد، ثم تبين عكس ذلك فإن العقد لا ينعقد أصلا، حيث يقع باطلا لاستحالة محله،¹ كما كان الحال لو كان العقد على بيع شيء اتضح فيما بعد انه هلك قبل العقد.²

أما إذا هلك الشيء بعد نشوء الالتزام فإن العقد يفسخ لاستحالة التنفيذ وتبرأ ذمة المدين تبعا لذلك،³ وهو ما ذهبت إليه أحكام المادة 93 من القانون المدني الجزائري، بقولها: "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا"، ويتبين من ذلك انه يتوجب أن تكون الاستحالة لاحقة على نشأة الالتزام و ليست قبل نشوءه.

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

² عبد المنعم البدرابي، 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 ان يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة، حتى يعفى المدين من تنفيذ التزامه، ويقصد بالاستحالة المطلقة هي أن يصبح تنفيذ الالتزام بعد نشوءه مستحيلا استحالة فعلية (مادية) أو استحالة قانونية، ولا يد للمدين فيها، ولا يكفي أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا، مادام التنفيذ لا يزال ممكنا²، 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 مستحيلا 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: "ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه".

¹ عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، 194.

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

³ محمود نديم الخضر، المرجع السابق، ص 120.

ث- أن تكون الاستحالة على التزامات الأصلية:

حتى يتحقق الانفساخ نتيجة استحالة التنفيذ، فيجب أن تقع الاستحالة على الالتزامات الأصلية دون الالتزامات الفرعية، فإذا وقعت على التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع وتسليمه والتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة،¹ أما إذا وقعت الاستحالة على إحدى الالتزامات الفرعية، أما إذا وقعت الاستحالة على الالتزامات الفرعية فلا يؤدي ذلك إلى انفساخ العقد، إلا إذا ظهر من إرادة المتعاقدين بما لا يترك مجالاً للشك أنهما قصدا 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 إعدار:

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

الإعذار يجعل المدين في مرتبة المقصر 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 حقا عينيا، أو أن يقوم بعمل، ثم استحال التنفيذ بسبب أجنبي، فهنا تقع المسؤولية على المدين ولا يمكن بأي حال التحجج بهلاك الشيء المبيع قبل التسليم، ولا يمكن إعفائه 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.

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

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 الملتزم 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 عقدهم 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 للاتفاق فهو من يتحمل تبعة استحالة التنفيذ.²

¹ 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، ص 565.

² عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، المرجع السابق، ص 186.

خ- أن لا يكون محل الالتزام تخييرياً:

عندما يكون محل الالتزام تخييرياً أي إذا كان محل الالتزام يشمل أشياء متعددة، فهذا 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 تخييرياً 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 بدلياً:

يقصد بالالتزام البدلي إذا كان محله شيئاً واحداً، و لكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى منه شيئاً آخر، وهنا يكون خيار البديل يكون للمدين، بخلاف الالتزام التخييري الذي يكون فيه الخيار للدائن أو المدين، ومثل ذلك الالتزام البدلي الذي يقرض 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 دائنه، بضاعة أو سلعة معينة، ومعنى ذلك انه إذا هلك الشيء البديل بسبب أجنبي عن المدين أو حتى بتقصير منه، فإن الالتزام لا ينقضي، لأن في هذه

¹ تنص المادة 215 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان الخيار للمدين، ثم استحالت 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".

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

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

الفرع الثاني: انقضاء الالتزامات المتقابلة وتحمل تبعات انقضائها

أولا: انقضاء الالتزامات المتقابلة

كما رأينا سالفًا يترتب على القوة القاهرة انقضاء التزام المدين، ومنه كذلك يترتب انقضاء الالتزام المقابل له، و لكن اختلف الفقهاء بالنسبة للعقود الفرعية الناتجة عن العقد الأصلي الذي تعرض للانفساخ نتيجة القوة القاهرة، وهو ما نصت عليه أحكام المادة 121 من القانون المدني الجزائري: "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه 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 ينقضي، و ينقضي مقابله التزام المشتري بدفع الثمن، فلا يمكن مطالبته بالدفع إن لم يكن دفعه، وإن كان دفعه يمكن له أن يسترده 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 تنفرد عنه عدة عقود أخرى وتحقق هذه الصورة أكثر في مجال العقود التجارية الدولية، حيث يلجأ طرفي العقد الدولي إلى إبرام عدة عقود فرعية مع الغير مثل عقود نقل البضائع برا أو بحراً أو جوا وكذلك عقود التأمين على البضائع. وهنا يبقى التساؤل المطروح ما مصير العقود الفرعية التي أبرمت لتنفيذه في حالة انفساخ 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، ص108.

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

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

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

ويرى جانب آخر من الفقه أنه يمكن التحلل من العقد الفرعي عن طريق الفسخ القضائي إذا اثبت المتعاقد الفرعي أن تنفيذ العقد الفرعي أصبح مرهقاً له ويستند أصحاب هذا الرأي على أحكام المادة 608 من القانون المدني المصري التي تنص على أنه: "إذا كان الإيجار معين المدة جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته، إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقاً، على أن يراعي من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة بالمادة 563، و على أن يعرض الطرف الآخر تعويضاً عادلاً".

كما يستند أصحاب هذا الرأي كذلك على أحكام المادة 1/663 مدني مصري 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.

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

على أن يعوض المفاوض 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، يري 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 التحلل من الالتزامات العقدية، ولكن بشرط أن يؤدي تعويض منصف الطرف الآخر، وهو ما يتنافى و نظرية القوة القاهرة التي تعفى المدين من المسؤولية والتعويض، وبمفهوم المادتين أن هناك خطأ من الطرف المتعاقد يستوجب التعويض، أما في حالة القوة القاهرة، فإن الحدث الذي توفرت فيه شروط معينة يؤدي إلى استحالة التنفيذ لا يستوجب معه التعويض، فضلا على أن في حالة القوة القاهرة فإن العقد يفسخ من تلقاء نفسه، أما في نص المادتين المشار إليهما أعلاه فإن الفسخ يكون أمام المحكمة وبحكم القاضي.

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

والغاية من انقضاء الالتزام المقابل الذي استحال تنفيذه من انتفاء سببه، و مثل ذلك إذا استحال على المشتري دفع الثمن انقضى سبب التزام البائع بتسليم المبيع، ولهذا السبب يفسخ العقد من تلقاء نفسه أو بحكم القانون دون الحاجة إلى التقاضي بل و بدون إعدار متى تبين وضوح استحالة التنفيذ وضوحا كافيا.

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

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

ويترتب على انقضاء الالتزامات المتقابلة كأثر من آثار الانفساخ يقتضي إعادة الأطراف إلى الحالة الأولى قبل إبرام العقد، وهي القاعدة العامة المعمول 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

ثانيا: تحمل تبعات انقضاء الالتزام

عندما ينقضي الالتزام لاستحالة تنفيذه نتيجة وقوع حدث يوصف بالقوة القاهرة ، تتوفر فيه شروطا معينة، فلا يستوفي الدائن حقه لا عينا 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 الآثار المباشرة على العقد.

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

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

² محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص319.

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

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

العقد لم يتحدد بعد، حتى يمكن القول أنها هلكت، ومن ثم فإنه في هذه الحالة يمكن للبائع الرجوع الى تنفيذ العقد عن طريق المثليات والمثليات لا تهلك.¹

وهلاك الشيء المبيع بسبب أجنبي عامة أو بسبب القوة القاهرة خاصة هو محور أساس تحمل التبعة لأن في حالة الهلاك بسبب احد طرفي العقد يترتب عليه فسخ العقد، واستحقاق التعويض، و بمفهوم آخر يتحمل تبعة الهلاك الطرف الذي تسبب بخطئه في هلاك محل البيع.²

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

وعرف رأي آخر من الفقه الهلاك على انه زوال الشيء أو تدميره وفناؤه وعدم إمكانية إعادة المعقود عليه بحالته التي كان عليها، و قد يكون الهلاك 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 الهلاك جزئياً في حالة تعلقه ببعضها، كما إذا وصلت البضاعة فعلاً و لكن 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 المبيع و يفسخ 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 البدر، المرجع السابق، ص 427.

³ سليمان مرقس، الوافي 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، اما في حالة بيع الشيء بأم من القضاء خشية التلف هو إجراء وقتي فصد به صيانة الشيء المبيع من الهلاك مع حفظ قيمته لمن يقضي بالتسليم اليه.¹

هذا وتعمني مسألة تبعة الهلاك تحديد مسؤولية من يتحمل هلاك محل الالتزام بسبب القوة القاهرة، لذلك فإن تبعة الهلاك تعبر عن خطر من نوع خاص، هو الذي يتعرض له المدين بالالتزام متعلق بشيء، عندما يتلف هذا الشيء أو يهلك كلياً أو جزئياً بسبب أجنبي لا يد له فيه، مما يؤدي أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً،² بعد انقضاء الالتزام العقدي و لم يتمكن الدائن ما استيفاء حقه لا عينا ولا بمقابل فإن تبعة الهلاك 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 عينا 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 الى 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 الهلاك و بالنتيجة يفقد ما كان لديه، اما 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 الهلاك، 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، ص558.

² سليمان مرقص، المرجع السابق، ص103.

³ عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، المرجع السابق، ص524.

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

حادث فجائي لا دخل لطرفي العقد فيه، و يبررون هذه المشاركة استنادا إلى قواعد العدالة هي التي تتطلب توزيع تبعه الهلاك على الطرفين، بدلا من إلقائها كليا 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 تبعه الهلاك على الرغم من انقضاء التزامه، وهو الأمر المعاكس بالنسبة للعقود الملزمة للجانب الواحد، لأن المدين إذ سبق له إن تحلل من تنفيذ التزامه يجد في نفس الوقت الالتزام الذي عليه في ذمة الدائن، وهو الالتزام المقابل قد انقضى هو أيضا بسبب انقضاء الالتزام الأول وانفساخ العقد، فيقع عليه الغرم ومن ثم هو من يتحمل التبعة.

وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "من المقرر قانونا أن عقد البيع ينفسخ حتما من تلقاء نفسه طبقا لأحكام المادة 109 من القانون المدني المصري بسبب استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين لسبب أجنبي، ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، ويتحمل تبعه الاستحالة في هذه الحالة المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه عملا بمبدأ تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين".²

وفي بعض القوانين تربط الصلة بين تبعه الهلاك 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 الهلاك من الوقت الذي يجب فيه تسليم الشيء ولو لم يتم التسليم فعلا ما لم يكن المدين معذورا بالتسليم فتبقى عليه تبعة الهلاك".

هذه القاعدة لا تطبق في القانون الفرنسي في العقود الناقلة للملكية التي تكون بين انتقال تبعة الهلاك 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 الى 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 الهلاك، 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 الهلاك،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 فقهاء 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 صفتي المالك والمدين، في هذه الحالة تجتمع تبعة الشيء مع تبعة العقد.

¹ عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص513.

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

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

وفي بعض الحالات يتحمل متعاقد تبعه الشيء، ويتحمل المتعاقد الآخر تبعه العقد، وذلك 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 تبعه الشيء، أما المودع لديه باعتباره في هذه الحالة دائن بالأجرة فيتحمل تبعه العقد، لأنه لن يستطيع المطالبة بالأجرة.²

كما انه لا تلازم بين تحمل تبعه الشيء، وتحمل تبعه العقد، فليس بالضرورة أنه من يتحمل تبعه الشيء يتحمل تبعه العقد، و في بعض الحالات تتحقق تبعه الشيء دون تبعه العقد، و تتحقق هذه الصورة في الحالة التي لا يكون أي من التزامات الطرفين متصلا بشيء، كاللزام العامل أو المفاوض أو الطبيب بالقيام بعمل معين، و لم يتمن من القيام به نتيجة حدوث قوة قاهرة حالت دون ذلك، ففي هذه الحالة لا توجد سوى تبعه 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 أمرا مستحيلا، ويترب على ذلك انقضاء الالتزام وانفساخ 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 حرصا في هذا المجال يوجد في مثل ظروفه أو يتغلب على نتائجه عند حدوثه.

كما رأينا أن بعض الأنظمة القانونية توصلت إلى نفس النتيجة التي ترتبها القوة القاهرة وهي انفساخ 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 ». Cette théorie 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 sans 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*. Le juge Blackburn y rappelle d'abord le principe énoncé dans *Paradine* pour ensuite ajouter. Avec ce type de raisonnement alambiqué, les juges anglais ont pu appliquer la doctrine of frustration à 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 juridique engendrés par l'expropriation (ou la nationalisation) de biens et par les interdictions d'exportation ou d'importation, pourvu que le risque n'ait pas été pris en charge par l'une des parties.

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

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

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

أشرنا 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 الواقعة 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 يترتب عنه من فسخ أو انقضاء للعقد هو نفسه المفهوم المتداول في عقود التجارة الدولية، أم أن هناك مفهوماً آخر يتسم بالمرونة والأتساع لمفهوم القوة القاهرة، نظراً لما تتميز 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 تتعدى أهمية العقد التجاري الدولي إلى اقتصاديات الدول الواقعة في المنطقة الجغرافية المجاورة¹ يتماشى ومتطلبات التجارة الدولية.

كما تتميز 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'expérience 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 أحكام 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 :

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

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 يصعب عليه نوع من المرونة تختلف تماما 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 يليها التوسع في مفهوم القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تغير الظروف في الاتفاقيات الدولية

سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق الى تغير الظروف في الإتفاقيات الدولية وكيف عالجت هذه الأخيرة مسألة التغير في الظروف المصاحبة لتنفيذ العقد التجاري الدولي، وذلك في الأحوال التي تكون فيها هذه الإتفاقية واجبة التطبيق وفقا للمعايير التي تتضمنها تلك الإتفاقية أو في الأحوال التي يتفق فيها الأطراف على تطبيق احكام الإتفاقية على عقدهم، كما سنحاول ان نبرز مفهوم القوة القاهرة في اتفاقية لاهاي 1964 وكيف

- هذه العقود و ان كانت من حيث الأصل تستهدف إلى تحقيق ربح بالنسبة للمستثمر الأجنبي إلى أنها بالنسبة للدولة تهدف إلى تسيير مرفق عام، ومثل ذلك لعقود المتعلقة بإنشاء مشروعات السكة الحديدية و إنشاء القرى السياحية، إقامة المستشفيات.
- تكون الدولة طرفا في هذه العقود أو احد أجهزتها القائمة على النشاط الاقتصادي.
- تتضمن هذه العقود شروطا استثنائية و غير مألوفة في القانون الخاص، مثل منح 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، ص412.

ويرى البعض الآخر أن هذه العقود تعتبر عقود خاصة و تخضع لأحكام القانون الخاص و ليست عقودا إدارية، و يستند أنصار هذا الاتجاه إلى حاجة الدول إلى هذه العقود يجعلها تتعاقد باعتبارها شخصا خاصا و يتعد في أساليب تعاقدتها 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 .

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

عالجت هذه الإتفاقية التغير في الظروف المؤدية الى اختلال التوازن الإقتصادي للعقد (مطلب أول) ثم الى مفهوم القوة القاهرة في اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع (مطلب 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 لاهاي¹ الذي يعرف مفهوما موسعا، 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 إبرام 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 edoutables⁹⁸ ». 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 compromissaire 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.

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

اتفاقية لاهاي، وهل تأخذ بالمفهوم المتشدد أو بالمفهوم المرن والموسع الذي يجد مجاله في عقود التجارة الدولية أم أنها تتبنى مفهوما خاص بها.

وكما هو معروف أن اتفاقية لاهاي تطبق في عدة دول التي تختلف أنظمتها القانونية، والتي لا يمكن لاتفاقية لاهاي أن تأخذ بإحدى هذه الأنظمة دون أخرى، الأمر الذي تطلب إيجاد تنظيم قانوني دولي واحد يعطي مفهوما للقوة القاهرة تأخذ به العقود الدولية المبرمة في ظل اتفاقية لاهاي 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 الأخذ به.²

¹Devant 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 mercatoria moderne — qui gouverne les transactions internationales soit parce que les parties elles-mêmes s'y sont référées 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

²محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص206.

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

وحتى نستطيع تبين مفهوم القوة القاهرة في اتفاقية لاهاي نتعرض إلى نطاق تطبيقها أولاً 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 للاتفاقية 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 تمخض عنه إبرام الاتفاقيتين الدوليتين في أول يوليو 1964،¹ وقعتها اثنتا عشرة دولة، الاتفاقية الأولى تشمل على خمسة عشرة مادة وملحق اتفاقية الذي هو عبارة عن القانون الموحد بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية ويتكون 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 وفقاً 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 والسبب و لم يتناول الملحق عيوب الرضا كالغلط و الإكراه والتدليس.

الملحق الثاني للاتفاقية يتكون من مادتين فقط التي تربط بين الاتفاقية الأولى الخاصة بالقانون الموحد لعقد البيع و الثانية، حيث تطرقت المادة الأولى من الملحق الثاني إلى نطاق تطبيق القانون الموحد المتعلق بتكوين العقد (التزامات البائع و المشتري) أما المادة الثانية من الملحق فهي تطرقت 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 تتطرقا إلى كل الجوانب المتعلقة بعقد البيع و إنما 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 تنفيذها وجزاء عدم التنفيذ.¹

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

¹ محسن شفيق، اتفاقية لاهاي لعام 1964 بشأن البيع الدولي لمنقولات المادية، دراسة في قانون التجارة الدولية، محاضرات لديبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص 1972-1973، ص. 95

² ولتحديد معيار دولية العقد يأخذ الفقه بالمعيار الشخص والمعيار والمادي ويقصد بالمعيار الشخص هو اختلاف المكان الذي يوجد به مراكز أعمال 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 تسري على الالتزامات المترتبة على العقد، وفي الباب الخامس تناول تبعة الهلاك¹.

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 تسري على كل من البائع والمشتري التي تنطبق على 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 أثبت أن هذا الإخلال جاء نتيجة ظروف لا يلتزم بأخذها في الاعتبار وتجنبها 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 جذري 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 المتعاقد المتخلف عن تنفيذ التزاماته من المسؤولية هو الإعفاء الناشئ عن القوة القاهرة «La Force Majeure» أو ما يسمى في التشريعات لأنجلو أمريكية "فعل الرب" - «Act of God».

وحسب الفقرة الأولى من المادة 74 المشار إليها أعلاه، تنعدم مسؤولية الطرف المتعاقد الذي يتخلف عن تنفيذ التزاماته، إذا اثبت أن عدم التنفيذ راجع إلى ظروف لم يكن بإمكانه وفقا 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 المتعاقدان 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 مفهوما جديدا للقوة القاهرة وشروط تحققها 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.

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

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

ويأخذ بالعبرة بما قصده المتعاقدين وقت إبرام العقد، وليس 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 المسؤولية لوجود ظرف حال دون تمكنه من إرسال الثمن.

ويأخذ بالعبرة بما قصده المتعاقدين وقت إبرام العقد، وليس قبل ذلك أو بعده ومثلاً إذا يعود تقدير حالة الإعفاء من المسؤولية 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 يقصده أشخاص عقلاء من صفة المتعاقدين و إذا ما وجدوا في نفس الظروف و يقصد بالأشخاص العقلاء الأشخاص متوسطي الحرص إذا ما وضعوا في نفس ظروف المتعاقدين.

ومعنى ذلك أن القانون الموحد قد وضع معيار موضوعي احتياطي في حالة تعذر تطبيق المعيار الشخصي، وهذا المعيار قوامه ما كان يقصده 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، ص 224.

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

إن الأخذ بالمقاصد سواء كانت مقاصد المتعاقدين وفقا للمعيار الشخص أم مقاصد الشخص المعتاد متوسط الحرص وفقا 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 حرصا ويقظة، فضلا عن اشتراط النظرية التقليدية للقوة القاهرة أن يؤدي الحادث إلى استحالة التنفيذ 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 جامدا 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 تناسب التجارة الدولية.¹

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

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

¹محسن 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 وهنا يضل المشتري ملتزم بدفع الثمن ولايستطيع التنصل من التزاماته التعاقدية.

ومن هنا يمكننا القول أن مفهوم القوة القاهرة في القانون الموحد وأن لم يستعمل هذا المصطلح يقترب كثيرا 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 ضمنا وفقا ما يبين من ظروف التعاقد.

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

ولم يضع القانون الموحد ضوابط معينة لتحديد الشخص العاقل "الرجل المعتاد" الذي يقاس 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 تجارا، فيجب الاعتداد بهذه الصفة في الشخص الذي يقاس على قصده قصد المتعاقدين و إذا اختلفت صفات المتعاقدين فإذا كان احد المتعاقدين تاجرا 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 تاجرا و قد أملت به ظروف غير متوقعة و ليس في مقدوره تخطيها جعلته يتخلف عن تنفيذ التزاماته ففي هذه الحالة فإن الشخص العاقل الذي يقاس عليه يجب أن يكون تاجرا و يوضع في نفس ظروف التاجر المتعاقد البائع، أي انه في حالة اختلاف صفة المتعاقدين يؤخذ بصفة المتعاقد الذي اخل في تنفيذ التزاماته نتيجة القوة القاهرة، أن يوضع الشخص الذي يقاس عليه في نفس ظروف المتعاقدين، ويعتبر وقت إبرام العقد هو احد الظروف التي تحيط بالتعاقد.

ومثل ذلك إذا كان احد 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 اجل توصيل الثمن أو كان بإمكانه الحصول على إذن مسبق لخروج العملة ففي هذه الحالة لا يعفى 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 تقتض ان يكون الحادث غير متوقع و استحالة الدفع لدى الكافة 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.

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

كما أن القانون الموحد أعطى مفهوما مغايرا لمفهوم القوة القاهرة في حالة الاستحالة المؤقتة التي ترجئ التنفيذ وتعفي منه، إلا أن القانون الموحد جاء بمفهوم جديد، وهو إمكانية الإعفاء نهائيا إذا تبين أن التأجيل في التنفيذ احدث 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 احدث 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 توقئها أو تخطئها

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 الإتفاقية مسألة تغير الظروف المؤدية الى اختلال في التوازن الإقتصادي 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 فينا 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 بصدد دراستها وكذلك من خلال مختلف اللجان الاقتصادية المنبثقة عن الأمم المتحدة المتمثلة في أربع لجان لكل من أوروبا، و آسيا و أمريكا اللاتينية و إفريقيا و من بين أهم أعمال اللجنة 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 الى تطوير القانون الدولي الخاص وتطوير التجارة الدولية،¹ حيث توصلت هيئة الأمم المتحدة بعد استشارة المختصين في قانون التجارة الدولية و بعد 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 اليونسترال،³ حيث عقدت لجنة اليونسترال 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، ص15.

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

³United Nation Commission of International Trade Law

وتسمى بالحروف الأولى بهذا الإسم "UNCITRAL"

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

وفي هذا المجال قامت اللجنة بإعداد مشروع اتفاقية دولية تتضمن قانون موحدًا 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 حاليًا 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، وتضمن الجزء الرابع الأحكام الختامية

ولم تشترط اتفاقية الأمم المتحدة أن يكون البيع الدول خاضع لها تجاريًا وذلك بسبب التباين في التشريعات الوطنية في وضع ضوابط واضحة للفرقة بين العمل المدني والعمل التجاري،² فضلًا 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 للصفة المدنية أو التجارية لطرفي البيع أو العقد".³

وتشترط الاتفاقية لتطبيقها أن يكون البيع "دوليًا" و معنى ذلك أن طرفي 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 التفرقة بين العمل المدني والتجاري فمنها ما يقيم تلك التفرقة على معيار شخصي فتختصر على ما يقوم به التجار وحدهم و منها ما يأخذ بالمعيار المادي للتفرقة بين العمل المدني و العمل التجاري، فيعتبر العمل التجاري إذا 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.

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

مختلفة " عندما تكون هذه الدول دولا 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 آثار 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 نقدي"، وهو ما نصت عليه أحكام المادة 30 و 53 من نص الاتفاقية والتي حددت التزامات كل من البائع والمشتري فالأول يلتزم بتسليم الشيء المبيع ونقل ملكيته و يلتزم الثاني باستلام المبيع ودفع الثمن.

وهنا يجب التفرقة بين عقد البيع المقترن بتعهد البائع بصنع المبيع أو إنتاجه، بحيث يقترن بالعقد عملية مادية هي صنع السلعة وفقا 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 بيوعا عقود التوريد التي يكون موضوعها صنع بضائع أو إنتاجها إلا إذا تعهد الطرف الذي طلب البضائع بتوريد جزء هام من العناصر المادية اللازمة لصنعها أو إنتاجها".

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

¹Stéphane Chatillon, op.cit,p.199.

²محسن شفيق، 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 المستثناة 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 نذكر منها مسألة تبادل الرضا بين الطرفين كما لا تتطرق 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 آثار العقد، والتي نظمها في الجزء الثالث بعنوان "بيع البضائع" وية صد بالآثار وفقا لمفهوم الاتفاقية التزامات البائع والمشتري وما يترتب عنه من جزاءات في حالة تخلف احد طرفي العقد عن تنفيذه بما اشتمل عليه.

هذا ما نصت عليه المادة الرابعة من الاتفاقية (لا تنظم 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.

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

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 تسري 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 ومساائل البيع والتي تم الإشارة إليها آنفاً، إلا أن الاتفاقية قد احترمت، وأجلت دور الإرادة في تحديد نطاق تطبيق الاتفاقية، وهذا احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة الذي يقضي أن الإرادة الحرة وحدها التي تنشئ الروابط القانونية بين جميع الأفراد، ولا يلتزم احد إلا بمحض إرادته الحرة، وكل التزام بغير إرادة حرة يكون ماله البطلان ولا يترتب 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 أيضاً إذا اختاره المتعاقدون ليكون قانون العقد سواء أكانت منشاتهم أو محال إقامتهم العادية في دولة واحدة أم في دول مختلفة، سواء أكانت هذه الدول طرفاً في الاتفاقية أم غير طرف فيها، بشرط أن لا يترتب على تطبيق هذا القانون تعطيل نصوص أمرة تكون واجبة التطبيق".²

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

² محسن 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 و المشتري 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 نتطرق إلى مفهوم القوة القاهرة طبقا لنص اتفاقية فيينا لبيع البضائع وماهي الشروط الواجب توافرها في الحدث أو الظرف لكي لا يسأل عن الطرفين عن عدم تنفيذ التزاماته العقدية.

أولاً: التزامات البائع وفقا لنص الاتفاقية

أ) الالتزام بتسليم البضائع:

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

والتسليم الفعلي يقوم على عنصرين:

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

¹ أمازوز لطيفة، التزامات البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر، سنة 2011، ص11.

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

العنصر الثاني: إعلام البائع للمشتري بأن الشيء المبيع قد وضع تحت يده، وتحت تصرفه¹ فمجرد العام لا يعني حصول التسليم بل يلزم البائع بإخطار المشتري حتى يتمكن من الانتفاع بالمبيع،² كما لا يشترط في الإخطار شكلية معينة ويمكن أن يكون الإخطار شفهيًا 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، وتتخذ 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 المبيع مطابق لشروط العقد.³

ولقد تبنت اتفاقية فيينا في مادتها 35 تصورا جديدا بصدد التزام البائع حيث استبدلت جميع التقسيمات التي تتبناها 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 المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به من دون عائق ولو لم يستلمه تسليما ماديا".

² أحمد السعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية، البيع الدولي للبضائع، الطبعة الثانية، المكتبة العصرية، جامعة المنصورة، مصر، سنة 2010، ص132.

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)

أوطريقة تغليفها 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.

ثانيا: التزامات المشتري وفقا لنص الاتفاقية

أ) الإلتزام بدفع الثمن:

عالجت اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع التزامات المشتري في الفصل الثالث الجزء الثالث في المواد من 53 الى 59 وتطرقت الى الإلتزامات الأساسية للمشتري¹ المتمثل في الإلتزام الرئيسي و الجوهرى في عقد البيع الدولي للبضائع وهو دفع الثمن واستلام البضاعة طبقا لمواصفات العقد، يتمثل الإلتزام بدفع الثمن في مبلغ النقود المتفق عليه مقابل انتقال ملكية الشيء المبيع الى 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، و يعتبر هذا الإلتزام جوهريا يقع على عاتق المشتري، ولا يمكن اعتباره إخلالا عاديا، ويحدد الثمن حسب وزن

¹طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن سنة 2008، ص195.

² وليد علي محمد عمر، الثمن في عقد البيع الدولي للبضائع كأحد الإلتزامات الجوهرية للمشتري، المكتب الفني الإصدارات القانونية، مصر، ب.س.ن، ص04.

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

البضاعة، وفي حالة الشك يحسب على أساس الوزن الصافي،¹ هذا ويتوجب 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 ضوءها تحديده فيما بعد، يمثل عيباً جوهرياً يلحق بالعقد ذاته فيعدمه ويؤدي إلى بطلانه لتخلف 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 نوايا على الاعتماد على السعر المتداول 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 بتسليم 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 فيينا للبيع الدولي للبضائع.

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

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

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 تسلّم و حضور عملية الفرز والوزن وقد يكون التسلم فعليا أو حكما.

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

• **التسليم الحكمي:** ويتم هذا التسلم 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 لحكام المادة 79 من الاتفاقية التي نصت 1- لا يسأل احد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذا اثبت 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 احد الطرفين نتيجة لعدم تنفيذ الغير الذي عهد إليه بتنفيذ هذا العقد كله أو جزء منه فإن ذلك الطرف لا يعفى من التبعة 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، ص197.

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 الى الطرف الآخر خلال مدة معقولة بعدما يكون الطرف الذي لم ينفذ التزاماته قد علم بالعائق، أو كان من واجبه أن يعلم به، فعندئذ يكون سؤالا عن التعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم استلام الإخطار المذكور
- 3- ليس في هذه المادة ما يمنع احد الطرفين من استعمال أي من حقوقه الأخرى خلاف طلب التعويضات وفقا 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 ناشئا عن عائق يحدث بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه.²

وكان الهدف لدى مسوغي نص الاتفاقية بعد استعمال المصطلح المعروفة في التشريعات الوطنية و ذلك لتجنب وغلق الطريق على التفسيرات المستقرة بشأنها في

¹ أسماء مدحت 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.

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

النطاق الوطني، وبذلك يكون على المحاكم الوطنية مراعاة الصفة الدولية لقواعد الاتفاقية،¹ والرجوع الى 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 بينا سابقا أن واضعي نص اتفاقية فينا 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، و لعل الأمر الواضح في نص الاتفاقية هو عدم اشتراطها درجة معينة من الجسامة حتى تجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلا كما تقتضيه شروط القوة القاهرة في القوانين و التشريعات الوطنية، أو يجعل العائق تنفيذ الالتزام غير ممكن عملا أو مما يجعل الالتزام غير صالح للتنفيذ كما يشترطه القضاء الإنجليزي.⁴

هذا وتضمن المادة 79 من الاتفاقية شروط العائق وهي:

¹أكرم محمد حسين، المرجع السابق، ص179.

² استخدم المشرع الجزائري لفظ السبب للتعبير عن القوة القاهرة في نص المادة 127 من القانون المدني بقولها: " إذا اثبت 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 لاهاي 1964 لفظ ظروف في نص المادة 74 الفقرة الأولى: " إذا تخلف احد الطرفين البيع عن تنفيذ ما عليه من التزام فلا مسؤولية عليه إذا اثبت أن هذا التخلف كان ناشئا عن ظروف لم يكن من واجبه وفقا لما اتجهت إليه مقاصد الطرفين وقت إبرام العقد أن يأخذها في اعتباره أو يتجنبها أو يتغلب عليها، فإذا لم تتضح مقاصد الطرفين ، فالعبرة بما كان يقصده أشخاص عقلاء من نفس الصفة لو وجدوا في ظروف مماثلة."

⁴أكرم محمد حسين، المرجع السابق، ص182.

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 احد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذا اثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته...." ومفاده هذا الشرط أن يكون الحدث أجنيا عن المدين، أي أن هذا الأخير لا يد له في الحدث و هو نفس الشرط الذي تشترطه النظرية التقليدية للقوة 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 خارجيا، إذا أمكن نسبته إلى فعل لتابعي المدين صدر منهم أثناء فترة تنفيذ العقد، كترتيب الأجهزة بصورة غير صحيحة، فلو نشأ العائق عن احد تابعي المدين، لما أمكن لهذا الخير التمسك بالعائق و ذلك أن الاستعانة بهؤلاء التابعين مسألة ترجع إليه وحده، و أن نشاط التابعين يعدا نشاطا للمدين في مواجهة الدائن، و بذلك يكون فعل إخلال المدين مساوي لفعل تابعيه، و هنا يكون العائق ناشئ من

¹نبيل أحمد محمد، المرجع السابق، ص02.

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

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

أن يكون العائق غير متوقع

يجب ان 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 اليونيدروا 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 المعقولة، و الذي أشارت إليه في نص الفقرة الأولى من نص المادة 79 على انه: "لا يسأل احد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذا اثبت 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 المعقولة 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 ومجال

¹أكرم محمد حسين، المرجع السابق، ص182.

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

³محسن 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 المعقولة تشمل قاعدة سلوك موضوعية، وكذلك معيارا موضوعيا للكشف عن سلوك الأطراف المتعاقدة¹ و التي بطبيعة الحال ليست مجردة، 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 لمعيار موضوعي مناطه شخص سوي الإدراك من صفة وتخصص المدين إذا ما وجد في نفس ظروفه الشخص العاقل أو بمعنى:

أن يكون العائق غير ممكن الدفع :

وفقا لاتفاقية فيينا 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 يمنعا 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 ويتوجب 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 آثاره على العقد، أو التقليل منها فغن

¹ محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص250.

² محمد فهمي الجوهري، التحكيم وعقود التجارة الدولية طويلة الأجل، رسالة دكتوراه، جامعة رن فرنسا، سنة 1982، ص112.

³ أكرم محمد حسين، المرجع السابق، ص185.

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

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

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

أما المعيار الذي بموجبه تقاس 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 بالمعيار المهني المعتاد وذلك لأن الشخص الممارس للتجارة الدولية هو شخص متخصص في عمله يمتلك من الوسائل والتقنيات والأجهزة ما يمكنه من تنفيذ التزاماته، أفضل من الشخص العادي الأكثر حرصا، ومن هنا يجب أن لا يقاس سلوكه بسلوك الرجل المعتاد، وإنما بسلوك شخص من وسطه التجاري الممارس لنشاط التجارة الدولية، وهو ما أكدته المادة 8 الفقرة 2 من الاتفاقية التي وضعت معيارا موضوعيا هو "الشخص سوي الإدراك" من نفس صفة المدين إذا وضع.

ونستنتج مما ذكر أنفا أن مفهوم القوة القاهرة في اتفاقية فينا 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 عواقبه، أو التغلب عليه، أو على عواقبه.

¹أكرم محمد حسين، المرجع السابق، ص186.

²هاني حسين عبد ربه، أثر المخالفة الجوهرية على عقد البيع الدولي، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، سنة 2004، ص140.

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

كما رأينا في الفصل الأول من هذا الباب، أن القوة القاهرة بمفهومها التقليدي ترتب آثارها بانفساخ العقد تلقائياً، وانقضاء الالتزامات المتقابلة، 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 و أهداف أطراف العلاقة الدولية الذين يسعون إلى المحافظة على هذه العقود من الفسخ، ومن هنا تبدو الأهمية الاقتصادية المتعاضمة 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 والتقيب عن البترول، وعقود نقل التكنولوجيا وكل مجالات النقل والتأمين.¹

فقد أدى ذلك إلى البحث عن التوسع 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 مفهومًا خاصًا بهم للقوة القاهرة.²

حيث يسمح هذا التوسع لأطراف العقد التجاري الدولي إعطاء مفهومًا خاص بهم للقوة القاهرة، و يستطيعون تحديد الحالات التي إذا تحققت تعتبر قوة القاهرة، كما يستطيع أطراف العقد استبعاد من حالات أخرى محددة من نطاق القوة القاهرة،³ ويستطيعون الاتفاق على أثر

¹ محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص12.

² محمد شريف غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص166.

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 permanent 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

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

خاص يطبق فيما بينهم إذا تحققت 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 التوسع في مفهوم القوة القاهرة أصبح بإمكان أطراف العقد التجاري الدولي أن يضمنوا في عقدهم ما شاءوا من الشروط التي يتفقون عليها، ويمكن اعتبارها قوة قاهرة، وأن يضمنوا الحلول التي يمكنهم التوصل إليها لإنهاء العقد والإبقاء على استمراره وترتيب نتائجه وفقا لمصالحهم.¹

وبهذا المفهوم المرن والموسع للقوة القاهرة الذي يعني تدخل إرادة الأطراف المتعاقدة عن طريق وضع شرط لتنظيم القوة القاهرة، من حيث مفهومها وشروطها وآثارها وآليات إعمالها، من أجل الحفاظ على استمرار العقد وترتيب آثاره التي أبرم لأجلها، ولعل الدافع الرئيسي لأطراف العلاقة التجارية الدولية، هو مبدأ سلطان الإرادة، ومبدأ قدسية 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 التلقائي للعقد كنتيجة مباشرة للقوة القاهرة، نظرا لأهمية العقد التجاري الدولي، ولدوره في تنمية اقتصاديات العالم، فقد أعطت هذه الأهمية أولوية كبيرة للتمسك بوجوب إنقاذ العقد وتجنب فسخه، وعن هذا التوسع 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 يتقاضوا حول النتائج التي يربتها وقوع الحدث، فالأمر أصبح يتعلق بشرط إعادة التفاوض".

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 التوسع للمفهوم الحديث للقوة القاهرة (المطلب الأول) ثم نتطرق يليه الحديث عن الأساس القانوني لهذا التوسع لمفهوم القوة القاهرة الذي يجد مصدره في اتفاق الأطراف وإرادتهم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مظاهر التوسع 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 تليين هذا المفهوم سواء بالنسبة لأساس المفهوم وركائزه، أو بالتخلي عن آثاره، 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، و شروطها و آثارها 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 القاهرة.

وحتى نعرف كيف صاغ المتعاملون بالتجارة الدولية هذا المفهوم الحديث للقوة القاهرة وما هو الأسلوب المستخدم للتعبير عنه من خلال التطرق الى 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 يستعير 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.

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

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

أولاً: التعريف المجرد للقوة القاهرة

يطلق على هذه الطريقة في التعريف أيضاً 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، كأن ينص الأطراف على وجوب أن يكون الحدث غير متوقع وغير ممكن الدفع، وأن يكون مستقلاً عن إرادة الأطراف و يشكل استحالة مطلقة في التنفيذ، ومثل ذلك أن يضمن الأطراف في عقدهم الشرط التالي: "تعتبر قوة القاهرة تنتفي معها المسؤولية كل الظروف المستقلة عن إرادة الأطراف، والتي لا يستطيع متعاقد عادي أن يتجنبها أو يتجنب نتائجها عندما تقع بعد إبرام العقد، وتجعله مستحيلاً في تنفيذه سواء بصفة كلية 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 مستحيلاً"³.

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

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

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

هذا التوسع في ظل التعريف المجرد للقوة القاهرة، يكون عن طريق قيام الأطراف بإضفاء بعض المرونة على الشروط العامة للقوة القاهرة، والتي تأخذ شكل استبعاد احد الشروط المتطلبية، مثل شرط الاستحالة المطلقة كأن يتضمن التعريف الاكتفاء بأن يكون الحدث خارجا بشكل معقول عن سيطرة الأطراف، أو أن تأخذ المرونة شكل إسقاط احد 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 احد المتعاقدين الناشئة عن هذه الاتفاقية .."¹

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

وأیضا 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 القاهرة.³

¹ شريف محمد غنام، اثر 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.

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

وكذلك تأخذ مرونة التوسع للمفهوم الحديث للقوة القاهرة شكل التخفيف من بعض الشروط، وهي الطريقة الأكثر شيوعاً في التعريف المجرد، وإذا 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 مستحيلاً أو غير قانوني...".²

ووجه التخفيف هنا أن الأطراف يتجنبون اللجوء إلى المعيار المتشدد في تقدير استحالة الدفع، وشرط استقلال الحدث عن إرادة المدين، فبدلاً 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 الجهود 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، اثر تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 207.

² يصف الأستاذ Kahn صيغة الجهود الممكنة المعقولة بأنها تتضمن مقارنة بين استخدام وسائل معقولة في دفع الحدث وبين التكاليف التي يتكبدها الأطراف في دفع هذا الحدث، ويمكن 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، اثر 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 مكنة الأطراف".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 التوسع الذي يلحق بالقوة القاهرة في مفهومها التقليدي، جراء التنظيم الإتفاقي 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 ولوعن طريق بديل آخر حتى و لو كان مكلفا.

ويعتبر شرط الاستحالة المطلقة من أكثر الشروط التي ترد عليها المرونة والتوسع، 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 تتضح 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 ص209.

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 حليلة، مأل 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، ص222.

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

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 وذات 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: التوسع 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 يثير الكثير من المشكلات خاصة في بعض الأنواع من العقود.³

ويقصد بطريقة التعريف بذكر أمثلة أو ما يعرف كذلك بالصياغة التعدادية، هي أن يحدد الأطراف في قائمة محددة الأحداث والظروف التي يتفقون عليها ويعتبرونها في نظرهم قوة القاهرة، حتى ولو لم تكن كذلك من الناحية الموضوعية لتخلف شروط القوة القاهرة فيها، ويضحون 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 الانفجارات والعواصف والرياح والبراكين وحظر الاستيراد".

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

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

³ Kahn (Philip), op.cit, p.470

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

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 القاهرة، أما الصورة الثانية لتعريف بذكر أمثلة، هي أن يدرج الأطراف في عقدهم ما لا يعتبر قوة القاهرة إذا حدث، ومن هنا تعتبر جميع الأحداث ما عدا ما حدده صراحة في العقد قوة القاهرة إذا توافرت فيها الشروط العامة للقوة القاهرة، ومن أمثلة هذا النوع من الشروط في الصورة الثانية " لا يعتبر قوة القاهرة انفجار وسائل النقل أو احتراقها أو خروجها عن القضبان أو تصادمها...".

ونظرا 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 الشيء المستخدم وينبع من طبيعته لا يعد من قبل القوة القاهرة، فالقوة القاهرة هي سبب خارجي عن وسيلة النقل.³

¹ شريف محمد غنام، اثر تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية المرجع السابق، ص214.

² محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص134.

³ سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ، سنة 2007، ص530.

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

مما 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 توسعا في مفهوم القوة القاهرة.¹

الفرع الثاني: التوسع 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 التوسع 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 أمثلة،² 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.

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

³ Kahn (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، ويترتب عليه عدم تمكن الطرفين أحدهما أو كليهما من أداء التزاماته التعاقدية جزئيا أو كليا تحت نطاق هذا العقد، و يعتبر من قبيل القوة القاهرة التمرد و العصيان و الشغب و الإرهاب و الحرب".¹

وأیضا الشرط الذي ينص أنه: "يقصد بالقوة القاهرة بأنها أي حدث أو ظروف خارجة عن إرادة و خارج 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 والزلازل والسيول والفيضانات والصواعق والحروب والاضطرابات العمالية والواردة نصا بأحكام القانون المدني".²

هذا وتتخذ المرونة والتوسع 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 تعريفا عاما 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 غازات مبرم بتاريخ 04 جوان 2007م مبرم بين شركة وادي النيل للغاز وإحدى شركات صناعة الإسمنت اشار اليه محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 137.

³ تعتبر غرفة التجارة الدولية، التي تتخذ باريس عاصمة الدولة الفرنسية مقرا لها، عاصمة مظلة نظامية لمجتمع رجال الأء مال و التجار، كما تعد من أهم المنظمات التي تعني بتطوير قانون التجارة الدولية، وبمجال 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 اتحادا عالميا لمجموعات اقتصادية و رجال أعمال ينتمون لأكثر من 75 دولة، وهيئة استشارية للمجلس الاقتصادي و الاجتماعي التابع للأمم المتحدة، يدير هذه المنظمة مندوبين ينتمون لأكثر من 90 دولة و أعضاء 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، اذ عرفت الفقرة الأولى من المادة 16 القوة القاهرة وفقا للتعريف 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 بإخطار الطرف الآخر بها مدعما بالمستندات وموضحا مدى الضرر المتحقق و مناطق و المدة المتوقعة لاستغراقه، أما الفقرة الخامسة من نص المادة 16 على انه: "في حالة استمرار حدث القوة القاهرة لمدة أكثر من 60 يوما 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 الإنهاء بشرط استمرار القوة القاهرة حتى تاريخ استلام الطرف الآخر للاستلام".²

خبرات مختلفو من منتجين ومستهلكين وأصحاب مصانع وبنوك وشركات تأمين وناقلين وخبراء في علم الاقتصاد والقانون، يقومون بوضع قواعد تستجيب لحاجات التجارة الدولية، و تساهم في استقرار و حرية التجارة الدولية، و من ابرز أعمالها توحيد قواعد المصطلحات البيوع التجارية الدولية المعروفة باسم الأنكوترمز Incoterms للتوحيد، وقواعد خاصة بالتحكيم التجاري الدولي، وكذلك قواعد تحكم الإعتمادات المستندية، وقواعد تتعلق بنقل البضائع. راجع في ذلك عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومة للنشر، الجزائر، طبعة 2009، ص118.

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 ضمنا، في حالة عدم تنفيذ الطرف المتعاقد لواحد أو أكثر من التزاماته التعاقدية طبق للنتائج الواردة في الفقرات 1، 2، 3، 4، 5، 6، 7، 8، 9 وذلك 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 القاهرة بشرط إثبات البندين 1 و 2 من الفقرة الأولى و هي الحرب و الحرب الأهلية، عمل إرهابي، قرار سيادي، قضاء و قدر، طاعون، كوارث طبيعية، انفجار، حريق، دمار آلات، اضطراب عمل عام".

²المادة 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، ص139.

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

فالتوسع وفقا لهذا العقد هو عدم فسخ العقد بمجرد تحقق حالة القوة القاهرة، وإنما يستمر العقد قائما لمدة ستين يوما فإذا لم تزل حالة القوة القاهرة أصبح من حق أي من الطرفين إنهاء العقد.

ويمكن كذلك التوسع 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، فكلما 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 أي من الطرفين قصرا عن تنفيذ جزء أو كل هذا التعاقد تكون دون أي مسؤوليات أو غرامات أيا 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 بأنمنع تحويل العملات الصعبة من قبل البنك المركزي للبلد لا ينشئ لمشروع القطاع العام حالة قوة القاهرة، نظرا لكون هذا المشروع هو إحدى الهيئات الاقتصادية لهذا البلد.²

ومن خلال ما تم التطرق إليه بخصوص التوسع في مفهوم القوة القاهرة سواء بالنسبة للأخذ بالتعريف المجرد أو التعريف بذكر أمثلة أو الأخذ بنظام المختلط، فإن ذلك التوسع 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.

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

مرونة في تحديد مفهوم القوة القاهرة، والذي يتناسب وخصوصية عقود التجارة الدولية التي يسعى أطراف العلاقة التعاقدية فيما بينهم إلى الحفاظ على العقد والاستمرار في تنفيذه، 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 يربتها 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 التعاقدية أو الحرية التعاقدية هي المهد الحقيقي لهذا المفهوم الموسع.¹

هذا التوسع في مفهوم القوة القاهرة يتناسب 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 تتسع إلى أقصى حد إذا تعلق الأمر بعقود التجارة الدولية، الأمر الذي يترتب عنه اتساع حرية الأطراف في تنظيم شروط القوة القاهرة و نتائجها.

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 وضعته غرفة التجارة الدولية ICC لعام 2003.

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

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

الفرع الأول: مبادئ التوسع 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، وتترجم أهمية تلك الحرية في إعطاء الأطراف الحرية التامة في تنظيم مفهوم القوة القاهرة، وتنظيم الآثار المترتبة عن المفهوم الإتفاقي للقوة القاهرة و إدراجها في بنود العقد، وعلى هذا الأساس فإن التوسع في مفهوم القوة القاهرة يقوم على مجموعة مبادئ نصلها كما يلي:

أولاً: مبدأ حرية الأطراف في تنظيم شروط القوة القاهرة

الإرادة الحرة هي وحدها من تنشأ الالتزام، وهي أساس التصرف القانوني، فهي التي تنشئه، وهي التي تحدد أثاره،¹ وهو ما عبر عنه الفقه القانوني بمبدأ سلطان الإرادة، الذي يعني أن إرادة المتعاقد حرة في أن تلتزم أولاً تلتزم، وإذا التزمت فهي حرة 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 السنهوري، الوسيط - مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 180.

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

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

أما من حيث موضوع العقد، فالأطراف أحرار يبرمون ما يشاءون من عقود، وأحرار في تحديد مضمون تلك العقود وشروطها، ولا يقيدهم في ذلك إلا القانون والنظام² ولكل 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 تعترف 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 المتعلق بالعقود الاقتصادية التي جاءت تحت عنوان "الحرية التعاقدية" على أن: "يُمكن 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، ص45.

² محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص151.

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

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

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 عظيمة في مجال التجارة الدولية ولرجال الأعمال الحق في أن يقرروا بحرية الأطراف الذين يعرضون عليهم بضائعهم وسلعهم أو خدماتهم، فضلا على أن يتفقوا على شروط المعاملات الفردية.

¹ تتلخص 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 بتأميم المشروع، فرفعت الشركة دعوى أمام محكمة العدل الدولية التي قيدت تحت رقم 1977/750، والتي عينت محكما منفردا فيها، هو "رينيه جان ديبوي" الذي أصدر حكما في 1977/01/19 بإلزام الحكومة الليبية بالتعويض عن التأميم. أشار إليها: محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص152.

² Les parties sont libres de conclure un contrat et d'en fixer le contenu, la seule limite a 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.

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

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 لإلتزاماته 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 تتسم 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 والعناية في تنظيم شروط القوة القاهرة تحقيقاً لمصلحتهم الاقتصادية، فكل طرف له مصلحة في تنفيذ العقد يتحمل جزئاً 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، و لكنه يتوجب إخضاع الشرط لقانون معين سواء كان

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

²قرار التحكيم رقم 3100 لسنة 1980، المجموعة الأولى من قرارات تحكيم غرفة التجارة الدولية، راجع في ذلك: محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص159.

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

هذا القانون هو القانون المطبق على كل شروط العقد الأخرى، أم كان قانونا يختلف عن القانون الواجب التطبيق على باقي شروط العقد، يستوي في ذلك أن يكون هذا القانون قانونا داخليا أم قانونا دوليا.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 دورا أساسيا 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 الطباع السليمة، و يذهب جانب آخر من الفقه القانوني إلى عدم التفرقة بين العرف والعادة بل يعتبرهما مترادفين في المعنى، و يعتبران 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 والعادة 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 Lex mercatoria. حيث بقيت هذه العادات فترة طويلة مصدرا 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 العديدة من التشريعات الدولية المهتمة بالعقود التجارية الدولية أو التحكيم التجاري الدولي إلى أهمية العادات التجارية

ثانيا: 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، وهنا يعتبر الشكل من خصائص العقد و ليس من التزاماته.

تأخذ عقود التجارة الدولية شكل الشروط العامة، والتي تمثل في مجموعها قانونا خاصا 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 يتفقون عليه من كمية و ثمن وميعاد 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 صفته 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 الرحمان 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 سابقا والمعبر عنها بمبدأ سلطان الإرادة، وفي ذلك تشجيعا 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 وتضمنها لعقدهم 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 حقيقية بالمتعاقدين...".

كما تتميز عقود التجارة الدولية بخضوعها لإرادة المتعاملين على النطاق الدولي التي تقوم بمزاولة التجارة الدولية و التي تحتكرها 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 نظرا لتأثير هذا العقد على الجانب الاجتماعي للدول التابع لها أطرافه.¹

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

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

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 تلبي 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 تابعا لدولة متقدمة فهو أيضاً إلى جانب استهداف الربح، فهو يهدف كذلك إلى تحقيق فائدة اقتصادية للدولة التابع لها وتتمثل 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 تتعدى أهمية عقود التجارة الدولية في الكثير من الأحيان مصالح الأطراف المتعاقدة واقتصاد الدول التي يعدون 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، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيع فيينا 1980، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء، المنصورة، مصر، سنة 1995، ص 407.

² تاجي عبد المومن، 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 كثيرا من الدول في اعتبارها عند إعداد خططها الاقتصادية مما يؤثر في اقتصاديات هذه الدول كثيرا أو عدم تنفيذ هذه العقود.¹

وخير مثال على ذلك هو قيام دولة اثيوبيا بإنجاز مشروع سد وادي النيل الأمر الذي اثر على الدول المجاورة و التي 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، وتقادي الظروف التي قد تعيق تنفيذها أو تتسبب في اختلال توازنها، هذه الأهمية هي التي دعت الأطراف المتعاقدة في الكثير من الحالات، إلى تضمين عقودهم شروطا تعاقدية تهدف إلى المحافظة على توازنها وتضمن الاستمرار في تنفيذها، فالأطراف المتعاقدة تسعى من الحين إلى الآخر 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 وفقا للهدف الذي اتفق عليه بين الطرفين لتحقيقه، وأن عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها سيؤدي بلا شك إلى الإخلال باستقرار المراكز التعاقدية وضياح الوقت و الجهد والنفقات، فضلا عن مساسه بجوهر الوظيفة الاقتصادية للعقود.³

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

¹ محمد شريف غنام، اثر تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص190.

² ميثاق طالب عبد الرحمان الجبوري، المرجع السابق، ص82.

³ أحمد السعيد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ، الاتجاهات الحديثة في القانون في القانون المقارن، المكتبة العصرية، المنصورة، مصر، طبعة 2007، ص07.

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

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

ولا شك في أن ميزة والأهمية الاقتصادية لعقود 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 آثاره على العقد، فلم يعد الأطراف يرغبون في إنهاء علاقاتهم التعاقدية بسبب القوة القاهرة، خلافا للقواعد 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، و رأينا أنها تدخل ضمن السياسات الاقتصادية للدول فهذه 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 التوازن المالي لعقود النفط و الغاز، 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 لإقتصادياتها، خصوص العقود ذات الصلة بالبنى التحتية ونقل التكنولوجيا وبناء المصانع.

ويظهر تدخل الدولة غير المباشر عندما يكون احد طرفي العقد احد المشروعات التابعة لها، ويتمثل هذا التدخل في صورة قوانين تصدرها الدولة لتنظيم العقود التي ابرمها هذا المشروع، أو صدور قرارات تفرض قيودا 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 طرفا فيها أو احد أشخاصها القانونية العامة مصطلح عقود الدولة.²

وتدخل الدولة في المجال الاقتصادي تأخذ به جميع الدول، سواء كانت متقدمة أو في طريق النمو، وتختلف 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 غنام، المرجع اثر تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية، السابق، ص193.

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 باستخراج وتصنيع و توزيع المنتجات الأولية و هو يقتضي إنشاء تجهيزات ضخمة واستثمارات كبيرة مما يجعل من هذه العقود عقود طويلة المدة نسبيا.

يقول "ريغلي" أن هذه العقود عادة تتضمن مجموعة من الشروط المتباينة، شروط لها طابع مالي وشروط لها طابع فني، وأخرى لها طابع قانوني حيث أنها تتعلق بالقانون الواجب التطبيق و شرط التحكيم.

عقود الدولة تبقى دائما عقود **standard** أي هي لا تتغير، لدرجة انه في بعض الدول تضع الدولة عقد دولة نموذجي لكل عقود الدولة.

وقال "ريغلي" أن هذه العقود بما تشمله من استثمارات ضخمة تهدف الى تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة الطرف

فيها.

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

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

المتتبع 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 اقتناء 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 a 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 وتنوعها، 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 تغييرا ملحوظا 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 لمواجهة 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 شروطا باللجوء 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، حلولاً لمواجهة هذه التغيرات في الظروف، نذكر من بينها منح حرية أكبر للأطراف العقد الدولي في تحديد مفاهيم تغير الظروف، وتنظيم شروطها مما يتلاءم وطبيعة العقود التجارية الدولية، حتى يحافظ عليها وتفي بالغرض من إنشائها.¹

ومن بين الحلول المبتدعة شرط إعادة التفاوض الذي سيكون محل دراستنا في هذا الباب والذي نقسمه إلى فصلين، نتناول فيه المعالجة الاتفاقية لمشكلة تغير الظروف (الفصل الأول) ثم الالتزامات المترتبة على أعمال شرط إعادة التفاوض (الفصل الثاني)

¹ عصام حنفي محمود، قانون التجارة الدولية، ب.د.ن، ب.ب.ن.ب.ت.ن، ص02.

الفصل الأول: المعالجة الاتفاقية لمشكلة تغير الظروف

رأينا في الباب الأول من هذه الرسالة، كيف توصل متعاملوا التجارة الدولية الى المفهوم الحديث والموسع للقوة القاهرة، والذي يتماشى ومتطلبات تطور وازدهار التجارة الدولية، بحيث أصبح المفهوم المرن للقوة القاهرة يخضع لاتفاق الأطراف وهم وحدهم من يحدد شروط أعمال القوة القاهرة، ولهم الحرية في ترتيب شروط تطبيقها، النتائج المترتبة عنها.

فلقد خلق الفن التعاقدي في ميدان التجارة الدولية، أكثر من شرط لمواجهة ما يحصل من تغير في الظروف المرافقة لتنفيذ العقد، حيث يسعى أطراف العقد جاهدين لحماية أنفسهم من تقلبات المحيطة بتنفيذ عقودهم، أيا كانت طبيعتها، ويعتبر شرط إعادة التفاوض من أبرز تلك الشروط أكثرها أهمية على الصعيد العملي¹، وبناء على ما سبق سنقسم هذا الفصل الى مبحثين، نتناول من خلالهما ماهية شرط إعادة التفاوض (مبحث أول)

المبحث الأول: ماهية شرط إعادة التفاوض

نظرا للأهمية الكبرى التي تكتسيها عقود التجارة الدولية على المستوى الداخلي والخارجي، والدور الأساسي الذي تلعبه في نقل الثروات عبر مختلف دول العالم ونقل التكنولوجيا والمواد الاستهلاكية من مختلف الأسواق العالمية للإنتاج إلى الأسواق العالمية للاستهلاك.

ونظرا لما تتميز به هذه العقود من طول المدة، وامتدادها في الزمن فبطبيعة الحال تكون هذه العقود عرضة لتغير ظروف تنفيذها، والتي تختلف عن ظروف تكوينها وإبرامها،

¹ هذه الشروط قد تتضمن تعديل العقد كشرط تغيير القيمة وفقا لمؤشر معين أو أكثر وشرط بقاء القيمة رغم تغير الظروف المالية والاقتصادية، وقد تتضمن المراجعة الجزئية للعقد كشرط مراجعة الثمن كما قد تتضمن تلك الشروط المراجعة العامة للعقد، راجع في ذلك: سالم بن سلام بن حميد الغليتي، المرجع السابق، ص 84.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

فعقود التجارة الدولية تنفذ في مناخ سياسي واقتصادي واجتماعي لا يتسم 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، ويجعل من تنفيذ العقد امراً مرهقا وشاقا بالنسبة لهم، ويهددهم بخسارة فادحة تتجاوز الحد المعقول في أعراف التجارة الدولية.

ولمواجهة هذا الإشكال فقد ابتدع أطراف العقد التجاري الدولي أسلوبا اتفاقيا لمعالجة مشكلة تغير الظروف بشكل يتلاءم والواقع التجاري الدولي، ولا يتعارض ومبدأ القوة الملزمة للعقد، فضلا انه نابع من إرادة الطرفين، هو شرط إعادة التفاوض Hardship¹¹ الذي يمثل الحل الإتفاقي لمواجهة مشكل تغير الظروف، واختلال التوازن الاقتصادي للعقد، هذا الشرط الإرادي يلزم الأطراف المتعاقدة على الحوار وإعادة التفاوض لإيجاد حل يعيد التوازن الاقتصادي للعقد الذي اختل نتيجة حدوث في ظرف طارئ لا دخل لإرادة طرفي العقد فيه، هذا الشرط يمثل نظاما متميزا 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 تمكنهم 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 انجليزي ويدل على المشقة، والأزمة التي يمر بها العقد، الفقه الفرنسي يعترف بعدم وجود مصطلح يرادف بشكل دقيق هذا المصطلح لذلك يستخدمه محررو العقود التجارية الدولية في فرنسا و الكثير 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 و الإنجليزية والإسبانية والبرتغالية و لم تستعمل مصطلح مرادفا 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

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

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".

ولإعمال 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 بتوازن 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 الظروف¹.

بدأ العمل بشرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية منذ مدة ليست بالبعيدة حيث تم تطبيقه بشكل ضيق في الأنظمة الأنجلوساكسونية كأمريكا، وبريطانيا وبلاد القانون الجرمانى 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.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

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، نظرا لما تمتاز به هذه العقود من أنها أكثر من غيرها عرضة إلى مشكلة تغير الظروف واختلال التوازن العقدي، كما أن الإرادة التعاقدية للأطراف هي الأساس القانون لشرط إعادة التفاوض، وهي التي تلعب الدور الأساسي في إنشائه، ورسم نطاقه ومحتواه والآثار التي يربتها 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.

فضلا 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 اتبعتها ممتني 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 ضررا فادحا بأحد أطراف العقد.

¹ MOMBERG 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، يتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم بقصد تعديل أحكام العقد عند وقوع أحداث معينة يحددها الأطراف في العقد.¹

ومن جهة أخرى، عرفه البعض الآخر بأنه الشرط الذي يدرجه الأطراف في العقد، يلتزمون 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، وتؤدي 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 يتفق 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، ص27.

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، ص53.

⁴ جاك غسان، المطول في القانون المدني، ترجمة منصور القاضي، مراجعة فيصل كلثوم، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، طبعة 2000، ص103.

⁵ BERGER, Renégociation and adaptation of international investment, the role of contract drafters and arbitrators, 36 Vanderbilt journal law, 2003, p.1358.

التفاوض يفترض وجود عقد صحيح تم إبرامه وفقا 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 يلتزمون بإعادة النظر في أحكام هذا العقد من خلال أعمال وشرط إعادة التفاوض للوصول إلى عملية تطويع العقد حسب الظروف المستجدة، وتخفيف الأضرار التي أصابت المدين من خلال تطويع بنود العقد و جعلها أكثر استجابة مع الظرف المستجد حفاظا على استمرارية العقد.

وبذلك فإنه يمكننا القول أن فكرة إعادة التفاوض تعد عملا اتفاقيا، 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 تعاقدى خاص يتميز ب:

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 و نطاقه و الآلية التي يتم اعتمادها في إعادة التفاوض هي معيار التوازن الاقتصادي للعقد والالتزامات التي يترتبها و الحلول المقترحة في حالة فشل المفاوضات.²

¹مصطفى المتولي قنديل، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2005، ص52.

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 موحدًا في كل العقود، بل يتنوع وفقا لاتفاق الأطراف ورغباتهم في كل عقد وطبيعة الظروف المرافقة لإبرامه وتنفيذه،¹ ففي عقد يواجه الشرط ظروفًا اقتصادية وفي عقد آخر يواجه ظروفًا تشريعية أو سياسية أو مالية أو قانونية.²

وقد يتفق الأطراف على تفعيل دور الشرط لمجرد حدوث ضرر لأحدهم، أو يتفقون 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، وتحديدًا 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 لتنفيذه، لاسيما في العقود الممتدة لفترة زمنية طويلة، فتغير الظروف واختلال التوازن، هما الأساس الذي يبنى عليه تطبيق شرط إعادة التفاوض، فهو بذلك يكسب العقد التجاري الدولي طوِيل 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 دورًا مهمًا في إيجاد الحلول الاتفاقية المناسبة التي من شأنها إعادة التوازن إلى العلاقة العقدية.³

¹MOMBERG URIBE, Op.cit, p.255.

²ULLMAN (H), op.cit, p.891.

³ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص56.

2- كل التعريفات الفقهية السالفة الذكر اجتمعت آراءها على أن أهم اثر يترتب 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 الإتفاقي لشرط إعادة التفاوض، وإن كان يقدم مزايا كبيرة للمتعاملين في حقل التجارة الدولية، إذ 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، إذ لا يمكن تطبيقه ما لم يشار إليه في العقد،
- ب- مجرد إشارة الأطراف في العقد إلى مصطلح إعادة التفاوض لا تعد كافية لتطبيق الشرط، إذ 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.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

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: "التزام 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 تأثيرا خطيرا على التوازن بين الالتزامات المتبادلة، لغرض استعادة هذا التوازن".²

كما أنه في ظل اتفاقية الغات³ 1947 GAAT تم التوصل إلى قواعد موضوعية موحدة خاصة بالمفاوضات، حيث تقرر حل نزاعات التجارة الدولية بواسطة المفاوضات الدبلوماسية، أي الأخذ بمبدأ التراضي بدلا من مبدأ التقاضي، من خلال أحكام المادتين 22 و 23 من هذا النظام فالمادة 22 تؤكد على حق احد الأطراف المتعاقدة في أن يطلب من طرف آخر الدخول في مشاورات تتعلق بتنفيذ الاتفاقية.

أما المادة 23 فهي تجيز تقديم اعتراض 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 تعني باتفاق الجات (General Agreement on Trade and Tariffs (GAAT) الاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة وهي تمثل تدوينا لقواعد قانون التجارة الدولية 1974، وهي تعد من أكثر الأنظمة التجارية الدولية قابلية للاستمرار، والهدف الأساسي من هذه الاتفاقية هو تمكين الدول من النفاذ إلى أسواق العام، 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.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

مقبول بينهما، فالشاكلي له الحق في أن يحيل شكواه إلى الأطراف المتعاقدة التي تقوم بالتحقيق وتقديم توصيات، فإذا رفض الطرف المشتكي منه تنفيذ هذه التوصيات، جاز للأطراف المتعاقدة في حالة المخالفات الجسيمة السماح للعضو الشاكلي بوقف بعض التنازلات التي قدمها للعضو المشتكي منه، والذي إن لم يقبل هذا الوقف كان له الحق في الانسحاب من اتفاقية GAAT.

أما على الصعيد قضاء التحكيم الدولي، فيعد شرط إعادة التفاوض في حالة تغير الظروف المؤدية إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، من بين أهم مبادئ التحكيم التجاري الدولي، حيث تشير هذه المبادئ إلى ضرورة التزام الأطراف في عقودهم و إعادة تطويعها مع الظروف الجديدة.¹

حيث كان من وراء دعم التحكيم التجاري الدولي 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 قدمية 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، بدلا من التوازن الأصلي الذي فقد نتيجة التغير في الظروف"، وأضافت: "أن الالتزام بإعادة التفاوض لا يعني الالتزام بالاتفاق، وفي الوقت ذاته الالتزام بالتفاوض لا يعني الإخلال بجوهر شرط إعادة التفاوض، وعند وجود الالتزام بالتفاوض يجب التقيد 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 والنظام القانوني الحاكم لها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 2003، ص385.

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 تطويع العقد مع تلك الظروف".¹

يتبين مما سبق الإشارة إليه أن كل من القضاء الوطني والتحكيم التجاري الدولي لاعبا دورا مهما 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 و مواصلة الانتفاع من ترتيب أثاره على المتعاقدين ويعزز الثقة بين المتعاملين في حلل 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 اتفاقي، ويتغير مفهومه من عقد إلى آخر لأن إرادة الأطراف هي وحدها التي تحدد هذا المفهوم، ونطاق تطبيقه والآثار التي يترتبها الشرط على العقد، ولهذا يتمثل الأساس القانوني لشرط إعادة التفاوض في إرادة الأطراف بالدرجة الأولى، ومن هنا ترتب على المفهوم الاتفاقي 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 تزامنا مع التحولات الاقتصادية التي عرفتها الجزائر بلانتقال 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 امام غرفة التجارة الدولية CCI الى إعادة التفاوض من أجل حل نزاعها البتروليوكذلك الحال بالنسبة لقضية ANADARCO وهي الشركة البترولية أمريكية يربطها عقد مع شركة سوناطراك، حيث وقع نزاع بين الطرفين بعد قيام الجزائر بفرض ضريبة جديدة على الأرباح الاستثنائية بموجب الأمر 06-10 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 تنفيذه بسبب أحداث غير متوقعة تجعل تنفيذ التزام احد 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 البلجيكي 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 للحسم على الأرباح الاستثنائية التي يحققها الشركاء الأجانب على حصة الإنتاج الخاصة بهم عندما يكون الوسط العددي الشهري لأسعار البترول "البرنت" يتجاوز 30 دولارا 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 والشريك الأمريكي بخصوص الضريبة المستدقة ، وبعد جولات أما التحكيم التجاري الدولي اتفق الطرفان على إعادة التفاوض توصلا من خلاله الى اتفاق مشترك يقضي بتعديل بعض بنود العقد مع التنازل عن القضية المطروحة أمام جهات التحكيم الدولي، بوخالفه عبد الكريم، شرط إعادة التفاوض الية لإعادة التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار، مقال منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح- الجزائر، المجلد 1، العدد 03، 2018، ص ص: 176-196،

¹ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 32.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

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 "contrat de remplacement militaire" بتاريخ 07 يناير 1856.¹

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 تتقضي بتغير الظروف، ثم انتقل إلى أخذ 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 يتناسب مع السعر الجديد نتيجة للأوضاع الجديدة التي عرفها عقد التوريد).²

ثم توالى أحكام أخرى في هذا المعنى و بذلك يكون مجلس الدولة الفرنسية أسس لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري الفرنسي.

وتعود أسباب تبني القضاء الإداري الفرنسي لهذه النظرية للأسباب التالية :

أ- أن الوقائع التي كانت تعرض على مجلس الدولة تتعلق بالصالح العام الذي يتماشى و فكرة استمرار المرفق العام، لهذا يحرص القضاء الإداري على التوفيق بين التطبيق الصحيح للقاعدة القانونية وبين مقتضيات المصلحة العامة فيقضى بتعديل العقد على العكس من ذلك

¹BULISSON (M), La négociation de marches internationaux, moniteur, 1982, p.223.

²شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 36.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

فإن القضاء المدني ينظر في المصلحة الفردية لطرفي 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 تقيده 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 تقوم 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 و تسببت في خسارة فادحة أو إرهاب 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 ان 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 ويتمسك بنصوص القانون المدني وبقاعدة العقد شريعة المتعاقدين² pacta sunt servanda.

ثانياً: الاتجاه الذي يعترف بتطبيق النظرية على أساس قضائي

على خلاف الاتجاه الذي اشرنا 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 compare, Annexe no 1, r.prat.com.int., 1976, p.45.

²شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص36.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

بالتطبيق القضائي للنظرية، الذي يسمح للقاضي بالتدخل لتعديل التزامات المتعاقدين تطبيقاً العقد 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 السويسري خاصة المحكمة الفيدرالية، هذا التدخل على أساس المادة الأولى من القانون المدني السويسري، التي تتحدث عن سلطة القاضي في تكملة 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 للفقهاء و القضاء الألمان،⁴ اللذان حذا حذو الفقهاء السويسري إذا سمحاً للقاضي بالتدخل، و تعديل العقد في حالات معينة، وقد جاءت هذه المحاولات استجابة لتغير الظروف الاقتصادية الحرب العالمية الأولى، وارتفاع الديون وزيادة نسبة

¹ نص المادة 545 الخاصة بعقد الشركة، والمادتين 291 و 269 الخاصتين بعقد الإيجار، و نص المادة 379 المتعلقة بعقد العمل، و نص 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 عامة لفكرة 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 بانقراض 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 الفزاري، 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 التعاقدي 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 وفقا لهذه 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 السائد¹.

كذلك الحال بالنسبة للقانون الإنجليزي الذي يطبق نظرية انهيار العقد *frustration*² التي يعرفها النظام القانوني الإنجليزي هل تسمح بتعديل العقد في حالة تغير الظروف والتي تجعل تنفيذ التزامات احد المتعاقدين أكثر إرهاقا.

حيث أن القضاء الإنجليزي يقضي بفسخ العقد إذا تغير أسامه بسبب الظروف الجديدة في حالة عدم تحقق الشروط الضمنية التي من أجلها تعاقد الأطراف على تحقيقها، أو غياب الهدف التجاري الذي رغب الأطراف في تحقيقه³.

وفي الواقع أن القانون الإنجليزي لا يطبق نظرية الظروف الطارئة بالمفهوم المتعارف عليه في بقية الأنظمة القانونية الأخرى، فلا يكفي أن يصبح تنفيذ التزام المدين أكثر إرهاقا، أو أكثر تكلفة، ولكنه يتطلب تغييرا جذريا في طبيعة العقد بحيث يصبح الأطراف أمام عقدا جديدا.

¹ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 39.

² En 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.

³ DAVID (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 للقاضي فرصة تعديل التزامات المتعاقدين.

ثالثا: الاتجاه الذي يعترف بنظرية الظروف الطارئة

على عكس الأنظمة القانونية التي تم الإشارة إليها سابقا، والتي لا تعترف بنظرية الظروف الطارئة والأنظمة الأخرى التي تأخذ بها على أساس قضائي، فإن المجموعة الثالثة من الأنظمة القانونية التي تعرف قوانينها نصوصا تشريعية عامة وصريحة تجيز للقاضي أن يتدخل لإعادة التوازن للعقد الذي اختل نتيجة تغير ظروف تنفيذه، ومنها التشريعات العربية وأعطت حولا لمعالجة تغير الظروف واختلال 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 الإرهاق، وأي مخالفة لذلك يعد أمرا باطلا بطلانا مطلقا، كما جاء في نص المادة 03/107 من القانون المدني الجزائري¹.

أما المشرع المصري فق هذا حذو المشرع الجزائري بالاعتراف للقاضي بتعديل التزامات المتعاقدين في حالة تغير الظروف و أجاز له الموازنة بين مصلحة الطرفين و هو ما جاء في نص المادة 2/147 من القانون المدني المصري التي تنص على أنه: "ومع 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 تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، و يقع باطلا 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 كليا ابتدعها تعاملوا 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 معاملي التجارة الدولية إلى تحقيقها من خلال إدراج شرط إعادة التفاوض في العقد، وذلك بالتطرق إلى أهميته في التسوية الاتفاقية لمنازعات عقود التجارة الدولية (الفرع الأول) ودوره في الحفاظ على استمرار العقد وتوازنه خلال مدة التنفيذ (الفرع الثاني).

¹ إن الملاحظ على النصين الجزائري و المصري أنهما جاءا متطابقان بخصوص إعمال نظرية الظروف الطارئة في حالة تغير الظروف و التي من شأنها ان تجعل تنفيذ التزامات احد المتعاقدين مرهقة.

² 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، ص 04.

الفرع الأول: شرط إعادة التفاوض ومنازعات عقود التجارة الدولية

نظرا لما يتميز به العقد التجاري الدولي¹، من امتداد تنفيذه في الزمن وخصوصية محله، فقد يتعرض إلى ظروف غير متوقعة تختلف تماما عن ظروف إبرامه، تؤدي إلى استحالة تنفيذ احد أطراف العقد لالتزاماته التعاقدية أو تصبح أكثر إرهاقا 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 تنفيذه، ولأن شرط إعادة التفاوض هو وسيلة إرادية ودية من بين عدة وسائل ودية تدخل في تسوية النزاعات العقدية التي يلجأ لها و يحبذها أطراف العلاقة الدولية، لحل خلافاتهم ولتبيان أهمية الشرط، سنتناول أهمية الوسائل الودية ودورها في حل النزاعات العقدية (أولا) ومدى أهمية و فعالية شرط إعادة التفاوض في حل النزاعات (ثانيا).

أولا: دور الوسائل الإرادية الودية في حل النزاعات العقدية

إن خصوصية العقد التجاري الدولي، الذي يتميز بطول مدة تنفيذه وتراخيه في الزمن وذلك أما نتيجة اتفاق الأطراف ورغبتهم في تحقيق قدر من الاستقرار في تعاملاتهم الاقتصادية²، وإما 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 دوليا اذا كانت العمال المتعلقة بانعقاده أو تنفيذه، أو حالة الأطراف فيه سواء من جهة جنسيتهم أو محال 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 احد العناصر الرئيسية للعقد و أكثر من نظام قانوني صار العقد دوليا" ويرى رأي آخر أن العقد يعد دوليا إذا كان يرتبط بنقاط اتصال او تلاق مع أكثر من نظام قانوني أو هو ذلك الذي لا ترتكز 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 بمأمن من التغير في الظروف، مهما حاول أطراف العقد بذل الجهود وأخذ الاحتياطات لتفادي اختلال توازن العلاقة التعاقدية، مما يجعل هذه العقود عرضة للخلافات والنزاعات المستمرة نظرا 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 توقي النزاع، أكثر منها تحل النزاع.

والفارق بين الاثنين واضح، لأن أطراف العلاقة التعاقدية الدولية ترغب في وسائل إرادية تقى التعثر الحاصل في تنفيذ العقد الناتج عن تغير الظروف أو أي أسباب أخرى، التي من شأنها أن تسبب المزيد من الأضرار للطرفين في حالة بقائها لمدة أطول، لذلك يبحث الأطراف عن الحلول المناسبة والمرنة التي تتناسب والطرف 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 دائما 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 كاف من المرونة وتقريب وجهة النظر أكثر ما تتطلب الفصل في موضوع النزاع وحسما له لصالح طرف على حساب آخر.³

¹ يقصد بالوسائل الإرادية في تسوية المنازعات العقدية، تلك التي يختارها الأطراف بإرادتهم لتكون بديلا عن الطرق الرسمية المتمثلة في قضاء الدولة بسلطاتها السيادية، ومن بين أهم الوسائل الإرادية المفاوضات والوساطة والتوفيق، والتحكيم، حيث تمثل هذه الوسائل أهم بدائل التسوية الرسمية (القضائية) وأكثرها انتشارا في الوقت الحاضر. راجع في ذلك: مصطفى المتولي قنديل، المرجع السابق، ص 11. وراجع أيضا:

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.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

وعليه فاختيار أطراف العلاقة الدولية الوسائل الودية لحل خلافاتهم، يهدف إلى خلق مناخ هادئ وإيجابي، يمكن العقد من الاستمرار في تحقيق الغاية المرجوة من إبرامه و تجنب الأطراف كل خلاف من شأنه أن يعيق تنفيذ العقد و لعل أهم السباب التي تدفع متعاملي التجارة الدولية إلى اختيار الوسائل الودية لحل خلافاتهم نذكر 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 رغبتهم في مساعدتهم في التوصل إلى الحل الودي الرضائي، مما ينجم عنه انطبعا بعدالة قرارهم ما دام صدر بإرادتهم و رضاهم.¹

3- التسوية الودية لا تهدف إلى تأكيد حقوق لطرف 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 إلماما دقيقا بتفاصيل وأحوال التجارة والمبادلات المرتبطة بمسائل البيع الدولي للبضائع أو الاتفاقات البترولية أو النقل الدولي أو المعاملات البنكية.

¹ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص64.

ثانيا: دور شرط إعادة التفاوض في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية

يلعب شرط إعادة التفاوض دورا مهما في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية طويلة المدة، بسبب المزايا التي يوفرها لأطراف العقد من سرعة وسهولة حسم منازعاتهم بتكاليف أقل، فضلا عن ما يوفره هذا الشرط من طابع ودي وإيجابي على العلاقة التعاقدية، بحيث يلزم الشرط الأطراف على أن يجتمعا في مواعيد محددة أو دورية، أو عند تحقق أسباب تطبيقه التي اتفقا عليها في العقد، من أجل دراسة وتحليل العمليات المنفذة أو التي يجري تنفيذها، ومقارنتها بظروف تنفيذها 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.

وتجنبنا لعرض نزعاتهم أمام المحاكم الداخلية للفصل فيها، وما ينتج عن ذلك من تعصب القضاء الوطني أو التحكيم، بالإضافة إلى تخوفهم من القانون الواجب التطبيق، على موضوع النزاع و طول الإجراءات المتبعة، الذي يشكل عدم الإلمام بها صعوبات أمام احد الأطراف، لذلك يفضل الكثير من أطراف العلاقة التعاقدية الدولية التفاهم، وتفضيل الحلول الشخصية و الذاتية، بدلا من الحلول التي يأتي بها الطرف الخارجي لذلك يتم إدراج شرط إعادة التفاوض، كونه الوسيلة الأكثر تلاؤما 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 أعمال 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 لآثاره طوال مدة التنفيذ، ولا يكون ذلك إلا عن طريق أعمال شرط إعادة التفاوض ك تقنية المبتدعة في الفن التعاقدي، 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 التعاقدي، 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.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

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 نظرا 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 تلبي له أرباحا معينة أو إما لإشباع حاجات اجتماعية واقتصادية وفي الواقع يمتد أثر العقد التجاري الدولي إلى أبعد من ذلك، حيث يشكل لدى بعض الدول جزءا مهما من الخطة الاقتصادية لها، فهو يرتبط في الغالب بالاقتصاد الوطني ككل.²

ثانيا: آليات شرط إعادة التفاوض في الحفاظ على العقد

نظرا للدور الهام الذي تلعبه العقود بصفة عامة، وعقود التجارة الدولية بصفة خاصة نظرا للأهمية التي تمتاز بها سواء بالنسبة إلى عاقيها أو إلى الدول التي ينتمون إليها، بالنظر إلى الأهمية الاقتصادية لهذه العقود، لذلك يبقى الحفاظ على هذه العقود هو غاية يسعى طرفيها إلى تحقيقها بكافة الطرق القانونية أو الاتفاقية من أجل الحفاظ على العقد التجاري الدولي، والاستمرار في تنفيذ آثاره ويمثل شرط إعادة التفاوض الحل الأمثل الذي يحقق للأطراف المتعاقدة أهدافهم.

فشرط إعادة التفاوض، وما يتميز به من مرونة كافية تجعلها تتكيف مع الظروف المتغيرة، مما يضمن للعقد بقاءه واستمراره في ترتيب آثاره،³ التي اتفق أطراف العقد على تحقيقها، كما يعمل شرط إعادة التفاوض على الحفاظ على التوازن الاقتصادي للعقد خلال فترة تنفيذه، فهذا الشرط الذي ولد من رحم التجارة الدولية يمثل الإطار القانوني للفن التعاقدية

¹ شريف محمد غنام، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص189.

² ثروت حبيب، المرجع السابق، ص407.

³ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص74.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

الذي توصل إليه متعاملوا التجارة الدولية للحفاظ على استمرارية العقد التجاري الدولي، مهما تغيرت ظروف تنفيذه، 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 واختلال 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 تسمى 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 تنفيذ العقد والاستشراف لكل حالات تغير ظروف تنفيذه الممكنة، لذلك فهم لا يقدمون على إبرام عقد طويل المدة إلا لغرض واحد هو بقاء العقد والاستمرار في ترتب أثره لتحقيق الأهداف التي يسعون إليها، ولا شك في أن شرط إعادة التفاوض يمثل الأسلوب التعاقدي الأفضل لتحقيق ذلك.¹

وبالنظر إلى خصوصية عقود التجارة الدولية وما تتميز به عن العقود الداخلية من امتداد تنفيذها في الزمن لفترة طويلة، وتعاملها في مسائل فنية جد معقدة، وتعاملها بمبالغ مالية 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، أشار 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 تسعى جميع الأطراف المتعاقدة إلى تحقيق الاستقرار التعاقدى 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 متماز بالمرونة اللازمة و التي تسمح بالتأقلم مع تغير الظروف المحيطة بتنفيذ العقد وهو ما يوفره شرط إعادة التفاوض من خلال الآليات التعاقدية والعرفية المنظمة لتنفيذه والتي نوضحها فيما يلي:

1- شرط إعادة التفاوض يفرض على الأطراف المتعاقدة بإعادة التفاوض بحسن نية والتعاون المثمر بغرض الوصول إلى حلول مقبولة لمعالجة مشكل تغير ظروف تنفيذ العقد و بقاء استمراره في ترتيب أثاره.

بحيث يلتزم أطراف العقد التجاري الدولي بتغليب مصلحة العقد على المصلحة الخاصة أي عدم استئثار 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.¹

2- اختلاف الحلول الداخلية في مختلف الأنظمة القانونية في معالجة مشكل تغير ظروف تنفيذ العقد التجاري الدولي و مشكل اختلال التوازن العقدي فبعض القوانين الداخلية لا تتضمن نصوصاً قانونية بشكل صريح لمعالجة هذه المشكلة كالقانون الفرنسي

¹ عبد الحليم عبد اللطيف، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات القانونية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، سنة 1993، ص39

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

والبلجيكي والإسباني وبعض القوانين تفرض تطبيق أحكام القوة القاهرة وفسخ العقد وإنهائه كالقانون الانجليزي كما رأيناه 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 و إنهائه.

لذلك تعتبر هذه الحلول المقترحة في مختلف الأنظمة القانونية الداخلية غير مجدية وكافية لمعالجة مشكل تغير الظروف وما يتناسب وإرادة أطراف العلاقة التعاقدية الدولية، لذلك يلجأ الأطراف الى إيجاد حلول تعاقدية تكون أكثر مرونة وتلاؤما 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 اغلب 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 تعترض 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.

فشرط الثبات التشريعي، كما هو معروف ينحصر فقط في نطاق واحد وضيق وهو التغيرات القانونية والتشريعية، التي قد تغير ظروف تنفيذ العقد وتتسبب في اختلال التوازن

¹ دليل اليونسكول لصياغة العقود الدولية لتشييد المنشأة الصناعية لسنة 1977 و كذلك نص المادة 2/111 من مبادئ العقود الأوروبية لسنة 2002 و كذلك نص المواد 2-3-4 من مبادئ اليونيدرو لسنة 2010 المتعلقة بعقود التجارة الدولية، حيث أشارت هذه المواد في حالة عدم توصل أطراف العقد الى اتفاق بخصوص شرط إعادة التفاوض ينبغي لهم عرض الموضوع على القضاء للبحث فيه. راجع في ذلك: ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 79.

² يقصد بشرط الثبات التشريعي بأنه ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو لاتحة 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 تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها و بين الطرف الأجنبي المتعاقد معها على نحو يخل بالتوازن 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.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

الاقتصادي له، وحتى تطبيق هذا الشرط نجد فيه صعوبة تتمثل في اصطدامه مع سيادة الدولة وحققها 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 أثبتته كذلك الواقع العملي للتجارة الدولية، في عدم فعالية شرط الثبات التشريعي في الحفاظ على العقد واستمراره في ترتيب أثاره عند تغير الظروف واختلال 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 تطويعها 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 وتطويعه وفقا 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، أوالمعالجة القانونية والاتفاقية، ولكن هناك عدة حلول

¹ القضية التحكيمية بين شركة (Aminoil) للبترول و دولة الكويت سنة 1972، و التي صدر بها قرار في أحقية الدولة في تغيير قوانينها وفقا لمصالحها العامة، راجع في ذلك: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص385.

² أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1989، ص343.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

ومعالجات أخرى تتمثل في القوة القاهرة، ونظرية الظروف الطارئة وشروط التعديل التلقائي للعقد، بحيث يوجد هناك ترابط و تشابه بين مختلف هذه المعالجات المتبعة، وفي بعض الحالات يصعب التفرقة والتميز فيما بينها، وكذلك الترابط والتشابه في الحلول المقترحة من قبل هذه المعالجات في مواجهة مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد التجاري الدولي.

وعلى ذلك سيحاول الباحث التطرق في هذا المبحث إلى تسليط 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: تمييز 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 المعالجات القانونية والاتفاقية لمشكلة تغير في الظروف والمشاكل والمعوقات التي تعترض تنفيذ العقد بصفة عامة والعقد التجاري الدولي بصفة خاصة، ولاحظنا كذلك أنه في حالة وقع حدث ما يتميز بشروط معينة، تعفى مسؤولية المدين ولا يلتزم بالتعويض ويترتب على ذلك الانفساخ التلقائي للعقد، وبذلك تقترب نظرية القوة القاهرة من شرط إعادة التفاوض في جوانب متعددة، يتقارب ويتباعد 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، فحدث 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 بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع وفق لاتفاقية الأمم المتحدة، فيينا 1980، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1993، ص 345 وما يليها.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

ويؤدي ذلك إلى انفساخ 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

ويمتد اثر القوة القاهرة كما رأيناه إلى فسخ العقد بحكم القانون، فهذا المفهوم للقوة القاهرة يتميز بالأثر المزدوج يستبعد مسؤولية المدين ويؤثر على العقد بذاته بانفساخه، وبذلك تعتبر القوة القاهرة سببا في اختفاء العقد وإزالته من الوجود لا سببا في بقاءه.

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 يقضي 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 والتباعد الحاصل بين المفهومين.

الفرع الأول: اختلاف المفهوم التقليدي للقوة القاهرة عن شرط إعادة التفاوض

يكمن الاختلاف بين القوة القاهرة بمفهومها التقليدي عن شرط إعادة التفاوض من خلال النتائج المترتبة على كل منهما، فالمفهوم التقليدي للقوة القاهرة كما تطرقنا إليه سابقا هو ذلك الحدث الذي يقع بعد إبرام العقد وأثناء مرحلة تنفيذه، والذي يوصف أنه غير متوقع من طرفي العقد أثناء مرحلة الإبرام، ولا يمكن دفعه، ومستقل عن إرادة الطرفين، ويترتب عليه استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزام العقدي، ويترتب عن هذا الحدث فسخ العقد، مع تبرئة ذمة المدين.

¹ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 59.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

يختلف الحدث الذي يميز القوة القاهرة حسب هذا المفهوم، عن الحدث الذي تتمثل فيه خصائص شرط إعادة التفاوض، ولتطبيق شرط إعادة التفاوض، يجب أن يترتب عن الحدث تغيير جذري في ظروف تنفيذ العقد مهما كانت طبيعته، يترتب على هذا الحدث اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، والنتيجة التي يربتها 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 آثاره بالنسبة للطرفين، وهذا الاختلاف بين المفهوم التقليدي للقوة القاهرة و شرط إعادة التفاوض يكمن في درجة تأثير الحدث 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 حتماً إلى الإخلال بتوازن الأداءات المتقابلة، 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

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

بينما يترتب 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، تطرقت في دليلها لسنة 2003 إلى هذه التفرقة النظرية بين القوة القاهرة و شرط إعادة التفاوض لسنة 2003، خصصت لكل من القوة القاهرة و شرط إعادة التفاوض،¹ كما سبق أن تناولنا هذه المسألة.

كما تعرضت مبادئ القانون الموحد unidroit لهذه المسألة من خلال إبراز الفرق بين استحالة التنفيذ واختلال التوازن الاقتصادي للعقد، حيث تطرقت المادة 2/2/6 منها على أن الأحداث المشكلة 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

ثانيا: 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 هني 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 و ضمان استمراره.

وهذا بعكس المفهوم التقليدي للقوة القاهرة الذي يؤدي فسخ العقد بحكم القانون، وانتفاء 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 فاتته من كسب وما لحقه من خسارة، ومصدر الإعفاء من المسؤولية يستمد مصدره من القوة القاهرة و الظروف التي أفرزت استحالة التنفيذ، و التي تفيد عدم وجود خطأ المدين، ومن ذلك تنعدم العلاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزامات و الأضرار 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 مصدرا 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 وانتفاء 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 المتقابلة و يفسخ العقد بحكم القانون".

¹ Mazeaud Denis, Leçon de droit civile, Tome2, no 452, p387, et no 560, p225.

² حسام الدين كامل الأهوازي، المرجع السابق، ص438، ص439.

وتقابلها في القانون المدني الفرنسي المادتان 1147 و1148 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، و نفس 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 و307 من القانون المدني.

وكما رأينا النتيجة المترتبة على حدوث قوة قاهرة بالمفهوم التقليدي من فسخ العقد وانتفاء مسؤولية المدين، لا تقتصر فقط على القوانين والتشريعات الوطنية، وإنما تجد مصدرها في قواعد التجارة الدولية، فاتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع فينا 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 :

1- النتائج التي ترتبها القوة القاهرة على العقد تتمثل في فسخ العقد بحكم القانون لاستحالة تنفيذه، وانتفاء مسؤولية المدين، خلافا لشرط إعادة التفاوض الذي يتمثل هدفه في بقاء العقد واستمرار تنفيذه.

2- نظام القوة القاهرة لا يقتصر تطبيقه على المجال التعاقدي، بل يتسع ليشمل مجال المسؤولية التقصيرية، وهذا بخلاف ما هو عليه شرط إعادة التفاوض الذي

¹ أحمد مروت، المرجع السابق، ص159، ص160.

يقتصر مجال تطبيقه على الإطار التعاقدى، وذلك لكونه يقوم على أساس التفاوض والتفاوض بين أطرافه لمعالجة مشكل تغير الظروف التي تعترض تنفيذ عقدهم.

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 إرهاب في التنفيذ واختلال 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 العقود وانتفاء مسؤولية المدين، في الوقت الذي يترتب على شرط إعادة التفاوض، الالتزام بإعادة التفاوض بحسن نية، لغرض إعادة التوازن الاقتصادي للعقد.

الفرع الثاني: توافق المفهوم الحدث للقوة القاهرة مع شرط إعادة التفاوض

نظراً لما تكتسبه 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 الرحمان الجبوري، المرجع السابق، ص175.

² رشا علي الدين، دور الحكم في إعادة التوازن المالي للعقد الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2010، ص11.

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، انطلاقاً من عدم تحمل أحد المتعاقدين لتبعات 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- تتطابق 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 سالفاً 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- وعندها يطبق نظام القوة القاهرة، وفسخ العقد بحكم القانون، وانتفاء مسؤولية المدين، أو تكون مرهقة وتؤدي إلى إخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد، وعندها تطبق شرط إعادة

¹ هني 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 و شرط إعادة التفاوض، استثناءين لمبدأ القوة الملزمة للعقد، فإنهما لا يرتبان أثرهما إلا في ظروف استثنائية، يتفق فيها الحادث بكونه غير متوقع وقت إبرام العقد، ومستقلا عن إرادة المدين، ولا يمكن دفعه، فهذه الخصائص المتعلقة بالحادث تمثل نقطة توافق واقتراب بين القوة القاهرة و شرط إعادة التفاوض.¹

لذلك تعتبر كل من القوة القاهرة، و شرط 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 و شرط إعادة التفاوض ليسا من النظام العام، فالإرادة التعاقدية هي التي تتدخل في تنظيم كليهما معا، وترسم نطاق تطبيقها، فشرط إعادة التفاوض يعتبر من أهم وابرز التقنيات التعاقدية التي ابتدعها متعاملي التجارة الدولية، لمواجهة مشكلة تغير الظروف المحيطة بتنفيذ العقد التجاري الدولي، وهو الأمر ذاته بالنسبة للتوسع في مفهوم القوة القاهرة، أو المفهوم الحديث للقوة القاهرة، والتي أصبحت إرادة الأطراف تلعب دورا كبيرا في تنظيم أحكامها، لا سيما في إطار أحكام التعامل التجاري الدولي.

وبناء على ذلك، أصبح بإمكان أطراف العقد التجاري الدولي الاتفاق 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 كلا منهما هو الإرادة التعاقدية خاصة في مجال عقود التجارة الدولية.

4- صار هناك تقارب واضح بين القوة القاهرة و شرط إعادة التفاوض، فلم يقتصر اثر 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 توسع 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 لسيا من النظام العام، ساهم بشكل واضح في إيجاد توافق بينهما وتقارب، إذ يعتبر شرط إعادة التفاوض من أبرز 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 أحكامها.

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 منهما 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، ص 184.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

ويلتقي مع شرط إعادة التفاوض، لاسيما فيما يتعلق بالالتزام بإعادة التفاوض ووقف العقد، اللذان يعدان من أهم الآثار التي يترتبها 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 مستحيلا لأحد طرفي العقد، جاز للقاضي التدخل وإيجاد حل للتوازن الاقتصادي للعقد.

وتعني النظرية: تغير الظروف التي ابرم أثناءها العقد إلى جعل تنفيذ التزام 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 التعاقدية الداخلي، كما أن بعض الأنظمة القانونية المقارنة لا تعترف بهذه النظرية كما أسلفنا توضيحه في هذا الباب من الرسالة،³ وعلى الرغم من وجود تشابه كبير بين

¹ L'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.

² إبراهيم درويش، نظرية الظروف الاستثنائية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة العاشرة، العدد الثالث، مصر، سنة 1966، ص 97.

³ راجع في ذلك المطلب الأول من هذا الباب، ص 149.

نظرية 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 نتطرق إلى أوجه الشبه والاختلاف بينها وبين شرط إعادة التفاوض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة

تعتبر نظرية الظروف الطارئة،¹ إحدى التقنيات القانونية، المعمول بها داخليا 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 إرهاقا للمتعاقد، بما يترتب عليها من خسائر تتجاوز في حدتها حد الخسارة العادية المألوفة في التعامل.

وإن كانت الظروف الطارئة لا تجعل من تنفيذ العقد مستحيلا، لكن تتسبب في حدوث استحالة نسبية وليست مطلقة،² إلا أنها تؤدي اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، وهو مكن 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 المعمول بها في الكثير من القوانين الداخلية، التي كانت محل تردد لفترات طويلة، ساهم

¹ يتكون مصطلح الظروف الطارئة من كلمتين، فمعنى كلمة ظروف هي جمع ظرف و التي تعني البراعة و نكاء القلب وحسن العبارة و الحذق بالشئ، فظرف الشئ يعني وعاءه، أما كلمة طارئة و هي مشتقة من طراً وهو ما احدث وخرج فجأة وطرا على القوم، أي بمعنى أتاها فجأة من مكان بعيد و يقال للغرباء الطراء، راجع في ذلك: محمد بن يعقوب الفيروز آبادي مجد الدين، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، سنة 1993، ص46.

² عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص22.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

فيها الفكر القانوني معتقدا أنها تتنافى مع استقرار المعاملات، وتتعارض 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 (أولا)، ثم نتناول أوجه التقارب والتوافق والاختلاف بينهما (ثانيا).

أولا : 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 الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

من خلال نص المادة المذكورة أعلاه، يتبين أن المشرع الجزائري، وعلى غرار التشريعات العربية الأخرى، التي كانت سباقة في وضع تعريف اصطلاحي وقانوني لنظرية الظروف الطارئة، على خلاف التشريعات الغربية، ومن خلال نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري نلاحظ أن المشرع وضع ضوابط لتبيان المقصود بالظروف الطارئة دون يتطرق الى 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 عقدها".

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

متوقع الحصول أثناء التعاقد، ينجم عنه اختلاف في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال، بحيث يصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقا شديدا، ويهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسارة التجار، و ذلك كخروج سلعة تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة، وارتفاع سعرها ارتفاعا فاحشا غير مألوف وغير متوقع"¹.

كما عرفها البعض بأنها: "حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية، أو واقعة مادية عامة لم تكن في حسابان المتعاقدين وقت التعاقد و لم يكن في وسعها ترتيب حدوثها بعد التعاقد، و يترتب عليها تنفيذ الالتزام يكون مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة وإن لم يصبح مستحيلا"².

وعرفها بعض الفقه الآخر أنها: "تلك الحوادث التي لا تؤدي إلى جعل تنفيذ التزام المدين مستحيلا، لأنه لو صار مستحيلا، لإنقضى الالتزام و انفسخ العقد، و لم يكن هناك مجالا لتعديله"³.

ويرى البعض بأن الظروف الطارئة هي: "الظروف التي تجعل تنفيذ التزام مرهقا للمدين إرهاقا يهدده بخسارة فادحة، مع إمكان التنفيذ رغم الإرهاق على أن لا تكون نتيجة الحادث انقضاء الالتزام بل وجوب رده إلى الحد المعقول"⁴.

ثانيا: آثار نظرية الظروف الطارئة

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الأول، المرجع السابق، ص805.

² محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، مكتبة زهران للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، طبعة 1987، ص19.

³ سالم بن سلام بن حميد الفليتي، المرجع السابق، ص25.

⁴ مصطفى أحمد الزرقا، شرح القانون المدني السوري، نظرية الإلتزام، الطبعة 2، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، سنة 1960، ص336.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

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 وتوسيع 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 يعنى تعلق النظرية بالنظام العام، أن القاضي يطبقها من تلقاء نفسه دون أن يطالب بها المدين، ويتضح ذلك من خلال استعمال المشرع الجزائري في نص المادة 107 من القانون المدني لعبارة (جاز للقاضي تبعا 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 بإنقاص 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 لتخفيف عبئ الالتزام إلى الحد المعقول، فالقاضي قد يرى

¹ عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 362.

² ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 195.

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 جزءا من الزيادة الغير متوقعة في ثمن الشيء محل الالتزام،¹

وهنا القاضي يراعي مصلحة الطرفين فالزيادة في التزام الدائن بتحملة 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 المفاوضة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الجرة أو فسخ العقد".

ب) إنقاص الإلتزام المرهق:

يتدخل القاضي من أجل تخفيف الإلتزام المرهق للمدين، من خلال إنقاص الإلتزام المرهق سواء من حيث الكم أو الكيف،³ و تعود السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بإنقاص كمية معينة من السلعة أو المواد الملتمزم بها المدين بتوريدها وذلك بالقدر والكمية التي تجعل وترد الإلتزام إلى الحد المعقول، كما في حالة ارتفاع سعر سلعة معينة في السوق بسبب عامل الندرة نتيجة اتخاذ الحكومة قرار منع استيرادها، أو لقلة إنتاجها أو لأي سبب آخر.⁴

¹ مروك أحمد، المرجع السابق، ص73.

² قبيلالي علي، النظرية العامة للعقد، "الإلتزامات"، موفم للنشر، الجزائر، سنة 2008، ص380 وص381.

³ عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص107.

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، ص261.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

ويجوز للقاضي إنقاص 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 عارض جانباً من الفقه، تدخل القاضي في محل الالتزام بتغيير جوهره وما انفقا 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 إطلاقاً 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، ويتنافى ومبدأ القوة الملزمة للعقد، بحيث هنا في هذه الحالة نكون أمام قوة قاهرة.³

ثالثاً: وقف تنفيذ العقد

من بين الوسائل المتاحة للقاضي في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، أمره بوقف تنفيذ العقد حتى ينتهي الطرف الطارئ إذا كان مؤقتاً أو على وشك الزوال، و مثل ذلك تعهد مورد، بتوريد سلعة معينة و بمواصفات الجودة المتفق عليها في العقد ولكن يحدث

¹ حسب الرسول الشيخ الفزازي، المرجع السابق، ص701.

² مرويك 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.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

ظرف طارئ أثناء مرحلة التنفيذ، يجعل ارتفاع الأسعار في السوق الى الحد الذي يرهق المدين و يسبب له خسارة فادحة، و لكن الظرف يوشك أن يزول، فالقاضي يوقف التزام المورد إلى حتى يزول اثر الظرف الطارئ، بشرط أن لا يؤدي وقف تنفيذ الالتزام إلحاق ضرر جسيم بالطرف الدائن.¹

ووقف 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 طبقوا القانون تطبيقا سليما".³

الفرع الثاني: أوجه التوافق والاختلاف بين نظرية الظروف الطارئة وشرط إعادة التفاوض

من خلال ما تم ذكره أنفا حول نظرية الظروف الطارئة، يتبين 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 والجوهري في نشوئه وذيوعه، 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، ص725.

² مروك أحمد، المرجع السابق، ص75.

³ قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قضية رقم 212782، المؤرخ في 2000/01/12، المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد1، ص114.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

التفاوض متميزا بطبيعته التعاقدية الخاصة، التي تجعله يختلف عن نظرية الظروف الطارئة في الكثير من الجوانب.¹

وسنفصل فيما يلي أوجه التوافق الاختلاف بينهما كما يلي:

أولا: أوجه التوافق بين نظرية الظروف الطارئة و شرط إعادة التفاوض

تتشترك كل من نظرية الظروف الطارئة و شرط إعادة التفاوض في بعض الجوانب ذات الصلة و التي جعلت هناك تقارب وتوافق 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 أعمال شرط إعادة التفاوض في العقود التجارية الدولية.

فتغير الظروف واختلال التوازن هما الأساس الذي يبنى عليهما كل تطبيق شرط إعادة التفاوض و نظرية الظروف الطارئة.

فالأسباب التي تحول دون تنفيذ العقد، كالحرب، أو الكوارث الطبيعية، أو حدوث اضطراب داخل المنشآت الصناعية، أو صدور قرار حكومي يقضي بمنع خروج العملة الصعبة، والتي تؤدي إلى احدث اختلال 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 اجل أعمال 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، والتخفيف 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: تشترك 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 وخارجة 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 منهما 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 ومهدده بخسارة فادحة، فضلا عن ذلك فإن مجال تطبيق النظرية يقتصر على المجال التعاقدي في إطار التنفيذ وهو نفس الكلام ينطبق على شرط إعادة التفاوض.²

4-يتوافق 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.

¹رشا علي الدين، المرجع السابق، ص11.

²حياة محمد أبو النجا، المرجع السابق، ص553.

ثانيا: أوجه الاختلاف بين نظرية الظروف الطارئة وشرط إعادة التفاوض

على الرغم من وجود أوجه التشابه والتطابق بين نظرية الظروف الطارئة وشرط إعادة التفاوض والتي بينها 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 مرهقا إلى الحد المعقول، وهذا الأمر يمثل مظهرا من مظاهر العدالة الاجتماعية،¹ ومن هنا كان اتصالها بالنظام العام، على خلاف شرط إعادة التفاوض، الذي يعد من أهم الآليات الاتفاقية 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 ان العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز تعديله أو إنهائه 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 بإنقاص 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 ظرف الطارئ، بينما يعد شرط إعادة التفاوض تطبيقا وتأييدا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، أطراف العقد هم من يصغون الشرط بإرادتهم وهم وحدهم من يقرر صياغته و شروط أعماله دون سواهم. بينما يتولى القاضي هو بتطبيق نظرية الظروف الطارئة بعكس الشرط.

¹ عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص 102.

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، ويترتب عنه اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد.

5- خلافا لشرط إعادة التفاوض الذي يكفي بتطبيقه أن يكون غير متوقع وخارجيا ويؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد.³

6-تختلف آليات تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مسألة 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، طبعاً بهد الموازنة بين مصلحة الأطراف،⁴ بينما الأمر يختلف في شرط إعادة التفاوض الذي تقتضي طبيعته التعاقدية منح الأطراف

¹حمدي عبد الرحمان، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة 2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2010، ص 490.

²محمد محسن علي، المرجع السابق، ص 144.

³L'adaptation judiciaire des modalités du contrat, lorsqu' un changement de circonstances entraine 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 qui sévère l'outil privilégie 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.

⁴ميثاق طائب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 203.

التعاقدية في اختيار الطريقة والوسيلة الملائمة لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد، فضلا عن ما تحققه آلية شرط إعادة التفاوض من المقبولية والعدالة خلافا عن تلك الحلول الواردة في الحكم القضائي، كما هو الحال في نظرية الظروف الطارئة¹.

المبحث الثالث: الالتزامات المترتبة على أعمال القوة القاهرة وشرط إعادة

التفاوض

تقتضي القواعد العامة في العقود، أن يحاول الأطراف تنفيذ العقد طبقا 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 كليا، ليتحمل الطرف الآخر ضررا معينا، وطبقا لمبدأ حسن النية يتوجب على المدين إخطار الدائن بالظرف الذي أحال دون تنفيذ التزاماته التعاقدية.

وفي المقابل يلتزم الدائن بالرد على هذا الإخطار، هذا الإجراء الشكلي ضروري لمباشرة عملية إعادة التفاوض حفاظا على العقد التجاري الدولي، نظرا لما يمثله من أهمية كبيرة بالنسبة لطرفيه، بل تتجاوز أهميته الاقتصادية والاجتماعية الدول التي ينتمي إليها طرفا العقد.

ولهذا يسعى أطراف العقد التجاري الدولي الحفاظ على العلاقة التعاقدية، والعمل على بقاءها والاستمرار في تنفيذ العقد، تحت أية ظروف من خلال الجلسات مرة ثانية وإعادة التفاوض، لإيجاد الحلول المناسبة لتغير الظروف المحيطة بتنفيذ العقد².

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.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

وقد خلق الواقع التعاقدي وسيلة مهمة لحماية العقد والاستمرار في تنفيذه، وسيلة تمثل فنا تعاقديا جديدا ولد في كنف التجارة الدولية، وتتميز هذه العقود عن مثيلاتها الداخلية ألا وهو نظام إعادة التفاوض في العقد بحسن نية، بهدف الوصول إلى حل ودي، يرضي الطرفين ويضمن بقاء العقد.¹

وترتيباً على ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول الالتزام بالإخطار (المطلب الأول) ثم نتطرق إلى الأساس القانوني والجوانب الشكلية للأخطار (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الالتزام بالإخطار

يترتب على إعمال شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، التزام الطرف الذي يواجه ظروفًا تتوفر 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 يتمكن 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 شكلياً، تفرضه طبيعة شرط إعادة التفاوض ونظام إعماله على المدين، وذلك بإخطار الدائن عن وقوع الأحداث التي أخلت بالتوازن الاقتصادي للعقد² تمهيداً لتفعيل عملية إعادة التفاوض، حيث يترتب 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).

¹ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 176.

² محمد محسن علي، المرجع السابق، ص 269.

³ «En général, les clauses de hardship 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 proposes pour y remédier ; l'autre partie doit alors faire sa position dans un bref délais».

أشار إليها: هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 105.

الفرع الأول: مضمون الإلتزام بالإخطار

تقتضي العقود التجارية الدولية من الأطراف المتعاقدة ضرورة مسايرة 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 منهما 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 بالتغير في الظروف التي أصابت تنفيذ العقد وحالت دون مواصلة أحد أطرافه، وأعاقته عن تنفيذ التزاماته.

أولا: معنى التزام المدين بالإخطار

على عكس القوانين والتشريعات المحلية، التي لا تعير 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.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

ويعرف الفقه الإخطار 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، ويؤدي عدم الاكتراث به إلى سقوط الحق في التمسك بشرط إعادة التفاوض.³

كما يعرفه جانب آخر من الفقه الإخطار بأنه: "الالتزام الذي بواسطته ينبه به أحد أطراف العقد الطرف الآخر على مخاطر التعاقد ومنافعه ويجعله على بينة من ظروف التعاقد".⁴

ويعرف الالتزام بالإخطار 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، وتركه مخدوعاً في أمر يعلم حقيقة".⁵

يتبين من خلال ما سبق الإشارة إليه، أن المدين المتعثر يقع على عاتقه الالتزام بإخطار دائنه بحالات التغير في الظروف ونتائجها المحتملة، ودرجة تأثيرها في تنفيذ التزاماته التعاقدية، إذ لا يكفي أن يقع الحدث المخل بتوازن العقد، لتفعيل آلية إعادة التعاقد بشأنه، بل يجب من الطرف المتضرر،⁶ إخطار 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، ص1671.

² DEJUGLART (M), L'obligation de renseignement dans les contrats, RTD. Civ, 1945, p.01.

³ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص462.

⁴ أكرم عبد نيسان، المرجع السابق، ص199.

⁵ أحمد زكي يحيى الجبوري، التنظيم القانوني لعقد تجهيز الطاقة الكهربائية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، سنة 2013، ص56.

⁶ يعرف الطرف المتضرر على أنه: "المتعاقد الذي يمس أولاً ومباشرة 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 توافرت، 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".

ويعد التزام أحد الأطراف بإخطار الطرف الآخر بالتغيرات في الظروف التي تحدث أثناء مرحلة تنفيذ العقد، هو التزام يجد جذوره في أحكام القوة القاهرة، حيث يعد التزاما عاما متفق عليه في كافة الأنظمة القانونية، وإن كان البعض منها لا ينص عليه بشكل صريح¹.

إلا أن أهميته تزداد على مستوى العقود التجارية، نظرا لما تتميز به من قيمة مالية ضخمة، وانعكاس تنفيذها أو عدم تنفيذها على الحياة الاقتصادية للدولة بشكل عام، وتعاضم الأضرار الناتجة عن عدم تنفيذ العقد، واتساع فرص المحافظة عليه، بالرغم من الظروف السيئة التي قد يواجهها تنفيذه².

ولا يختلف الأمر عند فقهاء التجارة الدولية، بالنسبة لشرط إعادة التفاوض والذين بدورهم يؤكدون أن طبيعة هذا الشرط و نظام إعماله، يفرضان على المدين بالتفويض التزاما عاما بإخطار الدائن عن وقوع الأحداث التي قد أخلت بتوازن العقد، والتي أصابته بضرر فادح، وكذلك الحلول المقترحة من جانبه لمواجهة هذه الأحداث، حتى يتسنى 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 a court terme, dans une situation susceptible de l'empêcher d'exécuter son obligation, entrainant éventuellement des risques graves quant à l'existence même de son partenaire,

راجع في ذلك: هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص105.

¹ رضا محمد ابراهيم عبيد، الالتزام بالتسليم في القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، سنة 1979، ص475.

² شريف محمد غنام، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص462.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

الأخير المشاركة في إعادة التفاوض، وإن يكون لديه العلم الكافي بكل الظروف المحيطة بتنفيذ العقد.¹

وعلى الرغم من أهمية الإخطار بوقوع الحدث المخل بالعقد، إلا شروط إعادة التفاوض نادرا 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 غالبا 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 المفاوض الهيئة بهذا التشريع أو اللائحة"، و قد جاء هذا الشرط تحت رقم 19 من الترخيص الصادر لوزارة 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 يوما من وقوع الحدث.. و يجب أن يعلم المشتري في الحال عند نهاية

¹ OPPETIT (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.

³ هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص106.

⁴ شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص472.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

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

وتبعا 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 يتأخر في إثارة مسألة تغير الظروف بإعمال آثار الشرط أي شرط إعادة التفاوض بأثر رجعي لعدة أشهر قبل".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 يتيح ذلك أولا للطرف المتضرر من الحد من خسائره، و ذلك بإيجاد بديل مناسب في أقرب الآجال، كما يصب ذلك أيضا في مصلحة المتعاقد الثاني، حيث أنه وإن كان هذا الأخير يستفيد في أول الأمر الأداء المرجو من الصفقة، إذ يمثل له هذا المقابل، بالنظر الى طبيعة وأهمية هذا النوع من العقود مصلحة ضرورية".³

وكذلك حتى الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية لم تتطرق، ولم تنص على إلزامية الإخطار بوقوع الأحداث المخلة بتوازن 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». PHILLIPE V.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 a 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 a l'importance de ce genre d'engagement, un intérêt vital. » voir ,

ALACHKAR V.R, clause de hardship et clause d amiables compositions, thèse doctorat, paris II, France, 2010, p.133

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

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 بنده 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

ثانيا: الجوانب الشكلية في الإخطار

بعدما بين أن كل من القوة القاهرة و شرط إعادة التفاوض، يفرضان على المدين التزام بالإخطار بغرض الاستفادة من أحكامهما 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 نتطرق 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 délais a 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 شكله ومنه ذلك الشرط الذي ينص على أن: "الطرف الذي يتمسك بالقوة القاهرة يجب أن يخطر الطرف الآخر..."¹.

وأيضاً 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 شكلاً معيناً عند القيام به.³

ومع ذلك توجد بعض الشروط تتطلب شكلاً معيناً كإخطار 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 مكتوباً حيث أشار إلى أن الطرف المضرور يستطيع التمسك بشرط إعادة التفاوض من خلال إشعار خطي 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، ص65.

⁴ Le Roye (d), op.cit, p.750.

⁵ أنظر في ذلك البند A-I من الفقرة 2 من الفصل 22 من مبادئ اليونسترال.

كذلك الحال بالنسبة لشروط الكوميكون¹، وكذلك الشروط العامة التي وضعتها اللجنة الاقتصادية الأوروبية، والتي تنص 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

يتعين القول مما سبق، أن معظم اتفاقيات التجارة الدولية، والتشريعات الوطنية لم تحدد شكلاً معيناً يتم به الإخطار، أما بالنسبة للشروط التعاقدية فقد انقسمت بين من يشترط الإخطار دون تحديد شكله، ومن لم يشترط، 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 تيلكس أو تليفون على أساس أن شكل الإخطار يبقى متروك 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 السوفياتي، 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 السوفياتي 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 الاشتراكي، بل نذكرها لأهميتها في نجاح تنظيم البيوع الدولية.

راجع في ذلك: ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 494.

² تزيه المهدي، الإلتزام قبل التعاقد بالدلاء بالبينات، 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 واهتماما كبيرين، حيث أنها تشترط أن يتم الإخطار في وقت ملائم لا يتعدى في جميع الأحوال الوقت المحدد للتنفيذ، نظرا لخطورة النتائج التي تترتب على الحدث المكون للقوة القاهرة أو شرط إعادة التفاوض.

ويأتي الهدف من تحديد المدة هو المعيار الذي يتحدد علي 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"، وكذلك عبارة في "أسرع وقت ممكن" أو في "أقرب وقت ممكن" أو "في أقرب وقت متاح و مفيد" أو "في مدة معقولة".

وكلها عبارات تفيد وجوب الإخطار على وجه السرعة ومنها الشرط الذي ينص على أن: "يلتزم الطرف المتضرر من حدوث ظروف قهرية أو طارئة إخطار الطرف الآخر بذلك من فور حدوث الضرر و مناطقه و المدة اللازمة لاستكمال التزاماته ثانية...".¹

وعلى الرغم من الأهمية التي توليها التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية في تحديد مدة الإخطار، إلا أن هناك عقودا لا تتعرض ضمن شروطها لتحديد هذه المدة، ويفسر جانب من الفقه ذلك بأن الأطراف يفضلون أن يتركوا تحديد المدة للقواعد العامة التي توجب إتمام الإخطار بأسرع وقت ممكن.²

ومن جانبنا نرى أنه لا يجب أن يفتح باب تحديد المدة للقواعد 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.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

يتفق 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 والكفيلة لتجاوز اثر هذا التغير.¹

كما يقع على عاتق الدائن التزام آخر، وهو الالتزام بالحضور للتفاوض، من أجل مراجعة العقد و تعديل بنوده حتى يتماشى 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 الاحتجاج بعدم وصول الإخطار من طرف المدين.³

ويذهب بعض الفقه الى أن على الدائن في هذه الحالة التزاما يشابه التزام المدين، فيجب عليه أن يثبت حسن نيته وحرصه اللذان يفرضان عليه، وفقا للظروف أن يبحث عن المعلومات والبيانات التي من شأنها أن تساعد في اتخاذ الإجراءات المناسبة للموقف، ولا

¹أكرم عبد ريسان، المرجع السابق، ص201.

²مريم بهلوان، شرط إعادة المراجعة في عقود التجارة الدولية، مجلة المنارة للدراسات القانونية و الإدارية، عدد خاص،المغرب، سنة 2017، ص38.

³شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 494.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

ينتظر 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 ينتظر أحدهما أن يخطره بالحدث الذي يمثل حالة من حالات القوة القاهرة، أو يستوجب شروط المراجعة للعقد، ومن جهة أخرى نؤيد الرأي القائل بضرورة إعادة التفاوض وبحسن نية، مع احترام مبدأ الشفافية، والنزاهة أثناء مرحلة التفاوض مع إخطار كل طرف الآخر عن كافة المعلومات وعن الظروف المحيطة بتنفيذ العقد.

أولاً: مضمون الالتزام بالرد على الإخطار

كما أسلفنا الذكر أن الدائن يلتزم بعد إخطاره من قبل المدين، بالرد عليه تحضيراً لعقد اجتماع تمهيدي 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، وتبدأ هذه العملية من خلال قيام المدين المتضرر بإخطار الدائن الذي يقدم رؤيته للحلول المناسبة لمواجهة ظرف 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، ص292.

³ هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص113.

ثانيا: جزاء عدم الرد على الإخطار

يقتضي مبدأ حسن النية المعمول، أن يستجيب الدائن لإخطار مدينه الموجه له بالرد عليه إيجابا أو سلبا، ويعتبر عدم الرد والتزام الدائن الصمت أمر لا يتماشى ومقتضيات التجارة الدولية، وهو ما جعل المحكمين الدوليين يتخذون موقفا صارما اتجاه الصمت الذي يبديه الدائن اتجاه مدينه، و اعتبروه سكوتا ملابسا.¹

وفي هذا المجال يقول الأستاذ REINE من اجل الكشف عن رضا ونية المتعاقد، وبدون ميل إلى حد معارضة المبدأ القائل "من لم يقل كلمة فهو راض" فإن المتعاقدين يلجئون إلى تحليل دقيق للظروف المحيطة بهذا السكوت، كما أن طول مدة العلاقة التعاقدية لا تسمح بتفسير بسيط على أنه توقف دائم، وتطبيقا لذلك فإن الإمضاء المسبق على الوثائق المتضمنة لمبدأ التعديل يمكن حمله على انه قبول ضمني للتعديل البعدي من قبل "المتعاقد الساكت".²

المطلب الثاني: الالتزام بتخفيف الضرر

يكن الهدف الأساسي من إبرام العقد التجاري الدولي، هو استمرار العقد في إنتاج آثاره 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 وتكييفه مع الظروف المصاحبة لتنفيذه، 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 اذا لم يرفض الإيجاب في الوقت المناسب، ويعتبر السكوت الملايس على الرد قبولاً اذا 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 circonstances 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 considérée 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 بآثاره في أسرع وقت ممكن، و بإتباع شكل معين للإخطار سواء كان مدرج ضمن شروط العقد، أو تطبيقاً للقواعد العامة المعمول بها في التشريعات الوطنية، وفي المقابل يفرض حدث القوة القاهرة أو شرط إعادة التفاوض على الدائن أن التزم ببذل قصارى جهده لتخفيف الضرر، وهو ما سنقوم بتوضيحه بالتطرق إلى الأساس القانوني للالتزام بتخفيف الضرر (الفرع الأول) ثم نبحث جزء مخالفته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأساس القانوني للالتزام بتخفيف الضرر

يستمد الأساس القانوني للالتزام بتخفيف 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 تسليم هذه المعدات عقبة تعوقه كلياً أو جزئياً، وتمثل قوة قاهرة، يلتزم البائع بإخطار المشتري ببرقية بهذا الحدث، ويلتزم أيضاً بإخطار المشتري بالعودة إلى الحالة الطبيعية، وزوال القوة القاهرة إن حدث ذلك".¹

¹ Kahn (Philip), op.cit, p.477.

إرادة الأطراف لها دور كبير في إبراز الالتزام بتخفيف الضرر، بحيث يحرص الأطراف على إدراجه في شروطهم التعاقدية، ويعبر الأطراف عن هذا الالتزام بصياغة عامة، وقد يتفق الأطراف بجعل هذا الالتزام ببذل عناية أو تحقيق نتيجة، حيث يفرض على عاتق كل طرف أن يظهر الحرص المعتاد 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 مقدراً في العقد أو بنص من القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية إذا لم يكن باستطاعة الدائن أن يتوقاه 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 يتوقاه بجهد معقول، ويعد 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 مقدراً في العقد أو بنص من القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية إذا لم يكن باستطاعة الدائن أن يتوقاه 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 ومبادئ القانون الأوروبي، مجلة الحقوق، العدد 1، جامعة الكويت، سنة 2014، ص 258.

² محسن شفيق، المرجع السابق، ص 244.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

والإلتزام بتخفيف الضرر لا يمثل فقط في تصرف سلبي بعدم زيادة الضرر فحسب، وإنما يتمثل كذلك في التزم ايجابي بعمل شيء بتخفيف الضرر، بمعنى انه يقوم بأي عمل من أجل تخفيف الضرر¹.

ويعتبر مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، هو المرجع الرئيسي في تأسيس هذا الإلتزام، خاصة في عقود التجارة الدولية، فمبدأ حسن النية يلزم كل طرف أن يكون أميناً 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، فالإلتزام بتخفيف الضرر يعتبر احد المبادئ المستوحاة من مبدأ حسن النية².

ثانياً: الاتفاقات الدولية وقرارات التحكيم

تحرص اتفاقيات التجارة الدولية على النص صراحة على الإلتزام بتخفيف الضرر، بالرغم من اعتباره تطبيقاً لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، ومن بين الاتفاقيات اتفاقية لاهاي 1964 بشأن قانون البيع الموحد و التي نصت على هذا الإلتزام في نص المادة 88، حيث أشارت إلى الإجراءات المعقولة التي يجب أن يتخذها 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 يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف لتخفيف 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 الإلتزام، وقامت بتطبيقه سواء بشكل صريح أو ضمني، باعتباره أحد مبادئ قانون التجارة الدولية، و مثل ذلك ما قرره

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، لتخفيف 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 لتخفيف 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 الى المشروع العام المغربي خلال الفترة الممتدة من 1982 الى 1984 لمدة 03 سنوات، ونظرا لإرتفاع اسعار البترول في الأسواق العالمية فقد توصل الطرفان بعد المفاوضات الى اتفاق لتحديد المقابل خلال سنة 1984 يتمثل في انه بالنسبة للنصف الأول من عام 1984 وهو 12.5 دولار للبرميل، واتفق كذلك بالنسبة للنصف المقابل الذي يسري بالنصف الأول لسنة 1984 يعد مقابلا مؤقتا و ليس نهائيا، و أن هذا المقابل قابل للمراجعة سواء بالزيادة أو النقصان ، أما بالنسبة للاتفاقيات المالية المبرمة بالنسبة للنصف الأول من سنة 1984 قامت الحكومة الجزائرية بإلغائها بسبب ارتفاع أسعار البترول عالميا، وقام المشروع الجزائري بإخطار المشروع المغربي واخبره أن العملاء الآخرين، قبلوا توريد البترول بسعر 14 دولار بدلا من سعر 12.5 دولار للبرميل، ليكون سعر البرميل 13.5 دولار، وذلك بسبب وجود شرط العمل للرعاية ، لكن المشروع المغربي لم يرد على الطرف الجزائري، ليستمر توريد البترول بالسعر المقترح الجديد، حيث استمر الطرف المغربي بتسليم كميات البترول بالسعر القديم، واستمر الطرفان في التنفيذ، وبعد فترة توقف توريد البترول الجزائري للطرف المغربي 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 اين رفضت هيئة التحكيم طلب الطرف المغربي.

أشار اليه: أكرم عبد نيسان، المرجع السابق، ص206، وكذلك: محمد عبد الله محمود، المرجع السابق، ص394.

² أحمد مروك، المرجع السابق، ص255.

الفرع الثاني: الإجراءات المتبعة لتخفيف الضرر

تختلف الإجراءات المتبعة لتخفيف الضرر بحسب طبيعة العقد التجاري الدولي المبرم بين الطرفين، وكذلك تختلف من واقعة إلى أخرى، والإجراءات المتبعة لتخفيف الضرر تتنوع حسب طبيعة العقود وإن كان عقد البيع الدولي للبضائع هو الأكثر شهرة فإن هناك عقود أخرى نذكر منها عقود الامتياز التجاري، عقود المعرفة الفنية وعقود الإنشاءات وبناء المصانع، وعقود القروض الدولية، فكل نوع من هذه العقود صمم ليقوم بهدف وغاية معينة ولكل منها تعقيدهات وتركيبته الخاصة به.¹

فالإجراءات تختلف حسب طبيعة كل عقد، وسوف نعرض فيما يلي بعض المظاهر الإيجابية لتنفيذ هذا الإلتزام :

أولاً: المحافظة على البضاعة

إذا كانت القاعدة في عقد بيع البضائع أنه إذا لم يتسلم المشتري البضاعة رغم إنذاره لاستلامها فإن تبعة هلاكها تنتقل إليه، إلا أنه يتوجب على أطراف العقد الاتفاق على تمديد مدة التسليم لفترة أخرى بغرض تخفيف الضرر الواقع على أحد طرفي العقد، وكذلك قبول الدائن الوفاء لعملية أخرى غير المنصوص عليها في العقد، وكذلك قبوله التسليم في مكان غير المتفق عليه، وقبوله التقييد في حالة وجود نقص في السيولة، أو بيع البضاعة إذا كان سعرها في السوق هابطاً،² والمحافظة على البضاعة المبيعة إذا لم يقم المشتري بتسلمها.

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 الإلتزام بتخفيف الضرر

¹ صالح بن عبد الله بن عطايف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مكتبة الملك فهد الوطنية، سنة 1997، ص152.

² محسن شفيق، المرجع السابق، ص244.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

المنصوص عليه في المادة 77 من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع وأن هذه الإجراءات (إجراءات الحفاظ على البضاعة) تفرض نفسها في عقد بيع البضائع حتى ولو لم يكن هناك التزام تعاقدى يفرضها وفقا للمواد 82 الى 85 من اتفاقية فينا، كما أن مصاريف التخزين يجب أن لا ترد من الناحية الاقتصادية عن القيمة الكلية للبضاعة".¹

ثانيا: 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 خطأ يوجب مسؤولية الدائن.²

ويعتبر هذا المظهر من مظاهر تنفيذ الالتزام بالحد من تفاقم الضرر هو أكثر المظاهر تطبيقا 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 للمشتري 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، ص260.

² شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص315.

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، ص399.

ثالثا: 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 تسليم كمية المبيع المتفق عليها للشركة المشتري بسعر أكبر من السعر المتفق عليه بينهما، وإن كان أقل من السعر السائد في السوق العالمية، إلا أن الشركة المشتري رفضت هذا العرض و تمسكت بالسعر الوارد في العقد، فقررت هيئة التحكيم أنه: "كان يجب على المدعي (المشتري) حتى ولو لم يكن موافقا على الارتفاع في الثمن عما هو متفق عليه في العقد أن يقبل هذا العرض، بهدف تخفيف الخسارة التي لحقت البائع...".¹

رابعا: 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 مشتريين 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 مشتريين آخرين لكمية من البترول رفض المشتري استلامها، حيث جاء في قرار هيئة التحكيم أنه: " كان يجب على المشروع أن

¹ لقرار 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 و بين الشركة النرويجية المشتريّة".¹

الفرع الثالث: جزاء مخالفة الالتزام بتخفيف الضرر

إذا لم يوفي الدائن بالتزامه بتخفيف الضرر، يترتب عليه دفع تعويض للمدين، ويتمثل جزاء مخالفة الدائن لالتزامه للحد من تفاقم الضرر في إنقاص قيمة التعويض المستحق له قبل مدينه، أي أن الدائن لا يعوض إلا عن جزء الضرر الذي لم يتمكن من تخفيفه، رغم قيامه بالمجهودات المطلوبة لتخفيف 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، لتخفيف الأضرار التي أصابته فإن قصر في ذلك فيتحمل جزءاً من المسؤولية عن الضرر الذي أصابه، ويتحمل المشتري التعويض عن الجزء الذي لم يستطيع الدائن تفاديه.³

كما أن اتفاقية فينا بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، أشارت إلى هذا الجزاء في نص المادة 77 منها، حق المدعي عليه في طلب تخفيض التعويض بالقدر الذي يمكن تجنبه،⁴ ومنه الشرط الذي ينص على أنه: "في حالة القوة القاهرة يلتزم الطرفان بأن يقوموا بكل إجراءات الضرورية لتنفيذ العقد و تخفيف الخسارة التي قد تنتج، والطرف الذي يخفق 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، ص400.

³ راجع في ذلك: قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 5514، لسنة 1990، المجموعة الأولى.

⁴ محسن شفيق، المرجع السابق، ص244.

⁵ Fontaine (M), Op.cit, p.228.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على أعمال شرط إعادة التفاوض

إن فكرة إعادة التفاوض التي ابتدعتها التعامل التجاري الدولي، أصبحت اليوم أهم وسيلة قانونية يلجأ إليها أطراف العقد الدولي للحفاظ عليه، والاستمرار في تنفيذه مهما كانت الظروف والصعوبات التي تواجه تنفيذه، وذلك بالنظر إلى بالمجهودات الجبارة 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، أثاران يتمثلان في الحفاظ على العقد، وإعادة التفاوض بحسن نية، وترتبا 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 تنفيذها وامتدادها لفترة طويلة في الزمن، تكون عرضة لتغير الظروف الاقتصادية والسياسية المحيطة بتنفيذها، مما يجعلها في ظروف استثنائية صعبة تسبب اختلال كبيرا في التوازن الاقتصادي، وتخلق صعوبة لأحد الأطراف في تنفيذ التزاماته إما بشكل مستحيل أو تتسبب له في خسارة فادحة تفوق الحد الألف في مجال التجارة الدولية.

لذلك يتفق الأطراف على ضرورة وقف تنفيذ العقد إذا تعرض إلى تغير في الظروف أثناء مرحلة التنفيذ، إلى حين زوال الظروف الصعبة التي ألتمت 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 أعمال شرط إعادة التفاوض، إذ يعد تطبيقه أمرا بديهيا، 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 تعريفات 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 للتنفيذ، 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 الى حين انتهاء الظروف التي تواجهه، ثم يعود بعدها إلى السريان العادي"³.

كما يعرف الوقف على أنه: "تتمثل ماهيته في كونه يعفي المدين مؤقتا من تنفيذ التزامه مع بقاء الرابطة العقدية ملزمة عند وجود مانع من التنفيذ، ثم يستأنف العقد مسيرته عند زوال هذا المانع".

وعرف أيضا على أنه: "علاج قانوني مؤقت لحالة تعذر تنفيذ العقد نتيجة الاستحالة المؤقتة الناجمة عن السبب الأجنبي، ويهدف إلى استمراره واستقرار الرابطة العقدية، يعقبه اما تنفيذ العقد أو الإقرار بانفساخه"⁴.

¹ ياسر شحاتة مرزوق ضبابات، المرجع السابق، ص240.

² ترمين محمد محمود صبح، المرجع السابق، ص468. راجع كذلك: حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، مطبعة مصر، مصر، طبعة 1999، ص441.

³ عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، المرجع السابق، ص754.

⁴ كاظم كريم علي الشمري، وقف تنفيذ العقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، سنة 2002، ص06.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

من خلال التعريفات السابقة يتبين أن لوقف تنفيذ العقد عدة فوائد منها حماية العقد التجاري الدولي من الزوال، ويحافظ 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 تنفيذه،¹ 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 متعاملي 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 توسع في آثار القوة القاهرة،⁵ كما اعترض الفقيه "ساروت" على آراء بعض الفقه الذي اعتبر الوقف هو فسخ جزئي للعقد وقال

¹ ميثاق طالب عبد الرحمان 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 يصلح أن يكون تعريفاً له، وإنما هو عبارة عن أثر عرضي.¹

وللإحاطة أكثر بوقف تنفيذ العقد كأثر للقوة القاهرة، وشرط إعادة التفاوض نتناول الأساس القانوني لوقف التنفيذ (الفرع الأول) ثم نتطرق 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 للقوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض، إلى أكثر من أساس قانوني، فالى جانب إرادة الأطراف التي تعتبر الأساس الأول له كنتيجة مترتبة على الطبيعة التعاقدية لشرط إعادة التفاوض حيث يسمح للأطراف المتعاقدة باتفاق على وقف تنفيذ العقد في حالة وقوع تغير في الظروف التي تستلزم 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 يتفق الأطراف من خلال الشروط التي يضعونها في العقد على وقف تنفيذه لفترة معينة بعد وقوع الحدث المؤدي إلى الإخلال

¹ محمد شريف غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 320.

² ميثاق طالب عبد الرحمان الجبوري، المرجع السابق، ص 742.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

بالتوازن الاقتصادي للعقد، إلى حين التوصل إلى اتفاق مشترك بين الطرفين فواقع هذه العقود يضع الوقف¹، في المرتبة الأولى كأثر لوقوع القوة القاهرة أو شرط إعادة التفاوض.

ومن الشروط التعاقدية التي اتفق فيها الأطراف صراحة على وقف تنفيذ العقد، الشروط الواردة في عقود تركيب مصفاة بترول، والذي اتفق فيه الأطراف على وقف توقيف 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 القاهرة 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 لطرفيه، بل تتعداهم 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 الأهواي، أصول قانون التجارة الدولية، ب.د.ن، القاهرة، مصر، سنة 1993، ص 852.

³ مجموعة الشروط 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 الى 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 المألوف 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 يلتزمون بمتابعة تنفيذ العقد،¹ ولكن في الحالات التي تكون فيها عملية متابعة تنفيذ لها آثار سلبية على الطرف المتعاقد 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 نجد 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 الرامية 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 الرامية إلى تعديل العقد، طبقاً للموضع الذي كان سائداً قبل تغير الظروف أو قبل تحقق آثار هذا التغير".³

¹ ميهوب حسين محمد العزي، الالتزام بالتفاوض كوسيلة لمعالجة الاختلال التوازن في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، سنة 2020، ص287.

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 وفقا لما اتفق عليه الأطراف أثناء مرحلة الإبرام، لكن وحسب الظروف المحيطة بالعقد، إذا كانت آثارها سلبية على احد المتعاقدين، فإن الأطراف ملزمون بإيجاد الحلول المناسبة لتغير الظروف.

ولتقليل الخسائر عن طريق وقف تنفيذ العقد الى غاية زوال الظرف ، وهذا يمثل استثناء على مبدأ متابعة تنفيذ العقد، خاصة بالنسبة للعقود ذات التنفيذ المستمر والمتتابع 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 والمباشر الذي يترتب على أعمال الأحكام الخاصة بشرط إعادة التفاوض، ومنه الشرط الذي ينص على أنه: "سيتم وقف تنفيذ العقد طيلة فترة إعادة التفاوض الهادفة إلى التعديل".⁴

وعلى هذا الأساس يتعين على أطراف العلاقة التعاقدية الإسراع في إنهاء عملية إعادة التفاوض، حتى يتمكن الطرفين من اتخاذ القرار المناسب وقد يلجأ إحدهما إلى طلب فسخ العقد.¹

du changement de circonstances. ACCAOUIV.P-LORIGING, La négociation des contrats internationaux, Thèse Doctorat, paris, France, 2008, p.374.

¹ FONTAINE : Les clauses de hard ship, op.cit, p. 40.

² هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص163.

³ 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 وتجدر الإشارة إلى أن إرادة الأطراف تلعب دوراً مهماً في تحديد نطاق الوقف، فقد يتفق الأطراف على أن الوقف يشمل الالتزامات الرئيسية فقط، دون أن يمتد إلى الالتزامات الفرعية، كما قد يشمل الوقف فقط الالتزامات التي تعذر 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 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 المعبر 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: "إن الأطراف ملزمون باحترام التزاماتهم، حتى ولو صار تنفيذها جديراً مرهقاً".

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

وفقا لما ورد فيه من أحكام، فطالما أن الشخص التزم بناء 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 مسبقا في العقد، وذلك تحت طائلة المسؤولية العقدية، كما أن التنفيذ المرهق للالتزام لا يؤدي إلى إنهائه أو وقفه، وإنما يجب المحافظة على الالتزامات المتقابلة التي وجدت عند إبرام العقد، رغم اختلال العقد.²

واستثناء 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 يجنب 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 و يسمح للمدين من التخلص من تنفيذ التزامات أصبحت عبئ عليه و ضارة له إلى حين الانتهاء من التفاوض.

¹ ميهوب حسين محمد العزي، المرجع السابق، ص292.

² P.ACCAUI(P)-LORIGING, Op.cit., p.377.

³ أحمد مروك، المرجع السابق، ص215.

⁴ أكرم عبد ريسان، المرجع السابق، ص224.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

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 الظرف 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 فيينا 1980، 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 مدد التنفيذ أثناء مدة معقولة مستبعدا في ذلك في نفس الوقت حق الطرف الآخر في أن يلغي أو يفسخ العقد".²

¹ محسن شفيق، المرجع السابق، ص 256.

² نص المادة السادسة والسابعة من الشرط.

كما يأخذ القانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية لاهاي 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 كلية من تنفيذ هذا الالتزام، إذا ترتب على تأجيل التنفيذ أن يختلف الالتزام كلية، بحيث يصبح الأطراف أمام التزام آخر بخلاف الالتزام المنصوص عليه في العقد".¹

ثالثا: 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 متطورة 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 هكذا حدث، وعلى الأطراف الدخول في مفاوضات لمعالجة كيفية استمرار العقد.²

أيضا قرار التحكيم الذي أصدرته غرفة التجارة ومحكمة التحكيم الصناعية في هونغ كونغ سنة 1995 قضت فيه بأن عدم دفع الأقساط عند استحقاقها يعد سببا كافيا 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 أيضا بعشرين يوما كما اعتبرت المحكمة أن الأعمال العدائية تشكل في هذه الفترة استحالة تنفيذ مؤقتة وليست 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.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

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 نظلم قائم بذاته يجد أساسه القانوني في عقود التجارة الدولية في إرادة الأطراف التي تلعب دورا مهما في تنظيم أحكامه، 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 العقد.²

حيث أن الفقه القانوني الدولي اختلف في تحديد شروط وقف تنفيذ العقد، منهم من حددها 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 وقتية، ومن الفقه من حدد أربعة شروط لوقف تنفيذ العقد تتمثل في وجود استحالة وقتية، وان 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 التطرق الى 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: الإستحالة المؤقتة

تعتبر الاستحالة المؤقتة الناتجة عن التغير في الظروف احد الأسباب الرئيسية التي يترتب عليها وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي، وهذه الاستحالة يجب أن تتصف بطابع التأقيت، كما يجب أن لا تكون الاستحالة بشكل جزئي وكلي، لأن العقد في هذه الحالة سينفسخ في الجزء الذي استحال تنفيذه، ويبقى الجزء الآخر قائماً منه.¹

لذلك يتفق اغلب الفقهاء على القول أن الاستحالة الناتجة عن التغير في الظروف المصاحبة لتنفيذ العقد يجب أن تكون مؤقتة بطبيعتها، وإن تكون قابلة للزوال في المستقبل قبل أن يصبح تنفيذ العقد غير مجد.²

حيث أن جانب من الفقه أكد أن المقصود بالتأقيت هنا، لا يمكن عد حالة المانع الذي اعترض تنفيذ العقد مؤقتاً، لمجرد انه قابل للزوال مستقبلاً، بل لابد أن ينتهي هذا المانع وينقضي قبل أن يصير التنفيذ غير مفيد أو غير مجد.³

ومثلاً لو اتفق الأطراف وحددوا موعداً معيناً لتنفيذ العقد، ولكن تأخر هذا التنفيذ بسبب تغير الظروف المؤقت، ثم أصبح هذا التنفيذ ممكناً 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 تأقيت العائق الذي يمنع المدين من اداء التزاماته التعاقدية، تكمن في ضمان استمرارية العقد، والحرص

¹ عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، المرجع السابق، ص776.

² ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص733.

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، ص778.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

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 وملاساتها بشكل نسبي.¹

ثانيا: أن لا تكون مدة تنفيذ العقد محل اعتبار

الشرط الثاني والجوهرى الواجب تحققه 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 الجوهرى وإن الأطراف عند إبرام العقد اخذوا بعين الاعتبار مدة التنفيذ حيث يترتب على تجاوزها انعدام المنفعة والجدوى من التعاقد، أو تضرر احدهم من تجاوز المدة ضررا جسيما، فإن حالة التغير في الظروف ويؤدي العائق المؤقت إلى انفساخ العقد بدلا من وقف تنفيذه، وذلك لاستحالة تحقق المنفعة المرجوة من إبرام العقد.²

يتبين 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 لتنفيذها، أما في العقود الغير محددة المدة، كما في عقد التوريد فلا توجد مدة مفقودة يمكن الحديث عن تعويضها بمدة أخرى.⁴

¹ حسين عامر، المرجع السابق، ص443.

² حسام الدين كامل الأهواني، 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

يعد وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي، نظاماً وسطياً بين تنفيذ العقد وإنهاءه، ويترتب 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، و أصبحت 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) ولأن الوقف يترتب على الاستحالة المؤقتة يتميز بالتأقيت 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 إرهاباً 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 يترتب التزامات على أطراف العلاقة الدولية تتمثل في ضرورة استئناف سريان العقد في أقل وقت ممكن (ثانياً).

أولاً: وقف الالتزامات الرئيسية

يترتب على وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي، وقف تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه بالنسبة لطرفي 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، ص 481.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

ووقف تنفيذ العقد التجاري الدولي نتيجة الحدث الغير متوقع من الطرفين والذي يترتب عليه اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، لا يصيب 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 الأصل¹.

ومعيار التفرقة بين الالتزام الجوهري والالتزام الثانوي يتمثل في طبيعة العقد وماهيته²، بالإضافة إلى إرادة الأطراف التي تحدد طبيعة الالتزام التي يرتبها العقد ومدى أهميتها وضرورة توافرها، فيما إذا كانت جوهرية أو ثانوية³، والالتزام بالوفاء كما أسلفنا الذكر يشمل طرفي العقد، فلا يقتصر على التزامات المدين التي تأثرت قدرته على تنفيذ الالتزام نتيجة الحدث، فالدائن كذلك لا يمكنه إجبار المدين على الوفاء خلال فترة الوقف⁴.

ويثور خلاف بين الفقهاء حول مسألة توقف التزام المتعاقد الآخر وما هو الأساس 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 التنفيذ⁵، ولكنه يعاب على هذا الرأي أن من شروط أعمال نظرية الدفع بعدم التنفيذ أن تكون التزامات المتعاقدين المتقابلة مستحقة الأداء.

ذهب رأي 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 وآثاره 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 ترتب بعض الالتزامات يتحملها طرفي العلاقة التعاقدية، بهدف الحفاظ على العقد وضمان إمكانية استئناف سريانه مرة أخرى بشكل طبيعي، حيث أن آثار العقد تظل قائمة أثناء فترة التوقف فهي آثار مؤجلة التنفيذ مؤقتاً، ومن بين الالتزامات التي يفرضها وقف تنفيذ العقد هي الالتزام بالحفاظ على العقد، والالتزام ببذل العناية اللازمة لإزالة سبب الوقف.¹

(أ) الالتزام بالحفاظ على العقد:

يمثل الالتزام بالحفاظ على العقد من أهم الآثار المترتبة على وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي، ومن ثم فالحفاظ 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 ان مبدأ حسن النية يفرض على أطراف العقد الموقوف، الالتزام بالمحافظ عليه و العمل على اتخاذ جملة من الإجراءات التي تهدف إلى حماية العقد واستمرار تنفيذه بعد زوال فترة الوقف، فإذا أخذ احد طرفي العقد وقف التنفيذ ذريعة للإضرار بالطرف الآخر والتخلص من الرابطة العقدية، فإن هذا السلوك يشكل إخلالاً بالعقد يستوجب التعويض.³

ومثل ذلك فإن المتعاقد ملزم بالحفاظ على الشيء محل العقد من التلف أو الهلاك، ففي عقد البيع يكون البائع ملتزماً بالحفاظ على البضاعة، وفي عقد نقل التكنولوجيا يكون المورد

¹ أحمد مروت، المرجع السابق، ص 217.

² حسام الدين كامل الأهوازي، المرجع السابق، ص 389.

³ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 388.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

ملتزما بالحفاظ على التكنولوجيا التي لم تسلم بعد، والقيام بالإصلاحات الضرورية لها إن لزم الأمر حتى لا تفقد قيمتها.¹

ويتأرجح التزام طرفي العقد الموقوف بالحفاظ عليه من خلال القيام بعمل ايجابي، يتمثل في الالتزام بعمل معين كالذي تمت الإشارة إليه أعلاه، أو يتخذ صورة موقف سلبي قوامه امتناع المتعاقدين عن القيام بأي 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 اللازمة التي تمكنهم 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 غنام، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 343.

² أسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط اعادة التفاوض، مقال منشور في مجلة المحقق العربي، جامعة بابل، العراق، سنة 2011، ص 127.

³ محمود نديم الخضر، المرجع السابق، ص 352.

⁴ أسيل باقر، المرجع السابق، ص 127.

⁵ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص 780.

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 تعترض سير العقد.

كما أن عودة استئناف تنفيذ العقد فيه مصلحة لطرفي العقد التجاري الدولي، وبقاءه متوقفا 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 تمتد مدته إلى مدة مساوية لفترة الوقف، كما ينقضي إذا أصبح التنفيذ غير مجد في المدة المتبقية للتنفيذ.

أولاً: انقضاء الوقف بانتهاء مدته

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 اذا كان محدد المدة، فالحالة الأولى التي يكون فيها العقد محدد المدة، فإن مدة توقف العقد يترتب 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، ص219.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

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 يتفقون على شروط تتأقلم مع الظرف أو الحدث الذي اخل 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 قبل،² ويسري على العقد القانون الذي ابرم في ظله.

وتستثنى من ذلك حالة اتفاق الأطراف على خلاف ذلك، فقد يتفق الطرفان على إجراء بعض التعديلات الجوهرية على مقدار الالتزامات التعاقدية أثناء عملية إعادة التفاوض، وهذا لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد الذي اخل نتيجة التغير في الظروف المحيطة بتنفيذه.

ثانيا: 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 جديد،³ ويعتبر الفقه القانوني أن استئناف سريان العقد بعد زوال سبب الوقف حقا وواجبا لجميع الأطراف

¹ حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص389.

² MOUSSERON (J.M), Op. cit, p.230.

³ أسيل باقر، المرجع السابق، ص128.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

المتعاقدة في الوقت ذاته، ومن ثم تجوز لأي منهم المطالبة باستئناف سريان العقد متى صار ذلك ممكناً، وفي حالة تأخر أحد الأطراف في القيام بذلك، يعد خطأ عقدياً، يجيز مطالبته بالتعويض عن الأضرار التي قد تصيب الطرف الثاني استناداً لقيام المسؤولية العقدية.¹

كما تلعب إرادة الأطراف دوراً في إنها الوقف قبل انتهاء مدته، استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة المعمول به في مجال التجارة الدولية، فهي التي أقرت وقف التنفيذ، فهي تضطلع بالمهمة ذاتها في إنهاء الوقف.

ثالثاً: انتهاء الوقف في حالة عدم الجدوى من تنفيذه خلال المدة المتبقية

قد يتفق المتعاقدون في مجال التجارة الدولية على إنهاء الوقف قبل مدته، في حالة ما رأى الطرفان أن التنفيذ في المدة المتبقية غير مجد أو غير مفيد، وإن 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 مؤقتاً نتيجة الاستحالة التي تسبب فيها الحدث الغير متوقع من الطرفين، وأدى إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد، يعد الأثر المباشر لوقف تنفيذ العقد التجاري الدولي، أما الالتزامات الثانوية الغير مرتبطة بالالتزام الرئيسي فلا يتم وقفها، كما أن وقف تنفيذ العقد مؤقتاً يفرض بعض الالتزامات على طرفي العلاقة العقدية بهدف الحفاظ على العقد، والاستمرار في تنفيذه بعد زوال العائق المتسبب في تغير الظروف المحيطة بتنفيذ العقد منها كما رأينا الالتزام بالحفاظ على العقد والالتزام باستئناف سريان العقد.

¹ حسام الدين كامل الأهواني، 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 النية،¹ الذي يعتبر من أهم المبادئ التي يقوم عليها العقد، سواء في إطار قانون التجارة الدولية، أو في إطار نظرية العقد في القوانين الداخلية،² فمبدأ حسن النية يمنع طرفي العلاقة التعاقدية من أن يطلبوا إعادة التفاوض على العقد وتعديل أحكامه إلا في حالة وقوع حدث يترتب عليه اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، وإن يتسبب في إرهاب شديد لأحد المتعاقدين، ويصيبه بأضرار فادحة لا تتناسب مع المكاسب التي يتعود 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 عناية؟ هذا ما سنجيب عليه من خلال تقسيم هذا المبحث إلى

¹ مبدأ حسن النية هو حالة مجردة غير ملموسة ليست ذات معنى قانوني أو معنى اصطلاحی، راجع في ذلك: ابن منظور أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي، لسان العرب، فصل النوايا باب (نوى)، المرجع السابق، ص 114. ويعرف كذلك أنه اليقين القائم على اعتقاد غير صحيح في أن تصرفاً ما يطابق ما يتطلبه القانون فيه، فيترتب على ذلك آثار 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 أنه التزام الطرف المتعاقد بمراعاة مصالح وتوقعات الطرف المقابل بما يضمن نزاهة المعاملات القانونية وتمثيل مصالح أطراف العلاقة التعاقدية بشكل متوازن.

راجع 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 هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 243.

³ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 189.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

مطلبين الأول يتضمن القواعد التي تحكم إعادة التفاوض والمطلب الثاني يضمن نتيجة إعادة التفاوض.

المطلب الأول: القواعد التي تحكم إعادة التفاوض

تتجسد عملية إعادة التفاوض في مراجعة العقد أو احد 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 فيها تستلزم مبادرة الطرف المتضرر بإخطار بقية الأطراف الأخرى عن الحدث الذي ترتب عليه اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، وأنه أصبح مرهقاً له إرهاباً يتجاوز الحد المألوف، فعلى الطرف المتضرر اتخاذ إجراءات شكلية معينة لإخطار 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 تتسم اقتراحات الأطراف بالموضوعية والعدالة والمنطق.²

والمسائل 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 يتخذه الرد على الطرف الآخر؟

وللإجابة على ذلك نستعرض حالة قبول إعادة التفاوض (الفرع الأول) ثم نتطرق إلى المعايير التي يتم على أساسها إعادة التفاوض (الفرع الثاني).

¹ يقصد بمبدأ سلطان الإرادة حرية الإرادة وكفايتها في إنشاء العقود وتحديد آثارها، فالإرادة هي أساس قدرة العقد على إنشاء الالتزام وأساس قوته الملزمة لعاقديه.

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 اقرب وقت ممكن من وقوع الحدث باعتباره صاحب المصلحة الأولى في مراجعة العقد، وإعلامه كذلك بالوسائل التي يمكن أن تكون علاجاً لهذه الوضعية.¹

فإذا 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 ان يتخذه القبول.²

وفي حالة رفض المتعاقد الآخر الدخول في مفاوضات فإن ذلك يعد مخالفة يستوجب معها تطبيق المسؤولية العقدية، مع التعويض خاصة إذا كان رفضه غير مبرر.³

أما إذا كان رفض المتعاقد مبرراً، ويملك الأسباب الجدية التي تمنعه من الدخول في التفاوض، ففي هذه الحالة يطرح تساؤل حول الوسيلة التي يمكن للطرف المضطر إرغام الطرف الآخر من الدخول في مفاوضات؟ وفي ظل غياب اتفاق بين الأطراف، يرجع في هذه الحالة الى القواعد العامة، عن طريق الدفع بعدم التنفيذ، الذي يتمثل في امتناع احد المتعاقدين عن عدم تنفيذ التزامه مؤقتاً، مادام المتعاقد الآخر لم ينفذ التزامه.⁴

¹ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص194.

² 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، ص134.

³ FABRE (R), Op.cit, p.91.

⁴ LA FONTAINE (M), Op.cit., p.267.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

كما يعتبر الدفع بعدم التنفيذ وسيلة تهديد يستخدمها الدائن لإجبار المدين المتقاعس على تنفيذ التزامه، كما يمثل ضمانته للدائن الذي يدفع بعدم التنفيذ إذ يوقف التزامه إلى حين تنفيذ المدين لالتزامه، مما يحميه من إفسار مدينه قبل التنفيذ.¹

أ) مدة القبول:

تعتبر مدة قبول الطرف الآخر الدخول في مفاوضات، ذات أهمية بمكان نظرا 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 والجسامة يترتب عليها أضرار ونتائج ضارة قد تصيب طرفي العقد أو أحدهما على الأقل²، وتقاديا لهذه الأضرار يتوجب على الطرف الثاني أن يجيب طلب المتعاقد 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 المتعاقد أن يوضح إجابته في مدة قصيرة..."⁴، وقد يحدد الأطراف هذه المدة بشكل ضمني.

ويتم ذلك عندما يتفق الأطراف على الالتقاء في أقرب وقت ممكن لدراسة التغيرات التي طرأت على تنفيذ العقد، بهدف الوصول إلى اتفاق جديد، ويمثل التقاء الطرفين لدراسة

¹ حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 390.

² ترتبط أهمية المدة التي يجب أن يتم خلالها قبول التفاوض بطبيعة عقود التجارة الدولية، من حيث كونها عقودا تتسم بضخامتها و أهميتها الكبيرة بالنسبة لطرفيها وكذلك للدول التي ينتمون إليها، وتنفيذا لتلك العقود يدخل الأطراف في علاقات متعددة ومتشابكة، والتأخير في قبول التفاوض يترتب عليه مجموعة من الأضرار تصيب كل المتعاملين مع المشروع الأصلي، ونظرا لأهمية تنفيذ الالتزام في المواعيد المحددة في هذه العقود، يجب أن تتم إجابة المتعاقد 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 غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 196.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

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

وحسب 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 والنقاط الصغيرة التي تحتوي عليها هذه الشروط، كما قد يتفق الأطراف إلى ترك هذه الأمور إلى القواعد العامة، وإن كان الأمر يتوجب إجابة المتعاقد 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 تلقيهم الإخطار بالتغير في الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، وبخصوص ذلك ظهر رأيان في الفقه القانوني الدولي، الأول ذهب إلى أن الشكل الأساسي الذي يتم فيه القبول يجب أن يكون مكتوباً مسجلاً بعلم الوصول.⁴

والرأي الثاني أرجع ذلك إلى طبيعة العلاقة التي تربط أطراف العقد، فإذا كان المتعاقدان مرتبطين بعلاقة وثيقة وتعامل حسن بينهم لفترة طويلة لا يشوبها أي خلاف أو توتر أو نزاع، فيكفي في هذه الحالة توجيه 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 يتخذه قبولهم الدخول في عملية التفاوض.¹

ومن جانبنا نرى انه يتعين على أطراف العقد التجاري الدولي، أن القبول يجب أن يتم بأي وسيلة حديثة، خاصة مع تطور الوسائط 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 احد 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 تعبيراً عن الإيجاب، لأن الإيجاب عرض، والعرض لا يمكن أن يتم إلا بشكل ايجابي، إلا أن ذلك السكوت يمكن أن يكون قبول على سبيل الاستثناء في بعض الحالات التي حددها 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 ينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب، و يعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب بتعامل 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 معاً، رفع الضرر عن الطرف المضروب وإعادة التوازن الاقتصادي للعقد.¹

إن غالبية الشروط التعاقدية لا تتطرق إلى تحديد معايير معينة يتم على أساسها مراجعة العقد، وحتى الأطراف من النادر جداً أن يتفقوا على معيار معين لإعادة التفاوض، ولكن الفقه القانوني طرح ثلاثة معايير، يمكن لأطراف العقد التجاري إتباعها لمراجعة العقد نتيجة تغير الظروف، هذه المعايير تتمثل في المعيار الموضوعي، والشخص ثم المعيار المختلط.

أولاً: المعيار الموضوعي

وفقاً لهذا المعيار يكمن الهدف الرئيسي من إعادة التفاوض هو إعادة التوازن الأساسي للأداءات المتعاقدين إلى الحال الذي كان قائماً وقت إبرام العقد أو إلى توازن قريب منه،² وحسب المعيار الموضوعي لا يهتم الأطراف بالموقف الشخصي لأحدهم 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، ويعول حسب هذا المعيار على العقد والأداءات التعاقدية التي يرتبها وليس الأطراف الملتزمون بتنفيذها.¹

ويقوم هذا المعيار على أسس مادية وحسابية بحتة، 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 بالموضع الذي كان موجودا وقت إبرام العقد الحالي"³

وكذلك يعتمد الأطراف على مستوى الأسعار والأثمان والتوازن الأساسي للعقد، وسعر السوق ومستوى التكاليف ونحو ذلك.⁴

ويتميز المعيار الموضوعي بالثبات في التطبيق، باعتماده على أسس وعناصر موضوعية ذات صلة بالعلاقة التعاقدية وتوازنها بعيدا عن الجوانب الشخصية، ويحقق الغاية من إعادة التفاوض المتمثلة في إيجاد معالجة للتوازن الاقتصادي للعقد، أو مقارنة لتلك التي أبرم العقد في ظلها، كما يحقق هذا المعيار المساواة بين أطراف العقد التجاري الدولي.

ومن جانبه اخذ التحكيم الدولي بالمعيار الموضوعي نجده في القرار التحكيمي الصادر في قضية Quintette في 27 ماي 1991 حيث قامت 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، ص55.

² ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص831.

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.

الفهم ... سيتفاوض الأطراف بحسن نية للوصول إلى إعادة توازن صحيح و معقول ومناسب".

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 يحققها الطرف الآخر جراء حالة التغير في الظروف واختلال 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 تقسيم النتائج الضارة بين الأطراف بالعدل والإحسان.⁴

¹ ياسر شحادة مرزوق ضبابات، المرجع السابق، ص289.

² «...afin que tout passe en parfaite loyauté réciproquent. » V FONTAINE.M, Op.cit,p.514.

³ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص821.

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 مناسبة 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 والمعياري الشخصين 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 النقائص 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 يدعو 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 اتفاقاً حول تعديل وقت التنفيذ... بطريقة تعيد الأطراف إلى وضع متوازن بالمقارنة بالوضع الذي كان موجوداً وقت إبرام العقد، وبشكل يرفع الضرر عن المدين¹.

كذلك الشرط الذي ينص على أنه: "بنفس روح حسن النية التي كانت موجودة وقت إبرام العقد الحالي... يتم تعديل العقد بطريقة تضع الأطراف في وضع متوازن بالمقارنة بالموقف الذي كان موجوداً وقت إبرام العقد الحالي وبشكل يرفع الضرر الفادح عن الأطراف"².

هذا وقد تبني دليل اليونسترال 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 هنالك 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.

يتبين 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 بالوقائع ذات الأهمية التي أعاققت 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 839.

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 سيئ النية². 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 طبقوا مبدأ حسن النية في مرحلة إعادة التفاوض، حتى ولو لم يتوصلوا إلى اتفاق مشترك بينهما، والالتزام بالتفاوض بحسن نية هنا هو التزام ببذل عناية 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 أملت 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 ان يعلم الأطراف جيدا أن التعاون بينهم هو الذي يسمح بحل كل المشكلات التي قد تواجههم، و يجد الإلتزام بالتعاون اساسه في مبدأ حسن النية الذي يحكم تنفيذ العقود الدولية"،أشار الى هذا الحكم: أحمد مروك، المرجع السابق، ص230.

حيث انم بدا حسن النية يفرض على طرفي 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 عناية و ليس تحقيق نتيجة، لكن قد يكون هناك اتفاق بين الأطراف أثناء 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، وهنا 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) ونتناول 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 حقيقية وجادة في الوصول بالمفاوضات 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 ويثير نجاح الأطراف في التوصل إلى اتفاق بتعديل العقد، الذي يترتب عنه إقرار أحكام جديدة للعقد، تساؤلا حول تكييف هذا الاتفاق، هل يعد عقدا جيدا؟ أم هو الاستمرار

¹ ميهوب حسين محمد العزي، المرجع السابق، ص335.

² أحمد مروت، المرجع السابق، ص233.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

للعقد الأصلي مع تعديل بعض أحكامه؟ وهنا 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.

وحسب أنصار هذا الاتجاه الذي يأخذ بالعبارة من نتائج التعديل، حيث يرى الأستاذ "ALMEIDA" أنه 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 التسليم أو زمان أو مكان هذا التسليم أو امتداد في مدد تنفيذ العقد فهذا لا يعد من قبيل تجديد الالتزام والأمر هنا يتعلق بالعقد الأصلي ولكن مع تعديل بعض شروطه³.

حيث يبرر أنصار هذا الرأي بقولهم أن فكرة تجديد العقد تتعارض مع فكرة شرط إعادة التفاوض التي تؤيد استمرار العقد الأصلي وحجتهم في ذلك تتمثل في:

¹هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص174.

²«Mais il faut se demander si ce consentement donne à l'origine pour des adaptations futures entraine 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.

³شريف 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 التغير يأخذ صورة التعديل.

- الهدف الأصلي من شرط إعادة التفاوض هو المحافظة على العقد الأصلي وليس هدمه.¹

وحسب 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 التغير على أنه: تصرف قانوني والذي من خلاله يتفق الأطراف خلال التنفيذ على تغير عنصر أو عدة عناصر من العقد الذي يربطهم، دون اللجوء إلى إنهاء الرابطة العقدية الرئيسية.³

كما يبرز الأستاذ REINE أهمية التغير في العقد كمفهوم قانوني بقوله: " ... أن تغيير الالتزام غير كافٍ ليرقى إلى التزام جديد، وفي المقابل لا يمكن تجاهل هذه المسألة في حالة التغير الجوهرية وتكمن الفائدة الكبيرة لمفهوم التغير في المحافظة على العلاقة العقدية الأولى، بحيث يحقق هذا المفهوم الأثر المرجو من شرط إعادة التفاوض، في غياب اتفاق يسمح بمعرفة انصراف 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 تكييف الاتفاق المترتب على عملية إعادة التفاوض، يجب أن يكون مطابقا لإرادة 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 تنفيذه.

ثانيا: الاتفاق الجديد هو تجديد للعقد 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.

وعرف كذلك بأنه: "الاتفاق على استبدال عنصر أو أكثر من عناصر التزام سابق في وجوده، استبدالا يترتب عليه انقضاء الالتزام القديم ونشوء التزام آخر جديد بدلا 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 أشرنا إليه

corresponderait des lors a l'effet escompte, par la clause de hardship puisque, à défaut de stipulation permettant de déduire la volonte des parties de nover, 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 hardship». V ALCHKAR.R, Op.cit, p.208.

راجع في ذلك: هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص177.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص954.

² رشوان حسن رشوان أحمد، المرجع السابق، ص187.

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 ضمناً 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 عنصراً مؤثراً 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، استبدالاً يترتب عليه انقضاء الالتزام القديم، ونشوء التزام جديد بدلاً عنه يسمح

¹ OPPETTIT(B), Op.cit, p.810.

² شريف محمد غنام، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص426.

³ محكمة إستئناف باريس 19ماي 1964، راجع في ذلك: شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص251.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

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، فضلا 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 تجديدا للعقد الأصلي وإنما تعديلا له، نتيجة التغير في الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، والتي حالت دون مواصلة تنفيذه، وحيث أن اجتماع الأطراف والجلوس معا لإعادة التفاوض حول ظروف تنفيذ العقد، لا يعد هذا الاتفاق عقدا جديدا، ولكنه تغييرا في أدوات التنفيذ فقط، حتى ولو مس التعديل احد العناصر الجوهرية للعقد، وتغيير أحد أطراف العلاقة العقدية لا يغير في محل العقد.

الفرع الثاني: مصير العقد في حالة فشل المفاوضات

تثير مسألة فشل مفاوضات شرط إعادة التفاوض بين الأطراف العديد من التساؤلات حول مصير العقد، ولأن هذه المسألة لا تثيرها 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.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

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 قائما ومنتجا لأثاره؟ أم يختفي وتزول أثاره؟ وللإجابة على هذا التساؤل يجب علينا التمييز بين حالة وجود اتفاق بين الأطراف يحدد مصير العقد في حالة الفشل (أولا) أو عدم وجود اتفاق بينهم (ثانيا).

أولا: 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 أصلا 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 le 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 لغرور، خنشلة، الجزائر، سنة 2018، ص410.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

الحالة يتفق الأطراف على تحديد مصير العقد، إما بفسخ العقد وانحلال الرابطة العقدية، أو اللجوء إلى الغير للاحتكام 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 المترتبة 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 الجهود المبذولة من الأطراف، فإن لأي من هؤلاء الحق في إنهاء العقد، وبنفس الآثار كما لو تعلق الأمر بقوة القاهرة طبيعية¹.

ومن خلال ما سبق التطرق إليه، فإن فسخ العقد التجاري الدولي كحل نتيجة فشل المفاوضات، يبقى خيار يتنافى ومسعى أطراف العلاقة الدولية التي تبنى 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 مستحيلان 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 الأطراف المخولون بتعديل شروط عقدهم، لكي تتماشى أحكامه والتغيرات الجديدة للظروف، فهم من ابرموا العقد وهم من يجب عليهم وحدهم تعديله².

وفي حالة عدم توصل أطراف العقد التجاري الدولي إلى اتفاق، يتمشى والتغير في الظروف المصاحبة للتنفيذ، واستنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة يلجأ أطراف العلاقة الدولية إلى الاستعانة بالغير³.

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».

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 charger soit d'aider les parties a rechercher le moyen

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

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 خبيراً EXPERT أو وسيطا MEDIATEUR أو مصلحا أو موفقا CONCILIA TEUR كما يمكن ان يكون شخصا أو مجموعة أشخاص أو هيئة معينة، يتم تخويلهم صلاحية النظر في موضوع النزاع القائم بين الطرفين، ومفهوم الغير يتصف في هذه الحالة بالمرونة، بحيث اننا نجد اختلافا في الشروط التعاقدية في تحديد معنى الغير فقد يتفق الأطراف الى اللجوء الى 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 خبيراً أو موفقا أو مصلحا، وفي حالة عدم تحديد الأطراف لصفة الغير، فقد ذهب بعض الفقه إلى الاستدلال عليه من خلال طبيعة العمل

de remédier a 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 a 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,

²سالم بن سلام بن حميد الفليتي، المرجع السابق، ص99.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

الموكل لهذا الغير، فلا يمكن أن يكون الغير خبيراً الشخص الذي يتدخل لتعديل العقد وإعادة توازنه الاقتصادي، أما الغير الذي يتدخل من أجل التوفيق بين مصالح الأطراف وتقديم المساعدة فإنه لا يكون إلا موفقاً أو مصالحاً¹.

حيث أن الممارسات التعاقدية الدولية، بينت أن الغير الذي يلجأ إليه أطراف العلاقة التعاقدية، إما أن يكون خبيراً، أو محكماً أو موفقاً وهو ما جرى عليه العرف التجاري الدولي.²

ت) الخبير:

يستطيع الأطراف تعيين الخبير مباشرة أو يلجئون إلى شخص آخر لتعيين الخبير، والخبير في اللغة هو العالم بالشيء، وهو الذي يخبر الشيء بعلمه،³ وعرفه البعض على أنه كل شخص له دراية خاصة بمسألة من المسائل التي يتطلب حلها معلومات خاصة.⁴

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 معايضة مع كتابة تقرير يقدمه إلى الجهة التي عينته خلال مدة زمنية معينة تمنح له من طرف الجهة التي عهدت له بالمهمة.

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 بينهم.⁵

¹ OPPETIT(B), Op, cit. p.809.

² LAFONTAINE (M), Op.cit. p.520.

³ ابن منظور أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي، المرجع السابق، ص361.

⁴ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص895.

⁵ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص262.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

كما قد يتفق الأطراف على تكليف الخبير بمهمة إيجاد شروط جديدة تساعد الأطراف في تقريب وجهة نظرهم، كما أن تعيين 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 الحلول التي يلجأ لها أطراف العلاقة الدولية في حالة عدم توصلهم إلى اتفاق يقضي بمعالجة مشكل تنفيذ العقد التجاري الدولي، بحيث يكون لقرار المحكم أو الهيئة التحكيم قوة إلزامية بالنسبة لأطراف العقد وتكون مهمة المحكم هي الفصل في النزاع المطروح أمام، وحيث أن التحكيم بات في الوقت الحاضر الوسيلة الأكثر انتشاراً 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، ص 340.

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 التتصيص 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، ص 486.

« 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 autre personnes. L'arbitre ou les arbitres- lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privées 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، ص 559.

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 لمراكز 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 مرن و سريع⁴، وتسمح هذه اللائحة للأطراف بأن يعينوا بأنفسهم هذا الغير، أو يعينه رئيس غرفة التجارة الدولية في حالة عدم اتفاق الأطراف على تعيينه⁵.

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 يخلوا 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 الفليتي، المرجع السابق، ص 101.

ج) الموفق:

يلعب الموفق دورا كبيرا 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 ترتبت بينهم أثناء مرحلة إعادة التفاوض و منه نجد الشرط الذي ينص بأنه: "يتفق الأطراف على أنه في حال عدم وصولهم إلى اتفاق لتجاوز الصعوبات التي تعترضهم، يمكنهم اللجوء إلى المساعي الحميدة لأحد من الغير، يختار لتخصمه 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 إنهاء العقد"¹.

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.

ثانيا: 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 بحالته السابقة على إعادة التفاوض وبنفس الشروط التي أبرم بها العقد"³.

ويرى الأستاذ OPPETIT في هذه الحالة: " أنه في حالة غياب اتفاق بين الأطراف على تعديل العقد، يجب التقرير من حيث المبدأ أن العقد يبقى ساري المفعول في جميع

¹ ميهوب حسين محمد العزي، المرجع السابق، ص339.

² ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص909.

³ROCHFELAIRE 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 عناية وليس تحقيق نتيجة، لذا في حالة غياب أي خطأ صادر من أحد المتعاقدين فإنه لا مجال للحديث عن المسؤولية العقدية، التي تتيح للطرف الآخر المطالبة بإنهاء العقد مع التعويض².

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 أنه 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 المضرور من إنهاء العقد في حالة فشل المفاوضات على أساس الخطأ التعاقدي.

وحيث أن بعض الفقه له رأي مخالف ومنهم الأستاذ ALMEIDA الذي رفض لجوء الطرف المضرور إلى التحكيم من أجل إنهاء العقد إذ يقول إن فشل عملية إعادة التفاوض لا يعطي الحق للطرف المضرور اللجوء إلى التحكيم من أجل طلب إنهاء العقد إلا إذا كان

¹ OPPETIT(B), Op.cit, p.841.

² هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص186.

³ «...il est évident que le maintien en vigueur de stipulation contractuelles inchangées malgré la souvenance du hard hip ne correspond guère à l'esprit de la clause et a l'intention des parties, si ces dernières, malgré leur volonté commune d'aboutir, n'ont pu parvenir a un accord, la survie du contrat paraît inconcevable ».

OPPETIT(B), Op, cit. p.843

⁴ ترمين محمد محمود صبح، المرجع السابق، ص557.

الباب الثاني: وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

هناك اتفاق مسبق وصريح بذلك، حيث يضيف قائلا "إن منح اللجوء إلى التحكيم يبدو أمر غير معقول بالنظر إلى الممارسة التعاقدية الحالية، حيث لا يزال الجدل قائما بدون حل، وهنا يمكن للقانون الواجب التطبيق أن يلعب دورا كبيرا في تحديد اللازمة 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 المترتبة عن عدم تنظيم مصير عقدهم 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 هني 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 اختل توازنه الاقتصادي نتيجة تغير ظروف تنفيذه، ولا يكون ذلك إلا بإدراج شرط إعادة التفاوض الذي يعتبر شرطاً خاصاً تختلف صورته باختلاف العقود والظروف.

كما يتميز هذا الشرط بالمرونة التي تساعد الأطراف في إيجاد الحلول التي تناسب التغير في الظروف التي أُلتم بتنفيذ العقد المبرم بينهم، ويسمح لهم بمراجعة العقد في جو يكتنفه التفاوض بحسن نية والتعاون في إيجاد الحلول المناسبة في أسرع وقت ممكن تفادياً لنفاقم الضرر الناتج عن التغير في الظروف.

وعليه ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع الحيوي المتجدد خلصنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات المبينة كالتالي:

أولاً: النتائج

1- تخلي الفكر التعاقدي الدولي عن المفهوم التقليدي للقوة القاهرة الذي يستمد أساسه القانوني من القوانين الداخلية، الذي يتميز بالتشدد والجمود والآثار 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 يتنافى والهدف من إبرام العقد التجاري الدولي الذي يسعى أطرافه إلى الحفاظ عليه والحفاظ على استمرار أثاره.

2- تبني فكرة شرط إعادة التفاوض كتقنية تعاقدية اتفاقية حديثة وليدة الممارسة الاقتصادية في عقود التجارة الدولية، تستمد أساسها القانوني من إرادة الأطراف التي تلعب دور بارزا في صياغته وترتيب نتائجه، يرجعون إليه لمواجهة التغير في الظروف المصاحبة لتنفيذ العقد، لذلك فهو يختلف من عقد إلى آخر، ولا يتخذ شكلا موحدا أو ثابتا في جميع العقود.

3- يتقارب شرط إعادة التفاوض والمفهوم الحديث للقوة القاهرة في شروط تحققهما والنتائج المترتبة عنهما، مما يجعل منه الآلية التي تناسب خصوصية العقود الدولية، بعيدا 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 وفقا لمتطلباتهم التعاقدية، ينسجم تماما 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 للمتعاقدین 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 يتعين 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 وتخفيف الضرر على المدين، تطبيقا 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 منهما، كذلك يتميز الشرط عن نظرية الظروف الطارئة ففي 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 عناية، 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 أغلب التشريعات الوطنية و منها التشريع الجزائري.

3- نوصي كذلك بضرورة تحديد أجال الإخطار فعلى الطرف الذي يدعي حدوث قوة القاهرة 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 الظرف.

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،

تقاديا 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 عقدا جديدا بل تعديل للعقد الأصلي نتيجة التغير في الظروف المحيطة بتنفيذه، وذلك تقاديا لانقضاء العقود الفرعية المنبثقة عن العقد الأصلي، كعقد التأمين وعقد ضمان الوفاء الملزم 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، تقاديا للعودة إلى القانون الواجب التطبيق، والذي يسمح للقاضي بامكانية تعديل العقد من اجل معالجة مشكل تغير الظروف والآثار المترتبة عن ذلك، وهو ما قد يرفضه أطراف العلاقة الدولية بسبب عدم إلمام 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

1.ق/م/ج 14

2. الامر رقم 75-85 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر عدد 101 مؤرخة في 19 ديسمبر 1975

3. القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات، ج.ر عدد 50 مؤرخة في 19 يوليو 2005

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

5. قرار المحكمة العليا الصادر في القضية رقم 77660 بتاريخ 19/05/1991، المجلة القضائية لسنة 1993 العدد الثالث. ص29

6. قرار المحكمة العليا، بتاريخ 1991.06.02، المجلة القضائية، سنة 1993، ج.2. ص38

7. قرار الغرفة التجارية الدولية في القضية رقم 2216 عام: 1974، مجلة القانون الدولي Clunet لسنة 1975، Derains، ص58

8. قرار الغرفة التجارية الدولية CCI رقم 2478 عام: 1974، مجلة القانون الدولي، Derains - Clunet 1975، ص58.

ثالثاً: معاجم وقواميس

1. ابن منظور أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي، لسان العرب المجلد الثالث، دار صادر، بيروت، لبنان، ب.س.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 التطبيق 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 المسؤولية 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 الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2017.

8. إلياس ناصيف، العقد والدولية عقد البوت B.O.T 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 بالبيع 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 الأهواني، أصول قانون التجارة الدولية، ب.د.ن، القاهرة، مصر، سنة 1993.
15. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة 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 الرحمان، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة 2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2010.

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. سميحة 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 موسى، قانون التجارة الدولية، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2008.
29. عباس زيون العبودي، 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، ص362

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.س.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 1، منشورات الداية، دمشق، سوريا، سنة 1934.
36. عبد السلام الترماتيني، 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 البدرأوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، طبعة 1979.
40. عبد المنعم البدرأوي، 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.

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 ابي بكر ابن مسعود الكساني، 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 الرحمان ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، منشورات مركز البحوث القانونية بغداد، العراق، سنة 1986.
50. فتحي عبد الرحيم، الوجيز في العقود المدنية المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، دار القلم، المنصورة، مصر، ب.س.ن.
51. فيلالي علي، النظرية العامة للعقد، "الإلتزامات"، 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 التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1995.

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، طبعة 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 الرحمان محمد، النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ب.س.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. محند 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، بيروت، لبنان، 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 المومن، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين و حدوده في عقود التجارة الدولية طويلة المدة، ب.د.ن، ب.ب.ن، ب.س.ن.
69. نزيه المهدي، الإلتزام قبل التعاقد بالدلاء بالبيانات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1990.
70. وليد علي محمد عمر، الثمن في عقد البيع الدولي للبضائع كأحد الإلتزامات الجوهرية للمشتري، المكتب الفني الإصدارات القانونية، مصر، ب.س.ن.

خامسا: المحاضرات

- محسن شفيق، اتفاقية لاهاي لعام 1964 بشأن البيع الدولي لمنقولات المادية، دراسة في قانون التجارة الدولية، محاضرات لديبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص 1972/1973.

سادسا: الأطروحات ورسائل التخرج (الدكتوراه/الماجستير)

■ باللغة العربية:

1. أحمد زكي يحي الجبوري، التنظيم القانوني لعقد تجهيز الطاقة الكهربائية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، سنة 2013.

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 تيزي 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، ص 345 و ما يليها.
6. حسب الرسول الشيخ الفزاري، 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، الإلتزام بالتسليم في القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، سنة 1979.

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 الجوهري، التحكيم وعقود التجارة الدولية طويلة الأجل، رسالة دكتوراه، جامعة رن فرنسا، سنة 1982.

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 محمد، الآثار القانونية لقد البيع الدولي للبضائع بالنسبة للبائع وفقا لأحكام اتفاقية فيينا سنة 1980 ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، سنة 2005.
27. نزمين 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، 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.

سابعاً: المجالات والمقالات

■ باللغة العربية:

1. إبراهيم درويش، نظرية الظروف الاستثنائية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة العاشرة، العدد الثالث، مصر، سنة 1966.
2. أ. محمد حمصي، شروط القوة القاهرة في العقود الدولية مجلة الحقوق، كلية الحقوق جامعة بغداد، سنة 2021، ص 220.
3. أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مجلة الأمن والقانون، العدد الأول، سنة 2003.
4. بن دريس حليلة، مأل 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 الفليتي، 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 ليبيا نموذجاً - دراسة فقهية مقارنة و سبل مواجهته و الحد منه، مجلة الفقه والقانون الدولية، العدد 90، أفريل 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.

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 بهلوان، شرط إعادة المراجعة في عقود التجارة الدولية، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد خاص، المغرب، سنة 2017.
10. نزيه محمد الصادق المهدي، 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.droitentreprise.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 marches 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" a 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 civil 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 Française, 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 GHORY, 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.ACCAUI-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.ACCAOUI- 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'amiables 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.

■ المجلات 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

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: تقسيمات الاستحالة المطلقة.....
55	المطلب الثاني:أثار القوة القاهرة على مصير عقود التجارة الدولية.....
57	الفرع الأول: الانفساخ التلقائي للعقد.....
69	الفرع الثاني: انقضاء الالتزامات المتقابلة وتحمل تبعات انقضائها.....

فهرس المحتويات

78.....	الفصل الثاني: المفهوم الحديث لمشكلة تغير الظروف
80.....	المبحث الأول: تغير الظروف في الاتفاقيات الدولية
81.....	المطلب الأول: مفهوم تغير الظروف في اتفاقية لاهاي 1964
83.....	الفرع الأول: نطاق تطبيق اتفاقية لاهاي عام 1964
85.....	الفرع الثاني: مفهوم القوة القاهرة في اتفاقية لاهاي 1964
1980.....	المطلب الثاني : تغير الظروف في اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع فيينا
91.....	
92.....	الفرع الأول: نطاق تطبيق اتفاقية فينا لسنة 1980
97.....	الفرع الثاني: مفهوم القوة القاهرة في اتفاقية فيينا 1980
108.....	المبحث الثاني: التوسع في مفهوم القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية
110.....	المطلب الأول: مظاهر التوسع للمفهوم الحديث القوة القاهرة
110.....	الفرع الأول: صيغ المفهوم الإتفاقي للقوة القاهرة "المفهوم الحديث"
117.....	الفرع الثاني: التوسع في حالة التعريف المختلط
121.....	المطلب الثاني: الأساس القانوني للمفهوم الموسع للقوة القاهرة
122.....	الفرع الأول: مبادئ التوسع في مفهوم القوة القاهرة
128.....	الفرع الثاني: الأهمية الاقتصادية لعقود التجارة الدولية
137.....	الفصل الأول: المعالجة الاتفاقية لمشكلة تغير الظروف
137.....	المبحث الأول: ماهية شرط إعادة التفاوض
139.....	المطلب الأول: مفهوم شرط إعادة التفاوض
140.....	الفرع الأول: تعريف شرط إعادة التفاوض في الفقه القانوني
144.....	الفرع الثاني: تعريف شرط إعادة التفاوض في القضاء الوطني والتحكيم التجاري الدولي
147.....	الفرع الثالث: الأساس القانوني لشرط إعادة التفاوض

فهرس المحتويات

المطلب الثاني: أهمية شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية	154
الفرع الأول: شرط إعادة التفاوض ومنازعات 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: تمييز شرط إعادة التفاوض عن نظرية القوة القاهرة	166
الفرع الأول: اختلاف المفهوم التقليدي للقوة القاهرة عن شرط إعادة التفاوض	167
الفرع الثاني: توافق المفهوم الحدث 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 أعمال القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض ...	188
المطلب الأول: الالتزام بالإخطار	189
الفرع الأول: مضمون الإلتزام بالإخطار	190
الفرع الثاني: التزام الدائن بالرد على المدين	199
المطلب الثاني: الإلتزام بتخفيف الضرر	201
الفرع الأول: الأساس القانوني للإلتزام بتخفيف الضرر	202
الفرع الثاني: الإجراءات المتبعة لتخفيف الضرر	206
الفرع الثالث: جزاء مخالفة الإلتزام بتخفيف الضرر	209
الفصل الثاني: الآثار المترتبة على أعمال 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: آثار وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي	225
لفرع 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

الملخص

تعتبر عقود التجارة الدولية الأداة الفنية الأكثر شيوعاً 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، ويتميز كذلك بطول مدتها، 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، ولمواجهة هذا التغير في الظروف المحيطة بتنفيذ العقد التجاري الدولي، فقد أوجد واقع عقود التجارة الدولية حلولاً 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.