جامعة سعيدة – الدكتور مولاي الطاهر
كلية الحقوق

أطروحة

مقدمة لنيل شهادة

دكتوراه العلوم

الشعبة : حقوق

التخصص: قانون خاص

من طرف :

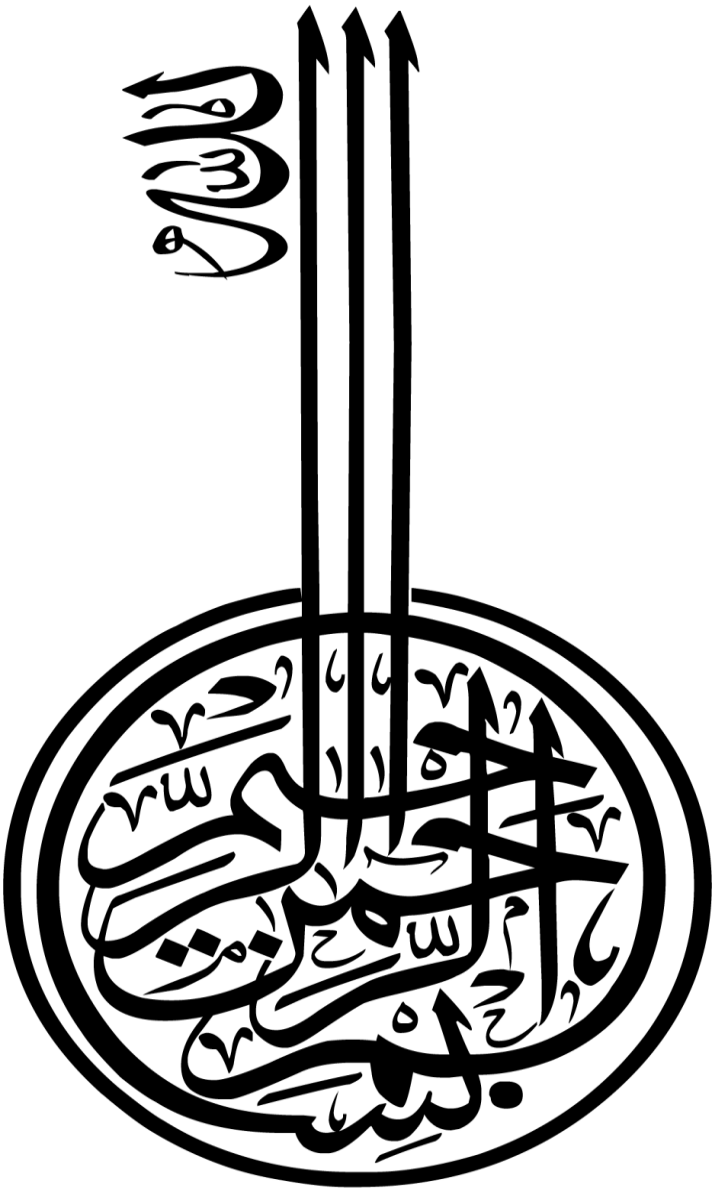
بوعيس يوسف

عنوان الأطروحة:

نظرية الظروف الطارئة في عقود التجارة الدولية

الرقم	اللقب و الإسم	الرتبة	المؤسسة	الصفة
01	هامل هواري	أستاذ محاضر أ	جامعة سعيدة - د مولاي الطاهر	رئيسا
02	بن أحمد الحاج	أستاذ	جامعة سعيدة - د مولاي الطاهر	مشرفا
03	نعيمي فوزي	أستاذ	جامعة جيلالي ليابس- سيدي بلعباس	ممتحنا
04	عياشي بوزيان	أستاذ محاضر أ	جامعة سعيدة - د مولاي الطاهر	ممتحنا
05	جباري لحسن	أستاذ محاضر أ	جامعة جيلالي ليابس- سيدي بلعباس	ممتحنا
06	بركة محمد	أستاذ محاضر أ	جامعة جيلالي ليابس- سيدي بلعباس	ممتحنا

2021/2020


بسم الله الرحمن الرحيم

عن أبي الدرداء رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول:

" من سلك طريقا يلتمس فيه علما سهل الله له طريقا إلى الجنة، وإن الملائكة لتضع أجنحتها لطالب العلم رضا بما يصنع، وإن العالم ليستغفر له من في السماوات ومن في الأرض حتى الحيتان في الماء، وفضل العالم على العابد كفضل القمر على سائر الكواكب، وإن العلماء ورثة الأنبياء، وإن الأنبياء لم يورثوا دينارا ولا درهما إنما ورثوا العلم، فمن أخذه أخذ بحظ وافر."

رواه البخاري ومسلم.

إهداء

إلى من ملكت حواسي وإحساسي، واحتوت عقلي وأفكاري، وهامت بها نفسي وأنفاسي، إلى الحب الصادق، والمربية الفاضلة، والشمس الوضاءة التي أنارت لي دروب النجاح في الحياة، إليكِ أيتها الوالدة الحبيبة.

إلى النجم الساري في سماء أفقي، إلى الغالي الذي سكن في أعماقي، إلى منبع الخير الدافق، والحنان الوافر.

إلى المربي الفاضل الذي نسج لي طريق النجاح في حياتي ، إليك أيها الوالد الحبيب ..

أبي أمي:

أشكركما شكرا لا حد له ، فقد ربيتماني أحسن تربية ، وأعنتماني في إكمال دراستي، واهتممتما بي في كل شؤوني، و عطرتما لي كل حياتي ، وأنرتما لي كل دروبي، فأسال الله أن يبارك في حياتكما ،وأن يعينني على بركما.....

إلى كل أفراد عائلتي الكريمة، أخوتي وأختي، لكم جميعا شكرا على كل شيء.

إلى كل من رافقني في مشواري الدراسي أصدقائي من جامعات سعيدة، البيض، وهران، تلمسان لكم جميعا شكرا.

إليكما، رفيقة الدرب، زوجتي الغالية، بنيتي الحبيبة...

كلمة شكر

بمناسبة إنجاز هذا العمل المتواضع، و الذي كل ما نرجوه منه أن يكون خير مرجع لطلبتنا و أن يجدوا فيه غايتهم و دليلهم العلمي و القانوني الذي يبحثون عنه، لا يسعنا ولا يفوتنا في هاته اللحظة إلا أن نتقدم بخالص امتناننا و شكرنا الجزيل لأستاذنا المحترم "بن أحمد الحاج " الذي كان لنا نعم الموجه، و لم يبخل علينا بأي معلومة أو نصيحة يسرت مهمتنا و أثرت موضوعنا بما سعينا إليه.

كما أشكر جميع الاساتذة بكل من كليات الحقوق لجامعات سعيدة، البيض، وهران وتلمسان.

كما لا يسعني إلا أن أشكر أساتذة أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم وتفضلهم بمناقشة هذه الأطروحة، فلكم مني أسمى عبارات التقدير والاحترام.

فشكرا...

قائمة المختصرات

أولا/ باللغة العربية :

أونسيترال: لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

ج: جزء.

ج ر ع: جريدة رسمية عدد.

د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية.

ع : عدد.

ص: الصفحـــة .

ط: طبعة.

ق.إ.ج.ج : قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق.ت.ج: القانون التجاري الجزائري.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي.

كنودسي: لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

م: المـــادة.

م.ق: مجلة قضائية.

يونيدروا: المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص

ثانيا/ باللغة الأجنبية :

Al : Alinéa.

A.J: Actualité juridique.

Art: Article.

BDE : 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.

CVIM : Convention des Nations Unies sur les contrats de vente Internationale de marchandises (Vienne,1980).

CNUDCI : Commission des Nations Unies de Droit Commercial International.

D: Dalloz

D.P.C.I : Revue droit et pratique de commerce international

International trade law and practice

Dr.prat.com.int : Revue Droit et pratique du commerce international

Ed: Edition

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

N°: Numéro

Obs: Observation

O.C.D.E: Organisation de coopération et de développement économiques

Op.cit: Ouvrage déjà cité

OHADA: Organisation pour l'harmonisation en Afrique de droit des affaires

OMC : Organisation Mondiale du Commerce.

P: Page

P. U. F : Presse universitaire de France

RDC: Revue des contrats

R.D: Recueil dalloz

R.D.A.I : Revue de droit des affaires internationales

International business law journal

RASJP: revue Algérienne de sciences juridiques et politiques

Rev.arb: Revue d'arbitrage

R.T.D.CIV: Revue trimestrielle de droit civil

R.T.D.com: revue trimestrielle de droit commercial

R.I.D.C : Revue internationale de droit comparé

Rev.Dr.Unif : revue de droit uniforme

Rep.civ : répertoire de droit civil

Rec. Arb.sen: recueil des sentences arbitrales

S: Suivant

SDE: la semaine de la doctrine d'étude

S.J: Semaine juridique

T: Tome

UNCITRAL : United Nations Commission on International Trade Law

: أونسيترال / cnudci /لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

UNIDROIT : **I**nstitut international pour l'unification du droit privé

: المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص

V: voir

Vol: Volume

مقدمـــــــــــــة:

تعتبر عقود التجارة الدولية من أكثر وأهم الوسائل شيوعا في مجال تبادل السلع والخدمات عبر الحدود، إن لم تكن هي الأهم على الإطلاق، وهي من العقود غير المسماة حيث لم تتناولها النظم القانونية بالتنظيم رغم أهميتها، فلطالما كان العقد من أبرز صور التصرف القانوني، إذ يشكل إضافة للاتفاقيات الدولية والعقود النموذجية والأعراف التجارية ما يسمى بقانون التجارة الدولي.

وتتجلى أهمية هذه العقود في النقاط القانونية التي تثيرها، خصوصا وأن معيار الدولية يختلف من دولة لأخرى، لذلك تسعى الاتفاقيات الدولية في كل مرة إلى تحديد المقصود بدولية العلاقة التي تحكمها هذه العقود التجارية، فإذا كان تأثير القانون الوطني يقتصر على إقليم الدولة التي تصدره فإن أثر عقود التجارة الدولية يمتد لأكثر من دولة.

ورغم تباين أحكام القانون التجاري الوطني بين مختلف الدول، إلا أن الانتشار الواسع للتجارة الدولية وترابط الأسواق وتأثير المنظمات التجارية الدولية الفاعلة في المجال خاصة بعد ظهور منظمة التجارة الدولية **OMC** جعل من قواعد قانون التجارة الدولية تتشابه لدرجة كبيرة وتكاد تكون واحدة بين مختلف الأنظمة، ورغم محاولة بعض الدول التمسك في إخضاع النظام الاقتصادي إلى إرادة المشرع، فإن المنظمات الدولية وعبر الأعراف التجارية الدولية تسعى جاهدة إلى جعل مبدأ سلطان الإرادة هو الفيصل الوحيد والأساسي.

ولا يعد هاجس توحيد أحكام عقود التجارة الدولية بين مختلف الأنظمة الإشكال الوحيد الذي تطرحه هذه العقود، فطبيعة عقود التجارة الدولية المرتبطة بصفة كبيرة بالتقلبات الاقتصادية والسياسية نظرا لطول الفترة الممتدة بين لحظة الإبرام وفترة التنفيذ، جعل من ضرورة وضع نظام قانوني خاص بعقود التجارة الدولية يسمح بتلافي أثر الظروف الطارئة التي قد تظهر بين فترتي الإبرام والتنفيذ أمرا لا مناص منه، إذ كلما ابتعدنا عن لحظة إبرام العقد زادت نسبة إمكانية ظهور ظروف طارئة تخل بتوازن العقد والأداءات المتقابلة، ما دفع بالمنظمات الدولية الفاعلة في المجال الاقتصادي بصفة عامة و مجال عقود التجارة الدولية بصفة خاصة إلى محاولة تنظيم هذه الحالات.

وكان الهدف من استعمال وصف العقود التجارية الدولية والتركيز عليها بهذه الصيغة، عوض استعمال مصطلح المبادلات الاقتصادية الدولية أو مصطلح آخر هو من جهة استبعاد بعض العقود كعقود الاستهلاك الشخصي و عقود العمل الدولية أو العقود التي ترد على العقارات، ومن جهة أخرى فإن عقود التجارة الدولية اهتمت بالعديد من المجالات بغض النظر عن كونها تجارية أو مدنية، حيث دأب المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص وكذا لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على اعتماد المفهوم الموسع للصفة التجارية للعقود محل دراستنا هذه، حيث تشمل العقود التجارية الدولية بالإضافة إلى المبادلات التجارية التقليدية أيضا عقود الخبرة الهندسية، وعقود نقل المعرفة وغيرها من العقود التي لا تكتسي الصبغة التجارية البحتة دائما خاصة على الصعيد الداخلي لبعض الدول.[1]

وقد حاولت العديد من الدول إيجاد قوانين موحدة من خلال المؤتمرات الدولية التي تنعقد بشكل دوري ومكثف منذ بداية القرن العشرين، فمنذ ذلك الوقت حاولت الدول المتقاربة في تشريعاتها الداخلية إيجاد قانون تجاري دولي موحد، إذ حاولت بعض الدول الغربية فرض نظام تشريعي دولي متقارب في المجال التجاري، وبالمقابل حاولت الدول الشيوعية آنذاك بسط فكرها في ذات المجال أيضا، بالإضافة إلى الدول النامية، لتقوم هيئة الأمم المتحدة بمحاولة تنظيم مجال التجارة الدولية، حيث أصدر المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة، بناء على مقترح أمريكي، توصية بعقد مؤتمر دولي للتجارة والتوظيف، في لندن، عام 1946، وقد عقد المؤتمر فعلاً، واستكملت أعماله في جنيف عام 1947، ثم اختتمها في هافانا Havana عاصمة كوبا في عام 1948. وقد صدر عن اجتماعه الأخير وثيقة تعرف باسم "ميثـاق هافانـا" " Havana Charter" أو ميثاق التجارة الدولية، الذي وقعته 53 دولة.

ويمكن ذكر العديد من الاتفاقيات التي حاولت هي الأخرى نهج ميدان التوحيد:

- الاتفاقية الموقعة سنة **1955** لتحديد القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات.
- اتفاقية لاهاي لعام **1958** الخاصة باختيار المحكمة المختصة في النزاعات الناشئة عن عقود البيع الدولية للبضائع.

[1] **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1995، ص 13.

- اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع التي وحدت القواعد القانونية الخاصة بتكوين عقود البيع الدولي للبضائع، والتزامات المشتري والبائع وسبل الانتصاف في حال الاخلال بالعقد.

ولقد ظهرت العديد من الهيئات التي حاولت القيام بعملية التوحيد، لعل أهمها على الإطلاق هي لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي(الأونسيسترال)، وكذا المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (اليونيدروا)، بالإضافة إلى عديد الهيئات الأخرى مثل:

- غرفة التجارة الدولية،**ICC** .
- اللجنة البحرية الدولية.
- الغرفة الإسلامية للتجارة والصناعة.

وفي سبيل توحيد القوانين ظهرت العديد من الهيئات كما سبق ذكره، وأيضا تم إيجاد بعض القواعد الرامية لتوحيد هذه القوانين الخاصة بالتجارة الدولية مثل International comercial terms أو قواعد الأنكوترمز والتي تهتم بكل ماله علاقة بشروط وقوانين التجارة الدولية.

وتهدف هذه القواعد إلى وضع وتوحيد المصطلحات التجارية الدولية من جهة وتفسيرها من جهة أخرى، بالإضافة إلى تحديدها لمختلف شروط وإجراءات كل ما يتعلق بالبيوع الدولية.[1]

ونظرا لما تمتاز به عقود التجارة الدولية، لاسيما طول الفترة الممتدة ما بين إبرام العقد التجاري الدولي ووقت تنفيذه، فإنه غالبا ما تطرأ ظروف لم تكن متوقعة أثناء إبرام العقد تجعل من تنفيذ العقد أمرا مرهقا إلى حد كبير، مما يهدد أحد الأطراف بخسارة فادحة لو استمر في تنفيذ العقد كما تم الاتفاق عليه في بداية الأمر.

لذلك حاولت بعض الاتفاقيات الدولية إيجاد السبل المناسبة قصد تعديل الالتزامات

[1] **عمر سعد الله**، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة (مصادر قانون التجارة الدولية، عقود التجارة الدولية، حل نزاعات التجارة الدولية)، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2009، ص 28.

المتقابلة للأطراف مع مراعاة احترام قدسية العقد ومبدأ سلطان الإرادة، وتفادي فسخ هذه العقود قدر الإمكان من أجل ضمان استقرار المعاملات التجارية الدولية.

واكتفت أغلب التشريعات بذكر حالات معينة ومحددة للظروف الطارئة كالحروب والوباء... بينما اهتمت بعض التشريعات الأخرى بوضع تعريفات موضوعية لنظرية الظروف الطارئة بصفة عامة كالحوادث الطبيعية (كالزلازل والفيضانات والأوبئة وما إلى ذلك من ظروف) أو الحوادث غير الطبيعية (التي تحدث بفعل الإنسان، كالحروب والانقلابات والثورات) دون حصرها لاستحالة ذلك.

باستثناء بعض التنظيمات الوطنية والداخلية القليلة –كالمشرع الفرنسي الذي لم يعترف بنظرية الظروف الطارئة إلا مؤخرا بموجب الأمر 2016-131،[1] فإن جل القوانين الوطنية اهتمت بنظرية الظروف الطارئة منذ فترة طويلة نسبيا، ونصت على ضرورة تعديل العقد قصد رفع الإرهاق الذي قد يقع على أحد الأطراف المتعاقدة، وبالعكس من ذلك فإن نظرية الظروف الطارئة في مجال عقود التجارة الدولية لم تعرف بالشكل الحالي إلا حديثا.

ولأن أغلب الاتفاقيات والمعاهدات التجارية الدولية بالغت في احترام قدسية مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" فقد قل أخذهم باعتبارات تغير الظروف.

وبناء على ذلك، تتجلى **أهمية الدراسة** في ضرورة تحديد مصير عقود التجارة الدولية في حالة ما صادف مرحلة تنفيذها ظروفا طارئة لم تكن متوقعة أثناء إبرام هذه العقود، فمن البديهي أنه يجب أن تطرأ تلك الظروف بعد إبرام العقد التجاري الدولي وليس أثناءه أو قبله.

كما أن **حدود الدراسة** اقتضت التركيز على الظروف التي تجعل من تنفيذ العقد التجاري الدولي أمرا مرهقا، وليس أمرا مستحيلا، إذ أن نظرية الظروف الطارئة عالجت المسألة التي يكون فيها تنفيذ العقد أمرا شاقا لأحد الأطراف بسبب تغير الظرو، ونظرا لتعلق الآثار التي تلحق بعقود التجارة الدولية جراء

[1] L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations consacre et pose les conditions de la révision pour imprévision (C. civ., art. 1195, tel qu'issu de l'ordonnance). Cette disposition entre en vigueur le 1er octobre 2016 ; les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne.
https://www.legifrance.gouv.fr
Consulté le 29/10/2020 a 23h21.

الظروف الطارئة بأكثر من نظام قانوني واحد، فإن حدود الدراسة امتدت للعديد من التشريعات لمختلف الدول و المنظمات الدولية التي تعنى بمجال التجارة الدولية و عبر مراحل زمنية مختلفة، و التي تتفق على نفس المبدأ، ألا وهو ضرورة تخفيف الآثار الناتجة عن تغير الظروف وإن كان ذلك تحت مسميات عدة ومختلفة (ظروف طارئة، تغير الظروف، الإرهاق، المشقة، العائق، ...).

أما إذا نتج عن الظروف التي تلحق بالعقد أن أصبح تنفيذ العقد التجاري الدولي أمرا مستحيلا، ففي هذه الحالة فإن النظرية التي تتكفل بدراسة الوضعية هي القوة القاهرة وليس الظروف الطارئة.

وتهدف هذه الدراسة إلى تبيان المقصود بنظرية الظروف الطارئة في عقود التجارة الدولية على الصعيد العالمي عامة، والمحلي بالخصوص نظرا لقلة الدراسات المحلية التقنية والدقيقة، حيث أن موضوع دراستنا هذه يوضح الظرف الطارئ الذي قد يجعل من تنفيذ العقد أمرا مرهقا، ويبين الشروط الواجب توافرها في هذا الظرف طبقا لمختلف القوانين الوطنية وكذا الاتفاقيات والمعاهدات الدولية وبعض الجهات الفاعلة في الميدان كالمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (اليونيدروا) وكذا لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال)، وحاولنا تجاوز مجرد وضع تعاريف لنظرية الظروف الطارئة بأن ميزنا بشكل دقيق بين النظرية ومختلف النظريات الشبيهة، كالقوة القاهرة ومختلف شروط تعديل العقد، لنخلص في الأخير إلى أن شرط إعادة التفاوض ما هو إلا أحد الحلول-وإن كان أهمها- الممكن الرجوع إليه من أجل التخفيف من حدة الظروف التي طرأت على العقد التجاري الدولي.

ومن **أسباب اختيارنا للموضوع،** هو من جهة ارتباطه بأكثر من نظام قانوني واحد ما يجعل الموضوع متسما بالحركية والتطور وارتباطه بكل ما هو مستجد، إضافة إلى أن البحث فيه يستدعي تحليل عدة تشريعات والتوفيق بين مختلف الآراء والنظريات، فهناك خلاف جلي بين التشريعات الدولية والوطنية حول إمكانية تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة بين رافض لذلك وبين تشريعات أخرى وضعت ميكانيزمات لذلك، فتارة تعطي القاضي إمكانية ذلك وتارة أخرى تعطي الأطراف الحق في ذلك.[1]

[1] **محمود نديم الخضر**، اختلال تنفيذ عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2017، ص 165.

ونظرا لأهمية الموضوع، تناولت العديد من **الدراسات السابقة** مسألة الظروف الطارئة في عقود التجارة الدولية، والتي حاولنا الاستناد على أبرزها، فقد تم الاعتماد على المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية التي وضعها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (اليونيدروا).[1]

فقد صدرت أول طبعة لمبادئ اليونيدروا سنة 1994، وبعد عشر سنوات صدرت الطبعة الثانية لمبادئ اليونيدروا أي سنة 2004، وبعد أقل من ست (06) سنوات، وبالضبط سنة 2010 صدرت الطبعة الثالثة لمبادئ اليونيدروا المتعلقة بعقود التجارة الدولية، لتصدر النسخة الأخيرة سنة 2016.

ومما يدل على أن اليونيدروا في حالة نشاط دائم متصل بميدان عقود التجارة الدولية، هو أنه ورغم انتشار جائحة كورونا فقد تم عقد الاجتماع الأول من الدورة 99 لمجلس الإدارة لمعهد اليونيدروا عن بعد أيام 6-27-30 أفريل 2020، ليتم التأكيد في آخر الاجتماع على عقد اجتماع حضوري يخص الدورة الثانية يومي 23-25 سبتمبر 2020.

ولأهمية الدراسة وبعدها الدولي خاصة في حالة الظروف الطارئة، فقد تم الاعتماد في مجال الدراسات السابقة أيضا على أعمال لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والتي يطلق عليها باللغة الانجليزية

United Nations Commission on International Trade Law،والمعروفة اختصارا بـــ (**UNCITRAL**)،أما باللغة الفرنسية فيطلق عليها **(CNUDCI)** اختصارا لـــ Commission des Nations Unies pour le droit commercial international .

[1] L'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) est une organisation intergouvernementale indépendante dont le siège est à la Villa Aldobrandini à Rome.
Son objet est d'étudier les besoins et les méthodes de modernisation, d'harmonisation et de coordination du droit privé et en particulier du droit commercial entre les États et les groupes d'États et de formuler des instruments, principes et règles de droit uniforme pour atteindre ces objectifs.
L'adhésion à UNIDROIT est réservée aux États adhérant au Statut d'UNIDROIT. Les 63 Etats membres d' UNIDROIT sont issus des cinq continents et représentent une variété de systèmes juridiques, économiques et politiques différents ainsi que des contextes culturels différents.
Le site officiel de L'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT).
https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview
consulté le 30-10-2020 a 17h38.

وفي مجال الدراسات الأكاديمية تم الاستناد على أعمال **الأستاذ فونتان،** حيث كان للدراسة التي أجراها سنة 1976 حول دور شروط الهارد شيب كحل للظروف الطارئة في مجال عقود التجارة الدولية الأثر الواضح في تبيان أهمية نظرية الظروف الطارئة في مجال عقود التجارة الدولية وهو موضوع دراستنا هذه.[1]

أما بخصوص الدراسات القانونية على المستوى المحلي فكانت شحيحة نوعا ما، ورغم بعض الدراسات القيمة على المستوى العربي أو الجزائري، إلا أنه تم التطرق في معظمها إلى شرط إعادة التفاوض الذي يتم إدراجه أثناء التعاقد بصفة شبه آلية في بعض العقود النموذجية قصد معالجة أي ظروف طارئة، ولم تتطرق إلى الحالة التي يتم فيها إغفال إدراج هذا الشرط، بينما دراستنا هذه ركزت أولا على تحليل الظرف الطارئ ثم آثاره على العقد التجاري الدولي وسبل تلافي آثار هذه الظروف الطارئة بشتى الطرق من بينها شرط إعادة التفاوض سواء تم إدراج هذا الشرط في العقد أم لا، كما تطرقت بعض الدراسات السابقة الأخرى إلى تأثير الظروف الطارئة على الثمن وليس على العقد برمته.

لذلك فإن **صعوبة البحث** تكمن في تداخل النظريات الشبيهة بنظرية الظروف الطارئة، لذلك وجب توضيح المقصود بالظروف الطارئة وتمييزها عن بقية المصطلحات الأخرى، خاصة لو علمنا أن الخلاف حول الظروف الطارئة كان أعقد وأعمق من بقية النظريات الشبيهة كالقوة القاهرة مثلا، فإعفاء الأطراف من التزاماتهم طرح خلافات عديدة بين الأطراف إذا كان الدافع إلى ذلك هو الظروف الطارئة وليس القوة القاهرة، **(imprévision et non force majeure).**

فخلافا للظروف الطارئة فإنه لا يطرح أي إشكال بخصوص إعفاء الأطراف المتعاقدة من التزاماتهم بسبب القوة القاهرة بين مختلف التشريعات **(la force majeure)**، حيث تتفق التشريعات كلها على إعفاء الأطراف من التزاماتهم إذا أصبح التنفيذ مستحيلا، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري حين نص في المادة 307 من القانون المدني بانقضاء الالتزام إذا كان الوفاء مستحيلا لسبب أجنبي.[2]

---

[1] **M. FONTAINE**, « les clauses de hardship » aménagements conventionnels de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme, D.P.C.I, paris , france, Mars 1976, p42.

[2] تنص المادة 307 ق.م :" ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به اصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته ".

فحتى التشريعات الأنجلوساكسونية التي غالبا ما تنادي إلى ضرورة احترام مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وقدسية العقد، نهجت نفس الأمر واعترفت بإمكانية إعفاء الأطراف من التزاماتهم بسبب القوة القاهرة تحت مسمى **"la frustration ".**

ويثير موضوع البحث **إشكاليات متعددة** حاولت الدراسة معالجتها، إذ أن مجرد التفكير في تعديل عقود التجارة الدولية من أجل رفع الإرهاق الذي يلحق بأحد أطراف العقد نتيجة الظروف الطارئة قد يخلق اصطداما مع أصحاب الفكر الكلاسيكي الذي يبالغ أصحابه في تقديس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وضرورة احترام شروط العقد في جميع الظروف، ولعل هذا الأمر هو ما جعل المشرع الفرنسي يتأخر في الاعتراف بنظرية الظروف الطارئة، إذ لم يعترف بها إلا قبل خمس سنوات تقريبا، بموجب الأمر 2016-131.

وعليه ينبغي التساؤل عما إذا كان مضمون نظرية الظروف الطارئة وآثارها طبقا للقانون الوطني يتلاءم مع مقتضيات التجارة الدولية، أم أن التدويل الموضوعي لنظامها القانوني يعد الحل الأمثل والوحيد لتحقيق تلك الملاءمة.

وانطلاقا مما سبق، فإن موضوع البحث يعالج **إشكالية** تتمثل فيما يلي: **مدى إمكانية استمرار تنفيذ عقود التجارة الدولية بنفس الشروط الواردة في العقد، رغم بروز ظروف طارئة لم تكن متوقعة أثناء إبرام العقد تجعل من تنفيذه وإن لم يكن مستحيلا أمرا مرهقا.**

وإذا لم تكن القوانين الداخلية كفيلة بمعالجة تغير الظروف التي تلحق بعقود التجارة الدولية، فما هو دور كل من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (اتفاقية فيينا)، وكذا المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية التي وضعها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (اليونيدروا) في معالجة اختلال التوازن

الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 78، مؤرخة في 30 سبتمبر1975، ص 990.

العقدي الناتج عن الظروف الطارئة، وهل يمكن اعتبار إعادة التفاوض أحد الحلول المستحدثة والفعالة في سبيل معالجة آثار تغير الظروف التي تلحق بعقود التجارة الدولية.

ستحاول هذه الدراسة الإجابة بشكل دقيق على هذا الأمر، ومن أجل ذلك تم الاعتماد على **منهج** وصفي وتحليلي، الأول بغرض وصف كامل للنظرية موضوع الدراسة، وتجميع معلومات مبدئية عنه، أما الثاني لأنه الأكثر ملاءمة لتحليل مختلف النصوص القانونية الوطنية منها والدولية التي اهتمت بدراسة نظرية الظروف الطارئة في مجال عقود التجارة الدولية، وكذا التطرق إلى كيفية معالجة مختلف النصوص القانونية المقارنة لنظرية الظروف الطارئة مما يستدعي الاعتماد على المنهج المقارن في مواضع متعددة من الدراسة.

وبالعودة إلى مختلف التشريعات المقارنة وكذا المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية و تلك الخاصة بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، نلحظ تباين واضح فيما بينها بين من اعترف بنظرية الظروف الطارئة وجعلها سببا من أسباب المطالبة بتعديل العقد قصد رفع الإرهاق، وبين من منع تعديل العقد إلا في حالة الاستحالة المطلقة في تنفيذه وهذا ما لا يتأتى إلا في حالة القوة القاهرة وليس مجرد ظرف طارئ أو استحالة نسبية، فطلب تعديل العقد و إعفاء أحد الأطراف من تنفيذ التزاماته قد يكون بسبب القوة القاهرة أو بسبب الظروف الطارئة .

وستنصب هذه الدراسة على الفرضية الأخيرة التي قد يختل فيها توازن الأداءات بين طرفي العقد التجاري الدولي لدرجة يجعل معها المواصلة في تنفيذ العقد أمر مرهقا لأحد طرفي العقد، كما أن إلزام الأطراف على مواصلة تنفيذ العقد رغم تغير الظروف أمر مناف لمبدأ حسن النية الذي نادى به المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص.[1]

[1] نصت المادة 7.1 من مبادئ اليونيدروا تحت عنوان حسن النية وأمانة التعامل على أنه:
" يلتزم كل طرف بأن يتصرف وفقا لما يقتضيه حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية.
لا يجوز للأطراف استبعاد هذا الالتزام أو تقييده".

ويقصد بحسن النية، ضرورة تصرف كل طرف بطريقة تسمح بالاستفادة من العقد المبرم بين الأطراف بالوجه الأمثل، وتقليل تأثير الظروف الطارئة على العقد حتى في حالة عدم اتفاق الأطراف على هذا الأمر أثناء إبرام العقد.

ومن أجل ذلك تم الاعتماد على خطة من بابين، يحوي كل باب على فصلين، حيث جاء **الباب الأول** تحت عنوان مضمون نظرية الظروف الطارئة، ومدى ملاءمتها لحكم عقود التجارة الدولية، أين احتوى على فصلين اثنين، خصص **الأول** منهما لدراسة التباين الواضح لموقف مختلف الأنظمة القانونية من نظرية الظروف الطارئة، بينما تم في **الفصل الثاني** تبيان حاجة عقود التجارة الدولية لإعمال نظرية الظروف الطارئة، كونها تعد مجالا خصبا لتغير الظروف.

أما **الباب الثاني** من هذه الدراسة فقد تناول نظرية الظروف الطارئة في النظام القانوني عبر الدولي، إذ تم التطرق إلى الآثار التقليدية المترتبة عن إعمال نظرية الظروف الطارئة كوقف تنفيذ العقد أو تعديله **(فصل أول)**، لنتطرق بعد ذلك في **الفصل الثاني** من الباب الثاني إلى الالتزام بإعادة التفاوض كأثر مستحدث للظروف الطارئة في مجال عقود التجارة الدولية والدور الهام لإعادة التفاوض في تلافي مختلف آثار الظروف الطارئة التي قد تلحق بعقود التجارة الدولية.

وبناء على ما تقدم، فقد جاء **هيكل البحث** على النحو التالي:

الباب الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة، ومدى ملاءمتها لحكم عقود التجارة الدولية.

- الفصل الأول: تباين موقف مختلف الأنظمة القانونية من نظرية الظروف الطارئة.
- الفصل الثاني: عقود التجارة الدولية المجال الخصب لإعمال نظرية الظروف الطارئة.

الباب الثاني: نظرية الظروف الطارئة في النظام القانوني عبر الدولي.

- الفصل الأول: الآثار التقليدية المترتبة عن إعمال نظرية الظروف الطارئة.
- الفصل الثاني: الالتزام بإعادة التفاوض كأثر مستحدث للظروف الطارئة في مجال عقود التجارة الدولية.

الـباب الأول

مضمون نظرية الظروف الطارئة، ومدى ملاءمتها لحكم عقود التجـــــــارة الدولية.

الباب الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة، ومدى ملاءمتها لحكم عقود التجارة الدولية.

لم تعرف نظرية الظروف الطارئة بالمفهوم المتفق عليه في الآونة الأخيرة إلا حديثا، ومما ساعد على تزايد الاهتمام بالنظرية هو كثرة التقلبات الاقتصادية التي مرت وتمر بها العديد من البلدان.

ورغم كون النظرية حديثة نسبيا على الأقل بالشكل المتعارف عليه في الوقت الحالي، إلا أنها قد مرت بمراحل عدة قبل أن تستقر بهذا الشكل الذي أعطى لها قوة تسمح بتغليب **"مبدأ العدالة"** على مبدأ **"العقد شريعة المتعاقدين"** الذي كان هو المبدأ السائد والسيد لدى كافة العقود[1]، ولا يزال الأمر على هذا المنوال أساسا، والاستثناء هو تطبيق النظرية كترخيص للخروج عن مبدأ **"سلطان الإرادة"**.

إن القول بحداثة نظرية الظروف الطارئة لا يعني عدم وجود جذور تاريخية لنظرية الظروف الطارئة، فالبعد التاريخي للنظرية وتطورها لدى مختلف التشريعات ساهم في وضع الأطر القانونية والفقهية المتعارف عليها حاليا.

حيث حاول الفقهاء هيكلة النظرية في العديد من الأحيان إلا أنهم لم يستقروا على مسمى واحد لها، مما أدى إلى اختلاف حول مدلولها وأساسها والشروط الواجب توافرها من أجل إعمالها.[2]

وإذا كان المشرع الجزائري قد اعترف بنظرية الظروف الطارئة منذ مدة ليست بالقصيرة، فإنه وباستقراء مواد القانون المدني الفرنسي قبل 2016، نجد أن المشرع رفض تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة ما لم يكن الظرف الطارئ يجعل من تنفيذ العقد أمرا مستحيلا استحالة مطلقة.

---

[1] **عبد السلام الترمانيني**، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية ومقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوربية وتطبيقات النظرية في تقنينات البلاد العربية، دار الفكر، سوريا،1971، ص 7.

[2] **محمد محيي الدين إبراهيم سليم**، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 9.

ورغم الرفض الواضح للمشرع الفرنسي لإمكانية تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة، فإن المحاكم الفرنسية خاصة محاكم الدرجة الأولى قد حاولت في العديد من الأحيان أن تمس بالمبدأ في محاولة منها لتعديل محتوى العقد بما يتلاءم والظروف الطارئة على العقد إلا أن محكمة النقض الفرنسية كانت لها بالمرصاد، رافضة ذلك بصورة مطلقة مسايرة لموقف المشرع الفرنسي والقوانين المدنية.

وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض بأن:

" المحاولات التي تبذلها المحاكم من أجل الأخذ بنظرية الظروف الطارئة قياسا على نظرية القوة القاهرة محاولات غير موفقة لوجود فارق جوهري بين الفكرتين، هذا الفارق هو أن الظروف الطارئة تؤدي إلى مجرد صعوبة في التنفيذ، بينما القوة القاهرة تؤدي إلى استحالة كلية".[1]

ولم يكن الموقف الإنجليزي مختلفا عن نظيره الفرنسي في بادئ الأمر إذ كان لقدسية العقد الأثر البالغ في رفض تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة مهما كان السبب إذ تمسك القضاء لفترة طويلة بمبدأ وقاعدة التنفيذ التام، من أجل تبرير موقفه الرافض رفضا مطلقا لإعمال نظرية الظروف الطارئة ثم قام بالتراجع رويدا رويدا عن ذلك.

وبدأ الموقف الإنجليزي في اللين في بادئ الأمر عندما أقر باستحالة التنفيذ المادية فقط، ثم لاحقا أخذ بالاستحالة الشخصية ليعترف في آخر المطاف بالاستحالة الاقتصادية كصورة مشابهة وأقرب ما تكون للظروف الطارئة.

أما بخصوص الموقف الألماني حول الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، فإنه وبالرغم من أن النظام الألماني ينتمي إلى نفس النظام القانوني الفرنسي (الروماني الجرماني)[2]، إلا أنه كان أقل تشددا في عدم الأخذ بنظرية

---

[1] **محمود الكيلاني**، جزاء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1988، ص 410.

[2] ينقسم التشريع الروماني الجرماني، إلى التشريع اللاتيني الذي يمثله النظام القانوني الفرنسي والتشريع الجرماني الذي يمثله النظام القانوني الألماني.
والنظام الجرماني القديم كان يضم القانون المدني البافاري، الروسي والنمساوي، أما التشريع الجرماني الحديث يقصد به القانون المدني الألماني الصادر في 1 يناير 1990.

الظروف الطارئة من نظيره الفرنسي ، فظروف الحرب العالمية الأولى جعلت المشرع والقضاء الألمانيين يرون إلى مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين " بصفة مغايرة نظرا لظروف الحرب التي جعلت من ظروف التعاقد التي تمت قبل الحرب والتنفيذ بعده أمرا شاقا، فابتدع القانون الألماني نظرية الاستحالة كنظام سابق لنظرية الظروف الطارئة ، وإن كان بطريقة موسعة حيث كان يتم الاعفاء من الالتزامات إذا كانت الاستحالة مادية أو قانونية، إذ لكم يكتفي بالاستحالة المادية.

وبعد ذلك حاول القضاء الألماني في العديد من الأحيان إعفاء المدين من التزاماته بصورة واسعة إذا كانت الاستحالة مادية بل وحتى اقتصادية، رغم أن المشرع الألماني لم يساير هذا الطرح بادئ الأمر، إذ اكتفت نصوصه على الأخذ بالاستحالة المادية دون النص على الاستحالة الاقتصادية ليتراجع عن ذلك أسوة بالجهاز القضائي.

تم التطرق في **الفصل الأول** من هذا الباب إلى التباين الواضح لموقف مختلف الأنظمة القانونية من نظرية الظروف الطارئة، مثلما هو موضح باقتضاب أعلاه.

إضافة إلى الاختلاف الجلي بين مختلف الأنظمة القانونية في الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، فإن عقود التجارة الدولية طرحت إشكالية أخرى تتمثل في مدى اعتبار هذه العقود دولية أم لا، إذ ثار نزاع حول القانون الواجب التطبيق على هكذا عقود، وقد كان للإرادة دور هام في تدويل النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، بالإضافة إلى ظهور عدة معايير لتكييف هذه العقود ، كما أن مختلف القوانين الوطنية لم تعد تساير التقلبات التي تتعرض لها عقود التجارة الدولية لذلك وجب اخضاعها لنظام قانوني مستقل عن القوانين الوطنية، وهذا ما طرح إشكال آخر حول كون النظام القانوني الذي تخضع له عقود التجارة الدولية نظام قانوني قائم بذاته أم لا، بعبارة أخرى هل تملك هذه القوانين الطبيعة الوضعية أم لا.

وهذا ما تم توضيحه بشكل دقيق في **الفصل الثاني** أين ظهر بجلاء أن عقود التجارة الدولية هي المجال الخصب لإعمال نظرية الظروف الطارئة.

وقد تم تقسيم الباب الأول، إلى فصلين حسب الآتي:

الباب الأول**:** مضمون نظرية الظروف الطارئة، ومدى ملاءمتها لحكم عقود التجارة الدولية.

- الفصل الأول: تباين موقف مختلف الأنظمة القانونية من نظرية الظروف الطارئة.
- الفصل الثاني: عقود التجارة الدولية المجال الخصب لإعمال نظرية الظروف الطارئة.

الفصل الأول

تباين موقف مختلف الأنظمة القانونية من نظرية الظروف الطارئة.

الفصل الأول: تباين موقف مختلف الأنظمة القانونية من نظرية الظروف الطارئة.

تباينت مواقف التشريعات الغربية من مسألة الظروف الطارئة والآثار الناتجة عن هذه الظروف وما يمكن أن يلحق بالعقد.

فكلما بالغت التشريعات في احترام قدسية مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" قل أخذهم باعتبارات تغير الظروف والعكس صحيح.

ولا نجد هذا التباين في حالة إعفاء الأطراف المتعاقدة من التزاماتهم إذا كانت القوة القاهرة هي الدافع إلى ذلك، حيث تتفق التشريعات كلها على إعفاء الأطراف من التزاماتهم إذا أصبح التنفيذ مستحيلا، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري حين نص في المادة 307 من القانون المدني بانقضاء الالتزام إذا كان الوفاء مستحيلا لسبب أجنبي، وحتى التشريعات الأنجلوساكسونية التي لطالما نادت بضرورة احترام مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وقدسية العقد أخذت بإمكانية إعفاء الأطراف من التزاماتهم بسبب القوة القاهرة تحت مسمى "**la frustration** ".

وبخصوص الاختلاف بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة، يشبه الفقيه الفرنسي **فوران vorin** العقد الذي يختل تنفيذه بسبب الظروف الطارئة بالإنسان المريض، حيث يقول في ذلك :

" إن من آثار الظروف الطارئة أن يصبح العقد مريضا، ولكن من المرض ما يمكن الشفاء منه، ومن المرض ما لا يجدي معه أي دواء ".[1]

فمن المعروف أنه قد سبق ظهور نظرية الظروف الطارئة نظريات أخرى لها نفس المعنى والمدلول مع اختلاف في التسمية، ضف إلى ذلك فإن تلك النظريات لم تكن مقننة بالشكل الحالي مع أن الفكرة كانت نفسها.

لذلك سنتطرق في هذا الفصل إلى نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة، و محاولة وضع تعريف واضح لها مع تبيان شروط إعمالها بالإضافة إلى تمييزها عن النظريات المشابهة لها كـــ **(مبحث**

[1] **محمود نديم الخضر**، مرجع سابق، ص 175.

أول)، ثم نوضح بالتفصيل رأي مختلف التشريعات والأنظمة القانونية حول نظرية الظروف الطارئة بين من يأخذ بها وبين من يستبعدها لعدة اعتبارات **(مبحث ثان).**

ومن أجل التفصيل بوضوح في هذا الشأن، تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

الفصل الأول**:** تباين موقف مختلف الأنظمة القانونية من نظرية الظروف الطارئة.

- المبحث الأول: نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة.
- المبحث الثاني: موقف التشريعات الأجنبية من مسألة تغير الظروف واختلال التوازن العقدي.

المبحث الأول: نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

من البديهي أن نطاق تطبيق النظرية ينحصر على العقود بصفة عامة، لكن هل هناك عقود تخضع بطبيعتها للنظرية أكثر من عقود أخرى.

نص المشرع الجزائري في المادة **3/107 ق.م** على أنه: " غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، 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".[1]

من النص يتضح أن العقود الخاضعة لنظرية الظروف الطارئة غير مقتصرة على نوع محدد، بل أن المشرع ترك المجال مفتوحا، وهذا ما فتح المجال واسعا أمام الفقه للتساؤل عن ماهية العقود التي من الممكن أن تخضع لنظرية الظروف الطارئة.

ففي نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة، سيتم التعرض إلى مفهوم نظرية الظروف الطارئة وتطورها التاريخي، بالإضافة إلى توضيح العقود الممكن خضوعها إلى نظرية الظروف الطارئة بالإضافة إلى توضيح تلك المستبعد خضوعها للظروف الطارئة **(مطلب أول).**

بعد التطرق إلى مفهوم نظرية الظروف الطارئة في المطلب الأول، سوف يتم الحديث بعدها عن عقود التجارة الدولية وخائصها، إذ سنحاول أن نوضح بالإضافة إلى المقصود بعقود التجارة لدولية، ما إذا كان من الممكن إخضاعها لنظرية الظروف الطارئة أم لا، وذلك بالحديث عن شروط إخضاع عقود التجارة الدولية لنظرية الظروف الطارئة وفق مختلف القوانين الدولية **(مطلب ثان).**

وبناء على ذلك سيتم التطرق في هذا المبحث إلى كل من:

المبحث الأول: نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

[1] الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، مرجع سابق، ص 990.

- المطلب الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة.
- المطلب الثاني: عدم اختلاف شروط اعمال نظرية الظروف الطارئة في قانون التجارة الدولية عنه في القوانين الوطنية.

المطلب الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة.

لقد كانت التشريعات العربية سباقة إلى وضع تعريف واضح للظروف الطارئة، بخلاف التشريعات الغربية التي اكتفت بالنص على بعض هذه الظروف وتعدادها، مثل الحروب والكوارث الطبيعية، الوباء،....

فلو أخذنا التشريع المصري على سبيل المثال نجده سباقا في وضع تعريف اصطلاحي وقانوني لنظرية الظروف الطارئة حين نص في المادة 147 من القانون المدني المصري على أن: " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقصه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون.

ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق على الحد المعقول. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".[1]

وقد سارت على ذات النهج العديد من التشريعات العربية مثل القانون الجزائري، أين تقابل هذه المادة في القانون المدني الجزائري المادة 107.[2]

[1] القانون رقم 131 لسنة 1948 المتعلق بإصدار القانون المدني، الصادر بقصر القبة في 09 رمضان 1367 الموافق ل 16 يوليو 1948، جريدة الوقائع المصرية، عدد 108 مكرر أ الصادر في 29 يوليو 1948.

[2] تنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنه:
"يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.
ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام.

من هذه التعريفات، نلاحظ أن المشرع نص على ضوابط واضحة لتبيان المقصود بالظروف الطارئة دون أن يكتفي بذكر تلك الظروف الطارئة كما حدث لدى أغلب التشريعات الأجنبية.

في هذا المطلب سيتم التطرق إلى تعريف نظرية الظروف الطارئة وتطورها التاريخي، ومختلف الأسس التي استندت إليها النظرية، أسس مقررة في الفقه وأخرى في القانون (**الفرع الأول**).

ليتم توضيح شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة، إذ أن هناك شروطا متعلقة بالظرف الطارئ، وأخرى متعلقة بالمتعاقد **(الفرع الثاني).**

وبخصوص مدى إمكانية خضوع عقود التجارة الدولية إلى نظرية الظروف الطارئة، تم توضيح طبيعة العقود التي من الممكن أن تدخل ضمن النظرية نظرا لطبيعتها (طول المدة مثلا)، كما تم استبعاد بعض العقود الأخرى لكونها فورية ومن غير المنطقي أن يطرأ عليها تغير في الظروف **(الفرع الثالث).**

لنختتم هذا المطلب بمحاولة التمييز بين نظرية الظروف الطارئة وبعض الأنظمة المشابهة، كالقوة القاهرة والجوائح وعقود الإذعان والغبن اللاحق بالإضافة إلى الاستغلال **(الفرع الرابع).**

وحسب ما هو موضح أعلاه، جاء هذا المطب على الاشكل الآتي:

المطلب الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة.

- الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة.
- الفرع الثاني: شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة.
- الفرع الثالث: مدى إمكانية خضوع عقود التجارة الدولية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.
- الفرع الرابع: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن الأنظمة المشابهة لها.

غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، 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".

الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة.

سنحاول أن نورد بعض التعاريف التي سيقت في هذا المجال، إذ سنتطرق في بداية الأمر إلى تعريف النظرية من الناحية اللغوية ثم من الناحية الاصطلاحية، لنعرج بعد ذلك لطبيعة وصور الظروف الطارئة، لنختتم هذا الفرع بالحديث عن التطور التاريخي للنظرية والأساس القانوني لها.

أولا: التعريف اللغوي لنظرية الظروف الطارئة.

لو أردنا تعريف معنى الظروف الطارئة من الناحية اللغوية، فيمكن تجزئتها إلى كلمتين، هما كلمة الظروف وكلمة طارئة.

أ/ الظروف:

تحمل كلمة الظروف عدة معان، منها:

- **الوعاء:** وهو كل ما يستقر غيره فيه، ومنه ظرف الزمان وظرف المكان عند النحاة.

فظرف الشيء وعاؤه، فالظرف وعاء كل شيء.[1]

- **الحال:** فيقال أيا كانت الأحوال، أو وفقا للأحوال أي حسب الظروف.

فمنه نجد:

- **ظرف مخفف:** ظرف الجريمة الذي يؤدي إلى تخفيف العقوبة عكس الظروف المشددة.

- **ظرفي الزمان والمكان:** يدلان على مكان وزمان الحدث.

- البراعة وذكاء القلب، وحسن العبارة والهيئة والحذق بالشيء.[2]

---

[1] **أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري**، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2003، ص 863.

[2] **مجد الدين الفيروز أبادي أبو طاهر محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الشيرازي**، القاموس المحيط، تحقيق مكتب التراث في مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، إشراف نعيم العرفوسي، ط 8، بيروت، لبنان، 2005، ص 46.

ب/ الطارئة:

الكلمة مشتقة من كلمة طرأ، وهو ما حدث وخرج فجأة.

ويقال طرأ على القوم، أي أتاهم من مكان بعيد فجأة.

ومن هذا المدلول يقال للغرباء الطراء، والطارئة مؤنث لفظ طارئ.[1]

ثانيا: التعريف الاصطلاحي لنظرية الظروف الطارئة.

في هذا الشأن يعرف صبحي محمصاني الظروف الطارئة بقوله:" ويقصد بهذا التعبير الحوادث غير المنتظرة التي لم تنشأ عن فعل المدين أو خطئه".[2]

كما عرفها الأستاذ حشمت أبو ستيت بأنها: "هي كل حادث عام لاحق على تكوين العقد وغير متوقع الحصول عند التعاقد، ينجم عنه اختلال بين في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال، ويصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقا شديدا ويتهدده بخسارة فادحة، تخرج عن الحد المألوف".[3]

ومما سبق نستنتج أن نظرية الظروف الطارئة هي تلك النظرية التي يتم إعمالها عندما يصبح تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية المتفق عليها وقت إبرام العقد أمرا مرهقا بسبب لا يد له فيه، فيعطي القانون للقاضي إمكانية تعديل العقد ومراعاة قواعد العدالة التي ينادي بها أصحاب ودعاة القوة الملزمة للعقود، فالعدالة هي أيضا عدم إلزام المدين بتنفيذ التزام عقدي بصورة مضاعفة.

---

[1] **مجد الدين الفيروز أبادي أبو طاهر محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الشيرازي**، مرجع سابق، ص 46.

[2] **عبد الرحمان هزرشي**، أثر العذر والجوائح على الالتزامات العقدية في الفقه الإسلامي مقارنة بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر،2006، ص ص 16-17.

[3] **أحمد حشمت أبو ستيت**، نظرية الإلتزام في القانون المدني الجديد،1954، مشار إليه لدى **رشيد محمد قباني**، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية، العدد الثاني، السعودية، 1986، ص ص 121-170.

ثالثا: طبيعة الظروف الطارئة وصورها.

كما تمت الإشارة إليه أعلاه، في تعريف الظروف الطارئة، فإن بعض التشريعات اكتفت بذكر حالات معينة ومحددة للظروف الطارئة كالحروب والوباء.... بينما اهتمت بعض التشريعات الأخرى بوضع تعريفات موضوعية لنظرية الظروف الطارئة بصفة عامة دون حصرها لاستحالة ذلك، ومنه يمكن ذكر بعض الظروف الطارئة فيما يلي:

1- حوادث طبيعية:

وهي تلك الحوادث التي تطرأ دون تدخل من الإنسان، كالزلازل والفيضانات والأوبئة وما إلى ذلك من ظروف.

2- الحوادث غير الطبيعية:

وهي تلك الحوادث التي تحدث بفعل الإنسان، كالحروب والانقلابات والثورات، وطبعا يجب أن يكون الإنسان المتدخل في هذه الحالة غير ذي طرف في العقد.

3- الإجراءات التشريعية أو الإدارية غير العادية:

ومثاله صدور قوانين غير عادية، مثل فرض ضرائب جديدة أو مصادرة بعض الثروات، وهي ظروف تقع بفعل الإنسان أيضا إلا أن لها طابع اقتصادي فيما الحوادث الأخرى المذكورة أعلاه لها طابع سياسي لكن تأثيرها أيضا غالبا ما يكون اقتصاديا.[1]

يجدر التنويه أن الظروف المذكورة أعلاه هي على سبيل المثال لا الحصر، فهناك ظروف معينة لكل زمان ومكان يمكن أن تشكل تأثيرا على تنفيذ العقود، ولا يمكن توقعها كلها، وإلا فقدت مفهوم الظرف الطارئ، كالتلوث البيئي والحروب الإلكترونية مستقبلا ....

[1] **محمد محيي الدين إبراهيم سليم**، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 147.

رابعا: التطور التاريخي لنظرية الظروف الطارئة.

من أجل توضيح مختلف التطورات التاريخية التي مرت بها نظرية الظروف الطارئة قبل أن تستقر عليها بالمفهوم المتعارف عليه حاليا، سنحاول تتبع الجذور التاريخية لها.

1- قانون حمو رابي:

لقد كان للبابليين السبق في طرح نظرية الظروف الطارئة وإن كان ذلك بصفة غير مباشرة، فقد تطرق قانون حمو رابي لإمكانية عدم الالتزام بالعقد إذا ما تغيرت الظروف الاقتصادية، فالفكرة في هذه الحالة هي نفس الفكرة التي تبنتها نظرية الظروف الطارئة دون أن تعطى لها ذات التسمية طبعا.

وقد نصت المادة 48 من قانون حمو رابي على أنه: " إذا استدان رجل وأغرقت المياه حقله أو جرف فيضان التربة أو لم يزرع قمح في الحقل بسبب نقص الماء في تلك السنة، فإنه غير ملزم بالوفاء لدائنيه، وسوف تمحى الشروط المدونة في لوحته ولا يدفع فائدة عن تلك السنة ".[1]

ويظهر جليا من نص المادة أن قانون حمو رابي جعل من تغير الظروف الطبيعية والتي تؤثر على الوفاء بالالتزامات المتبادلة سببا في تعديل الإلتزامات التعاقدية، كعدم دفع الفائدة عن السنة المعنية.

كما جاء ذات القانون بحالة أخرى تتمثل في حالة إعسار وعجز الفلاح عن سداد ديونه فإن ذمته تبرأ إذا تنازل الفلاح عن منتوج أرضة لفائدة دائنيه، حتى ولو لم تكفي لسداد جميع ديونه.[2]

---

[1] **محمود أمين**، شريعة حمو رابي، دار الوراق للنشر المحدودة، لندن، 2007، ص 24.
وقد جاء النص الحرفي للمادة 48 من قانون حمو رابي بالشكل الآتي:
" إذا كان على السيد رهن وخرب الإله آدد حقله أو دمره الفيضان أو أن الغلة لم تنبث في حقله لقلة الماء فلا يعيد الغلة إلى دائنيه في تلك السنة وله أن يجدد عقد رقيمه ولا يدفع فائضا لتلك السنة".
أدد: آلهة الصواعق والأمطار والرياح.

[2] **حسبو الفزاري**، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، مطبعة الجيزة، الإسكندرية، مصر، 1979، ص35.

2- القانون الإغريقي:

على خلاف قانون حمو رابي الذي ساير النظرية من حيث الفكرة، فإن القانون الإغريقي لم يعترف مطلقا بنظرية الظروف الطارئة، بل ذهب إلى أكثر من ذلك، إذ فرض في العديد من الأحيان على الطرف الذي أخل بالتزاماته التعاقدية دفع غرامة لصالح خزينة الدولة وإلا تعرض للإكراه البدني.[1]

ورغم أن القانون الإغريقي لم يتحدث بصفة مباشرة عن نظرية الظروف الطارئة على الأقل على شكل فكرة، إلا أن هذا لم يمنع وجود بعض الحالات البسيطة التي لا ترقى لقوة النظرية، كحق المستأجر في تخفيض قيمة الإيجار إذا تعذر عليه استغلال الأرض لسبب خارج عن إرادته كحدوث فيضانات مثلا.[2]

وعى الصعيد الدولي آنذاك، نجد بعص الحالات النادرة التي تضمنت مبادئا عامة يمكن ربطها بفكرة الظروف الطارئة كالعبارة التي وردت في وثيقة تتضمن ما يلي:

" إذا كانت الظروف الواقعية التي تم فيها عقد حلف بين المدينتين هي نفسها لم تتغير، فيجب ألا تنحرف سياستكم عن طريقها، ولكن إذا كانت الظروف قد تغيرت عن الأصل فإنه يكون من الأنسب أن تعيدوا المداولة حول المقترحات التي تواجهونها، كما لو كانت قضية ولم تحل بعد"[3]

3- القانون الروماني:

بالرغم من أن القانون الروماني كان له الحظ الوافر من الدراسات الموسعة والمعمقة مقارنة بالقوانين الأخرى السابقة له، وكان من بين ما اهتم به الباحثين في دراستهم للقانون الروماني فكرة نظرية الظروف الطارئة وبالرغم من التأثر الواضح للقانون الروماني بالقانون الإغريقي إلا أنه لم يظهر أثر جلي وواضح للنظرية في القانون الروماني.[4]

---

[1] **صوفي حسن أبو طالب**، مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1965، ص 542.
[2] **محمد محيي الدين إبراهيم سليم**، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق ص 23.
[3] **حسبو الفزاري**، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 38.
[4] **محمد عبد الرحيم عنبر**، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، مطبعة زهران، القاهرة، مصر، 1987، ص 7.

وفي هذا الشأن انقسم الفقه الى اتجاهين، اتجاه يرى أن القانون الروماني لم يعرف ما يسمى حاليا بنظرية الظروف الطارئة، إذ أن القول بتطبيق فحوى العقد لتغير الظروف كان مجرد مبادئ أخلاقية لم يسمع لها صدى في القانون الروماني، إلا أن أقوال بعض الفلاسفة أمثال شيشرون وسينيكا سمح بالاعتقاد بمعرفة الرومان للنظرية على الأقل فلسفيا.[1]

بينما يرى اتجاه آخر أن القانون الروماني قد عرف نظرية الظروف الطارئة في بعض الحالات وإن كانت نادرة كعقد الإيجار مثلا.[2]

4- القانون الكنسي:

لقد ظهر القانون الكنسي كنظام متكامل وضعته الكنيسة لحماية أتباعها من الدولة الرومانية التي حاولت محاربة الدين المسيحي.

وبعد انتشار هذا القانون اعترفت الدولة الرومانية مرغمة به، وعلى عكس القانون الرماني فإن القانون الكنسي قد عرف بجلاء نظرية الظروف الطارئة، إذ تأثر الكنسيون بالفلاسفة الرومان الذين نادوا إلى تطبيق النظرية عكس قانونيي الرومان.

فظهرت **"نظرية عدم تغير الظروف"** التي تنص على وجود شرط ضمني بعدم تغير شروط العقد حتى تمام تنفيذه طالما لم تتغير الظروف المحيطة به تغيرا جوهريا يضر بأحد المتعاقدين، وفي حالة العكس وجب فسخ العقد أو تعديله مما يحقق العدالة بين طرفي العقد.[3]

---

[1] **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2015، ص 516.

[2] **محسن عبد الحميد إبراهيم البيه**، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء 1، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 1993، ص 347.

[3] **محمد محيي الدين إبراهيم سليم**، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 29.

5- القانون الفرنسي القديم:

رغم أن القانون الفرنسي القديم كان قد تأثر في بادئ الأمر بالقوانين التي وضعتها الكنيسة كالقانون الكنسي مثلا، الذي اعترف بالنظرية وضرورة تحقيق العدالة التي ترمي إليها مختلف الديانات السماوية، إلا أن ذلك لم يستمر طويلا، خصوصا مع قيام الثورة الفرنسية سنة 1789 أين سيطرت الحرية الفردية على مختلف الأفكار، ليظهر في الأخير أهم مبدأ في هذا المجال وهو **مبدأ سلطان الإرادة** ليتفرع عنه مبدأ آخر وهو **مبدأ العقد شريعة المتعاقدين**.[1]

وبعد ذلك صدرت مجموعة نابليون[2]، والتي كرست مبدأ العقد شريعة المتعاقدين فأصبحت إرادة الافراد هي السيدة، وتم تقييد سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة لإعادة التوازن العقدي في حال تغير الظروف، أين تم استبعاد النظرية في القانون المدني الفرنسي مهما تغيرت الظروف احتراما لمبدأ سلطان الإرادة، ولم تعرف النظرية بعدها إلى غاية القرن الواحد والعشرين، وبالضبط سنة 2016.

خامسا: الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة.

لابد لكل نظرية من أساس وسند تقوم عليه، ولنظرية الظروف الطارئة كغيرها من النظريات عدة أسس تستند عليها، أسس قانونية وأخرى فقهية.

---

[1] **حسبو الفزاري**، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 83.

[2] **code napoléon قانون نابليون** ، هو قانون ينسب للإمبراطور الفرنسي نابليون بونابرت، حيث أنه في سنة 1800 أمر بجمع جميع القوانين الفرنسية التي تعنى بالمجال المدني في تقنين واحد وفصلها عن القوانين الأخرى كالقانون الجنائي والإداري، ومنح ذات القانون حريات كبيرة للفرنسيين و حقق مبادئ أساسية كمبدأ سلطان الإرادة والعقد شريعة المتعاقدين.

أ / الأسس والمبادئ المقررة في القانون.

تجد نظرية الظروف الطارئة أساسها في مختلف القوانين، وبالخصوص القانون المدني الذي يعد الشريعة

العامة للقوانين.

ورغم أن مختلف التعاقدات التي يقوم بها الأفراد لاسيما في مجال عقود التجارة الدولية تقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة، كما ستتم الإشارة إليه فيما سيأتي، إلا أنه في حالة النزاع والخلاف لابد من الاحتكام إلى المبادئ والأسس المقررة في القانون مثل مبدأ العدالة، الإثراء بلا سبب، مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق، نظرية الغبن، وما إلى ذلك من مبادئ عامة مقررة في القانون تجد نظرية الظروف الطارئة أساسها فيها بامتياز.[1]

1- مبدأ العدالة:

يعد مبدأ العدالة أهم مبدأ استمدت منه نظرية الظروف الطارئة أساس وجودها، فالعدالة تقضي بتوزيع أعباء أي تعاقد بين الأطراف، وكل ما ينتج عنه سواء كان غبنا أو غنما، ربحا أو خسارة خاصة إذا كانت الأعباء الناتجة عن التعاقد غير مألوفة في العقود الأخرى المشابهة للتصرف الذي تعاقد على أساسه الأطراف.[2]

2- مبدأ الإثراء بلا سبب:

أثارت فكرة اعتماد نظرية الظروف الطارئة على مبدأ الإثراء بلا سبب جدلا بين فريقين، فريق يرى بإمكانية أن يكون الإثراء بلا سبب فعلا أساس لإعمال النظرية، وفريق آخر يرى أن مبدأ الإثراء بلا سبب لا يمكن اعتباره سببا وأساسا لإعمال النظرية.

---

[1] **محمد سعيد عبد الرحمان**، الحكم الشرطي (دراسة لفكرة تغير الظروف في مجال الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 107.

[2] **محمد محيي الدين إبراهيم سليم**، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 75.

أ- إمكانية كون الإثراء بلا سبب أساس لإعمال نظرية الظروف الطارئة:

الجانب الذي يرى بإمكانية إعمال مبدأ الإثراء بلا سبب كأساس قانوني لنظرية الظروف الطارئة، يعتمد في رأيه على أن إفقار الذمة المالية للمدين دون سبب يذكر، أو دون حصوله على فائدة بسبب تغير الظروف التي منعته من الحصول على فائدة معينة مقابل ما سيتكبده من عناء والتزامات إذا ما تمسك الطرف الآخر بضرورة مواصلة تنفيذ العقد، هو ما يجعل إعمال نظرية الظروف الطارئة يجد أساسه في مبدأ الإثراء بلا سبب، مما يتطلب محاولة إزالة الإثراء الذي سيتحصل عليه الدائن مقابل إرهاق المدين على تنفيذ عقد دون حصوله على فائدة تذكر.

ب- عدم اعتماد الإثراء بلا سبب كأساس لإعمال نظرية الظروف الطارئة:

اعتمد الفقه الرافض لإعمال مبدأ الإثراء بلا سبب كأساس قانوني لإعمال نظرية الظروف الطارئة على سبب قانوني.

حيث أن مبدأ الإثراء بلا سبب يكون عندما يتم إثراء الذمة المالية للشخص دون أي سبب قانوني، بينما في نظرية الظروف الطارئة فإنه يستلزم وجود علاقة تعاقدية بين طرفين طرأت عليه ظروف فجائية مما جعل مواصلة تنفيذ العقد مرهقا.

وبالعودة إلى مبدأ العدالة أعلاه، يمكن إعمال نظرية الظروف الطارئة مباشرة دون الوقوع في إشكالية عدم وجود علاقة تعاقدية بين الطرفين المشترطة في مبدأ الإثراء بلا سبب، وبالتالي يمكن اعتماد النظرية طبقا لمقتضيات العدالة لا طبقا للإثراء بلا سبب.

3- مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق:

ينص هذا المبدأ على عدم جواز تعسف الدائن في استعمال حقه، حيث يفترض أن إجبار المدين من قبل الدائن على ضرورة تنفيذ الالتزام رغم الخسارة الفادحة التي سيتكبدها بسبب تغير الظروف يعد تعسفا في استعمال الحق، وهذا أمر مخالف للقوانين طبقا لذات المبدأ.[1]

ويمكن رفض كون مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق سببا في إعمال نظرية الظروف الطارئة، لكون أن التعسف في استعمال الحق يتحقق لما يقع إضرار بالغير أو كانت الفائدة التي سيستحصل عليها الدائن قليلة مقارنة بالخسارة التي ستلحق المدين، وهذا ما لا يتحقق غالبا في نظرية الظروف الطارئة أين لا يكون للدائن يدا في وقوع الضرر.حيث يكون بسبب تغير الظروف، كما أن الفائدة المرجوة من قبل الدائن تكون معتبرة غالبا حتى وإن كانت خسارة المدين المجبر على مواصلة تنفيذ العقد تكون فادحة هي الأخرى، لذا يمكن إجباره على تنفيذ العقد، وإن تم إعفاؤه من ذلك فحتما لا يكون ذلك بسبب تعسف الدائن في استعمال حقه، نظرا لعدم توافر شروط إعمال المبدأ.[2]

4- نظرية الغبن:

ينتج الغبن وفق النظرية عند عدم التوازن في التزامات المتعاقدين أثناء إنشاء العقد، إلا أن الغبن يكون وقت إبرام العقد وليس وقت تنفيذه، كما هو الشأن في نظرية الظروف الطارئة.

---

[1] **هبة محمد الديب**، أثر نظرية الظروف الطارئة على العقود المدنية، دراسة تحليلية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2012، ص 54.

[2] تنص المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري على أنه: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ، لا سيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة ".

لذلك تم تطوير نظرية الغبن لتظهر نظرية الغبن اللاحق وهي نظرية حديثة من صنع المشرع الفرنسي الذي يرى فيها تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة رغم رفضه الاعتماد على النظرية على الأقل في المجال المدني، حيث طبقها في عديد المرات في القانون الإداري.[1]

وتقوم فكرة نظرية الغبن اللاحق على أساس عدم التعادل في الالتزامات وقت إبرام العقد، وحصول حادث أو ظرف طارئ وقت تنفيذ العقد، فإذا تعرض أحد الأطراف بسبب هذا الظرف الطارئ إلى غبن فبإمكانه الدفع بنظرية الغبن اللاحق والتي يمكن اعتبارها تطبيقا غير مباشر لنظرية الظروف الطارئة حسب ما اتجه إليه الفقه الفرنسي.[2]

ب/ الأسس والمبادئ المقررة في الفقه.

بعد أن ذكرنا مختلف المبادئ القانونية التي يمكن الأخذ بها لإعمال نظرية الظروف الطارئة.

سنعرض أدناه مبدأين أساسيين يرى مجموعة من الفقهاء أنها مبادئ فقهية تنطبق على جميع الوقائع، ويمكن إعمالها كأسس لنظرية الظروف الطارئة.

1- مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية:

يقوم مبدأ حسن النية على ضرورة امتناع أي طرف من استعمال وسائل احتيالية دافعة للتعاقد، كالاستغلال أو التدليس أو الغش.

وقياسا على هذا المبدأ فيمكن اعتبار الدائن الذي يجبر المدين على تنفيذ العقد رغم كون الأمر مرهقا ويهدد صاحبه بخسارة فادحة سوء نية من قبل الدائن.

---

[1] **Philippe Malaurie et Laurent Aynes et Philippe Stoffel Munks**, les obligations,3 eme édition, défrénois, Paris, 2007, pp 38-381.

[2] **محمد محيي الدين إبراهيم سليم**، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 82.

ويرى البعض أن اعتبار الدائن الذي لم يطالب سوى بتنفيذ مضمون العقد متعسفا أمر غير مقبول وغير واقعي، رغم كون المواصلة في تنفيذ العقد أمر مرهق ويهدد المدين بخسارة فادحة، فإن هذا الأمر يعود لظروف خارجة عن إرادة الطرفين عكس ما هو مفترض في الغش والتدليس والتي يكون للدائن يد فيها.[1]

ورغم ذلك يمكن اعتبار أن مبدأ حسن النية لدى الأطراف يتطلب الحرص على مواصلة الالتزام بالعقد طالما استمر التعادل الشخصي بين الأداءات والالتزامات المتفق عليها وقت إبرام العقد، وبهذا فما على المدين إلا تنفيذ العقد إذا كان لا يهدده بخسارة فادحة وغير مألوفة، وما كان ليتعاقد لوكان الأمر غير ذلك، كما أن مطالبة الدائن للمدين بمواصلة تنفيذ التزام يهدده بخسارة فادحة ما كان ليتعاقد معها لو علم بالأمر وقت إبرام العقد يعد خرقا ومساسا بمبدأ حسن النية.

2- مبدأ التوازن في الالتزامات بين المتعاقدين:

يقوم هذا المبدأ على التوازن بين التزامات الأطراف، فإذا كانت الخسارة لا يد لأي طرف فيها، فلا يتحمل أي طرف الخسارة لوحده.

وغالبا ما يعمل القاضي على إرساء وتحقيق هذا المبدأ، حيث يقوم على إنقاص الالتزامات التي ترهق أحد الطرفين إلى الحد الذي يصبح معه تنفيذ العقد ممكنا دون إرهاق.[2]

وباستقراء هذا المذهب، نجد أنه يصلح مبدئيا أن يكون أساسا لإعمال نظرية الظروف الطارئة، إذ يقومان على نفس المبدأ من أجل تفادي فسخ العقد، والعمل بكل الوسائل على مواصلة تنفيذ العقد خاصة فيما يخص عقود التجارة الدولية.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد نهج نفس المنوال بخصوص الأساس القانوني لمبدأ نظرية الظروف الطارئة، عندما أشار إلى أن المتعاقدين لا يلتزمان بالعقد فقط، بل

---

[1] **محمد علي الدليمي، النظرية العامة للالتزام**، القسم الأول: مصادر الالتزام، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، 1998، ص 152.

[2] **محمد محيي الدين إبراهيم سليم**، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ص 120-129.

يجب عليهم الالتزام إلى جانب العقد بما يقتضي به ذلك من عرف وعدالة حسب طبيعة الالتزام، وذلك ما أشارت إليه المادة **107 ق.م** بنصها:

" ... ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام...".[1]

الفرع الثاني: شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة.

ينبغي توافر عدة شروط من أجل إعمال نظرية الظروف الطارئة، شروط يمكن تقسيمها إلى صنفين، الأولى شروط متعلقة بالظرف الطارئ نفسه، وشروط أخرى تتعلق بالمتعاقد.

أولا: الشروط المتعلقة بالظرف الطارئ.

كي يتم إعمال نظرية الظروف الطارئة يجب أن تتوافر ثلاثة شروط متعلقة بالظرف الطارئ، وتتمثل في ضرورة كون الظرف الطارئ استثنائيا يتسم بالعمومية وغير متوقع (فجائي).

1- أن يكون الظرف الطارئ استثنائيا:

الظرف الاستثنائي هو ذلك الظرف الذي ينذر وقوعه، وهو أمر خارج عن المألوف ولا يحدث إلا عن طريق الصدفة، دون أن يكون لأحد المتعاقدين يد في ذلك، كالحروب والكوارث الطبيعية، والأزمات الاقتصادية.[2]

ولكي يكون الظرف استثنائيا، فلا يجب أن يتوقعه أحد الأطراف أو يسهل توقعه أثناء إبرام العقد.

ويجدر التنويه إلى أن الظرف الطارئ لا يشترط أن يكون على شكل حادث استثنائي طبيعي كالكوارث أو عمل غير شرعي كالحروب مثلا، فقد يكون عملا قانونيا شرعي بأتم معنى الكلمة

---

[1] الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق، ص 990.

[2] **سعيد السيد علي**، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية "دراسة مقارنة"، دار الكتاب الحديث، الإسكندرية، مصر، 2007، ص ص 103-105.

إلا أنه يجعل من تنفيذ العقد مرهقا إلى حد يجعل معه مواصلة تنفيذه وإن لم يكن مستحيلا إلا أنه مرهق، مثل صدور قرار إداري أو نص تشريعي يفرض ضرائبا معينة أو يلغي امتيازات معينة أو يتضمن أعباء معينة.[1]

وقد يكون الظرف الطارئ غير استثنائي إلا أن الآثار الناتجة عنه استثنائية، ففي هذه الحالة أيضا يعد الظرف استثنائيا، فالاستثنائية قد تلحق الظرف نفسه وقد تلحق الأثر الناتج عن الظرف.

فقد يكون الظرف عاديا مثلا كموجة البرد المعتادة والمألوفة شتاء إلا أن ذات الموجة قد تصيب المحاصيل بأضرار غير متوقعة.

2- أن يكون الظرف الطارئ عاما:

لإعمال نظرية الظروف الطارئة، يشترط أن يتسم الظرف بالعمومية، أي يمس شريحة كبيرة من الأشخاص، فإذا مس الظرف الطارئ الشخص المتعاقد وحده وجعل من تنفيذ العقد أمرا مرهقا فإنه رغم ذلك لا يمكن العمل بالنظرية.

ولا يتحدد شرط العمومية بكثرة عدد الأشخاص الذين تعرضوا للظرف الطارئ، فلا يشترط مثلا أن يشمل البلد كله، إذ يكفي أن يشمل منطقة معينة أو فئة معينة كالفلاحين أو التجار مثلا.

وهناك بعض القوانين لم تأخذ بشرط العمومية إذ ارتأت أن اشتراط العمومية فيه إجحاف إذا مس الظرف الطارئ شخص المتعاقد فقط، لذلك نجد أن كل من التقنين المدني اليوناني والإيطالي لم يشترطا العمومية من أجل إعمال نظرية الظروف الطارئة إذ يؤخذ بها حتى ولو كان الظرف الطارئ فرديا يمس المتعاقد وحده.[2]

---

[1] **عبد الحكم فودة**، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف، مصر، 1999، ص 31.

[2] **خديجة فاضل**، تعديل العقد أثناء التنفيذ، رسالة شهادة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص 78.

وهذا عكس المشرع الجزائري الذي اشترط العمومية في المادة 107 من القانون المدني، عندما نص صراحة على أنه :"... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية **عامة** لم يكن في الوسع توقعها.... "[1]

3- أن يكون الظرف الطارئ فجائيا:

ويقصد بالفجائية عدم التوقع، وكي يكون الظرف طارئا، يجب ألا يكون متوقعا من قبل المتعاقدين، أو كان بالإمكان توقعه.[2]

والإشكال الذي يطرح في هذه الحالة، هو المعيار الذي يعتد به من أجل توقع الظرف الطارئ، وكيف تقاس إمكانية التوقع، حيث أن التوقع أمر نسبي، يختلف باختلاف الأشخاص، فالخبير الاقتصادي قد تكون له إمكانية توقع أزمة اقتصادية مثلا، وتوقع انهيار أسعار البترول بسبب نشوب حرب أمر ممكن التوقع من قبل خبير جيو استراتيجي، وهكذا ...

والمعيار المتفق عليه هو المعيار الموضوعي، أي لا تقاس نسبة التوقع بالنظر إلى الأطراف المتعاقدة بل تقاس حسب الظروف المحيطة بعملية التعاقد، إذ يجب ألا يكون متوقعا اثناء التعاقد.[3]

وفي نفس السياق ذهب بعض الفقه إلى طرح مغاير، حيث يعتبرون أنه حتى وإن كان الظرف متوقعا فهذا لا ينفي عنه الصيغة الاستثنائية، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها:

«..... حيث أن السوق محل العقد المبرم بين الخصمين بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي.....» [4]

---

[1] الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المتمم والمعدل، مرجع سابق، ص 990.

[2] **عبد المنعم فرج الصده**، نظرية العقود في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، لبنان، 1974، ص 484.

[3] **بولحية جميلة**، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983، ص 120.

[4] المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار صادر بتاريخ 10 أكتوبر 1993، ملف رقم 99694، (آثار العقد، تنفيذ الالتزام التعاقدي، الحادث الاستثنائي، رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول)، المجلة القضائية، العدد الأول، 1994، ص 217.

فرغم أن تسبيب قرار إغلاق سوق بيع المواشي المعني كان بسبب ظرف استثنائي عام وفجائي، إلا أن الفجائية في هذه الحالة كانت متوقعة، لأنها لم تكن المرة الأولى التي يتم فيها إغلاق سوق المواشي لذات السبب.

لذلك يرى بعض الفقه إلى عدم جدوى اشتراط الفجائية إذ أن الاستثنائية تفي بالغرض.

ثانيا: الشروط المتعلقة بالمتعاقد.

بعد ذكر الشروط الواجب توافرها والمحيطة بالظرف الطارئ، هناك ظروف أخرى متعلقة ليس بالظرف الطارئ، بل بالمتعاقد نفسه.

1- الإرهاق:

تنص المادة **107 ق.م** على أنه: "...صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة..."[1]

ولم يحدد القانون مقدار الخسارة التي يتم إعمال النظرية به، فمقدار الخسارة متعلق بعدة عوامل مثل الظرف الطارئ، كما أنه يختلف من شخص لآخر، فيجب الأخذ بعين الاعتبار مصلحة الطرفين، ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول الذي يمكن معه للطرف المرهَق تحمله دون خسارة فادحة، لأن الخسارة المألوفة في التعامل لا يعتد بها.

ويجب أن تجعل الخسارة التي تلحق بالمدين تنفيذ العقد مرهقا وليس مستحيلا، إذ أنه في حالة استحالة تنفيذ العقد فنظرية القوة القاهرة هي المعنية بالتطبيق في هذه الحالة.

فالحادث الطارئ والقوة القاهرة يشتركان في كونهما غير متوقعان ولا يمكن ردهما، ويختلفان من حيث الشرط والأثر، فيفترض أن يكون تنفيذ العقد في ظل الظروف الطارئة مرهقا، ومستحيلا في ظل نظرية القوة القاهرة.

[1] الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المتمم والمعدل، مرجع سابق، ص 990.

ومن حيث الأثر فيترتب عن الظرف الطارئ رد الالتزام إلى الحد المعقول، بينما يترتب عن القوة القاهرة انقضاء الالتزام كليا.[1]

2- عدم القدرة على الدفع:

حتى وإن كان الظرف الطارئ غير متوقع ومرهقا للمدين، وجب ألا يتمكن المدين من دفع هذا الظرف، فإن أمكنه دفع الضرر رغم الظرف الطارئ ولم يفعل اعتبر مقصرا.

حيث أن استحالة نقل البضائع من قبل المدين عبر النهر بسبب حادث طارئ غير متوقع كالفيضان مثلا، لا يعتد به كظرف طارئ يرهق كاهل المدين ما دام أن له إمكانية نقل البضائع عبر السكة الحديدية مثلا، إلا إذا أُشترط النقل عبر النهر حصرا.[2]

والمعيار الخاص بالقدرة على الدفع من عدمها هو معيار موضوعي وليس ذاتي، ولقاضي الموضوع السلطة في تقدير ما إذا كان المدين قد قام بما تتطلبه الحالة من إجراءات لدفع الظرف الطارئ من أجل استمرار تنفيذ العقد.[3]

3- عدم الإرادية:

بالإضافة إلى شرط الإرهاق وعدم القدرة على الدفع وباقي الشروط من عمومية واستثنائية وعدم التوقع، يجب ألا يكون للطرف الذي يدعي وجود إرهاق في تنفيذ العقد يد في حدوث الظرف الطارئ.

فلا يمكن أبدا إعمال نظرية الظروف الطارئة إذا تسبب أحد المتعاقدين في حدوث الظرف الطارئ، سواء كان ذلك عمدا أو بسبب إهمال أو تقصير، وهذا ما اتجه إليه مجلس الدولة الفرنسي.[4]

---

[1] **وليد صلاح مرسي رمضان**، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها، دار الجامعة الجديدة، مصر 2009، ص 249.

[2] **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 92.

[3] **محمد حسين منصور**، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2002، ص 385.

[4] **عبد الحكم فودة**، مرجع سابق، ص 23.

الفرع الثالث: مدى إمكانية خضوع عقود التجارة الدولية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

إذا كان مجال نظرية الظروف الطارئة متعلق أساسا بالعقود، فإن أغلب القوانين لم تحدد طبيعة العقود الخاضعة لنظرية الظروف الطارئة وتلك التي تخرج عن مجال النظرية، إذ أن هناك عقود بطبيعتها تكون أكثر عرضة لتغير الظروف كالعقود الطويلة الأمد مثلا، وأخرى من المستبعد جدا خضوعها لنظرية الظروف الطارئة بسبب طبيعتها الفورية التي لا يتوقع معها حدوث تغير بين تاريخ إبرامها ووقت تنفيذها طالما كانت تلك الفترة غير معتبرة وغير مؤثرة.

لذلك سنحاول توضيح مدى إمكانية خضوع عقود التجارة الدولية لنظرية الظروف الطارئة، حيث سيتضح لنا أن هذه العقود هي الأكثر عرضة لتطبيق النظرية نظرا لطبيعتها التي تتطلب زمنا طويلا بين الإبرام والتنفيذ (عقود طويلة الأمد)، كما أنها الأكثر عرضة لتغير الظروف نظرا لاتصالها بأكثر من نظام قانوني واقتصادي واحد.

أولا: العقود الخاضعة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة:

سنحاول أن نبين أدناه العقود التي تخضع بطبيعتها لنظرية الظروف الطارئة، لنستبين إمكانية خضوع عقود التجارة الدولية لنظرية الظروف الطارئة من عدمه.

1- العقود الملزمة لجانبين:

العقود الملزمة لجانبين هي تلك العقود التي يصطلح عليها بالعقود التبادلية، أي تنشئ التزامات على طرفي العقد، كعقد البيع أين يلتزم البائع فيه بنقل ملكية المبيع للمشتري مقابل التزام هذا الأخير بدفع الثمن.

فهذا النوع من العقود لم يختلف الفقهاء في إمكانية خضوعها لنظرية الظروف الطارئة،[1] والعقود التجارية الدولية هي عقود ملزمة لجانبين، فهي من هذه الناحية خاضعة للنظرية.

[1] **مصطفى الجمال**، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، شرح مفصل لأحكام التقنينات العربية المستمدة من الفقه الغربي والمستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقاتها القضائية، الفتح للطباعة والنشر، ط1، الإسكندرية، مصر، 1996، ص 444.

2- العقود المحددة:

العقد المحدد هو ذلك العقد الذي يعلم فيه طرفي العقد وبشكل واضح مقدار ما سيأخذه وما سيعطيه كل طرف، كعقد البيع فيكون البائع فيه عالما بأجل الدفع ومقدار الثمن الذي سيتحصل عليه من المشتري والعكس صحيح، حيث يعلم المشتري بأوصاف المبيع بما لا يدع مجالا للشك.[1]

فالعقود المحددة، هي عقود متفق على خضوعها لنظرية الظروف الطارئة، فبما أن التزامات الأطراف المتقابلة محددة بوضوح، فإن أي اختلال في الظروف المحيطة بالعقد والتي تخل بتوازن الالتزامات يدفع بالطرف المتضرر إلى المطالبة بضرورة إعادة التوازن للعقد بالكيفية التي تم الاتفاق عليها في بداية التعاقد.

وبخصوص عقود التجارة الدولية، فقد تكون محددة أم غير ذلك، ففي الحالة الأولى فلا مجال للشك بأنه في حالة تغير الظروف بصفة فادحة جاز للأطراف الاحتكام للنظرية، بما أن التزامات الأطراف كانت محددة ومفترض فيها التعادل في الأداءات والالتزامات إلا أن الظروف الطارئة أخلت بهذا التعادل والتوازن المفترضين، وهذا عكس ما هو كائن في العقود الاحتمالية حسب ما هو موضح أدناه.

3-العقود المستمرة.

هو عقد يستلزم بطبيعته أن ينشأ بين طرفيه التزامات يستمر تنفيذها فترة من الزمن، أو أن يتكرر هذا التنفيذ عدة مرات مثل عقد الإيجار.

وباستقراء نص الفقرة الثالثة من المادة 107 ق.م نجد أن المشرع لم ينص على ضرورة أن يكون العقد من العقود المستمرة أو الدورية كي تخضع لنظرية الظروف الطارئة.

[1] **علي علي سليمان**، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 7، بن عكنون، الجزائر، 2006، ص 16.

وعلى العكس من ذلك فقد حسم المشرع الإيطالي الأمر بهذا الخصوص، حيث نص صراحة في المادة **1467** بأن العقود المقصود خضوعها للظروف الطارئة هي العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدوري أو التنفيذ المؤجل.[1]

وبما أن المشرع الجزائري لم ينص على اقتصار نطاق النظرية على العقود المستمرة فإن الفقه قد انقسم إلى ثلاث مذاهب، مذهب ضيق يقصر النظرية على العقود الزمنية أو عقود المدة فقط، ومذهب يوسع نطاق هذه العقود حتى للعقود الفورية، ومذهب وسط بين الاتجاهين يرى بإمكانية سريان النظرية على العقود الفورية إذا تراخى تنفيذها.

أ- المذهب المضيق:

يرى الأستاذ علي عرفة أن نظرية الظروف الطارئة لا تنطبق إلا على العقود المستمرة أو عقود المدة أو الدورية كعقد الإيجار.[2]

فرغم أن المشرع لم يحدد طبيعة العقود الخاضعة لتغير الظروف، إلا أن القول بتأثر العقود يستوجب حتما أن يكون من العقود التي يتحتم تأجيلها بطبيعتها، لأن الزمن ركن أساسي في تنفيذ تلك العقود كعقد الاستصناع مثلا.

وحسب أصحاب المذهب فإن العقود الفورية لا تنطبق عليها النظرية حتى ولو تأجل تنفيذها.

ب- المذهب الوسط:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة غير محصور فقط في العقود المستمرة إذ يمكن أن تسري ذات النظرية على العقود الفورية أيضا، فالضابط والمعيار هو وجود فارق زمني بين انعقاد العقد ووقت تنفيذه.

---

[1] **العربي بلحاج**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6، بن عكنون، الجزائر، 2008، ص 256.

[2] **بولحية جميلة**، مرجع سابق، ص 103.

فمتى وجد فارق زمني بين انعقاد العقد وتنفيذه كالعقود المستمرة مثل عقد الإيجار، أو العقود الدورية كعقد التوريد أو حتى العقود الفورية متى تأجل تنفيذها كعقد البيع بأجل، فإنه يمكن أن تسري عليها نظرية الظروف الطارئة.

ومن الفقه المؤيد لهذا القول نجد كل من الأستاذ سليمان مرقس، محمد عبد الجواد وعبد الحي الحجازي.[1]

وحجة أصحاب هذا الرأي أن المشرع لما لم يحدد نوعا معينا من العقود التي يمكن أن تنطبق عليها نظرية الظروف الطارئة فإن ذلك يعني إطلاق النظرية أو إمكانية تأثر جميع العقود بتغير الظروف، طالما أن الفترة الممتدة بين إبرام العقد وتنفيذه قد طرأ فيها ما يستوجب رفع الإرهاق الذي لحق بالمدين، وهذا قد يكون في العقود المستمرة والدورية كما قد يكون أيضا في العقود الفورية في حالة ما إذا تراخى تنفيذها.

ويجب التنويه أنه في العقود الفورية، إذا كان سبب تراخي التنفيذ بفعل المدين فإنه لا يمكنه الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة، فيجب أن يكون تأجيل التنفيذ بمقتضى العقد أو بسبب قهري لا يد للمدين فيه.[2]

جـ المذهب الموسع:

يرى أصحاب هذا المذهب أن العبرة بالظروف السائدة وقت تنفيذ العقد، بغض النظر عن طبيعة العقود وما إذا كانت عقودا فورية أم مؤجلة أو مستمرة.

فإذا صاحب تنفيذ العقد تغيرا فادحا في الظروف فإنه من الأولى الأخذ والعمل بنظرية الظروف الطارئة حتى ولو كان العقد فوريا مؤجل التنفيذ، بل وحتى إذا كان غير مؤجل التنفيذ، إذ يمكن أن تتغير الظروف بين عشية وضحاها فلا مانع من تفعيل النظرية.

---

[1] **محمد محيي الدين إبراهيم سليم**، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 162.

[2] **خليل أحمد حسن قدادة**، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 111.

ومن المنادين بهذا المذهب نجد مجموعة من الفقهاء أبرزهم الأستاذ عبد الرزاق السنهوري، ومن حججهم في ذلك:

- عمومية النصوص القانونية دليل على عدم خص عقود معينة بالنظرية.
- من الطبيعي أن أغلب الحالات التي تطبق عليها نظرية الظروف الطارئة هي العقود التي يمر وقت بين إبرام العقد وتنفيذه، لأنه في هذه الحالة تزيد فرص تغير الظروف، لكن هذا لا يعني أن تغير الظروف بصفة استثنائية وفجائية غير وارد الحدوث في العقود الفورية، فلا يجب أن يستبعد تطبيق النظرية بحجة أنها تسري على العقود المستمرة أو العقود الفورية المؤجلة التنفيذ لا على العقود الفورية التنفيذ.[1]

بعد استقرائنا للمذاهب الثلاثة، ورغم أن المشرع الجزائري لم يخص عقد محددا بالقول أنه هو الخاضع لنظرية الظروف الطارئة، إلا أن الرأي الراجح عمليا هو الرأي الثاني سواء بخصوص العقود بصفة عامة أو عقود التجارة الدولية موضوع الدارسة بصفة خاصة، أي العقد الذي تمر فترة بين إبرامه و تنفيذه، مهما كانت طبيعة العقد، سواء كان عقدا مستمرا أو دوريا أو كان عقدا فوريا طالما وجدت فترة غالبا ما تكون طويلة ما بين الانعقاد والتنفيذ، وإن كانت العقود التجارية الدولية هي في أغلب الأحيان عقود يتراخى تنفيذها لفترات طويلة، لذلك فواقعيا لا يطرح أي إشكال مع أصحاب الفقه الذي يرفض إعمال نظرية الظروف الطارئة في غير العقود المستمرة أو الدورية التي تمر فترة طويلة نسبيا ما بين الإبرام والتنفيذ.

ثانيا: العقود المستبعدة من الخضوع لنظرية الظروف الطارئة.

بعد التطرق أعلاه لبعض العقود التي تخضع باتفاق أغلبية الفقه لنظرية الظروف الطارئة، فإن عقود أخرى قد لا يكون فيها إجماع على خضوعها لنظرية الظروف الطارئة بل ويتم استبعادها حسب البعض، نظرا لطبيعتها التي قد لا تتلاءم مع شروط إعمال النظرية، ومن هذه العقود:

[1] **رشوان حسن رشوان**، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة، عرض لفكرة ملاءمة العقد للظروف الاقتصادية، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، مصر، 1994، ص 410.

1- العقود الفورية:

العقد الفوري هو العقد الذي ينشئ التزامات قابلة للتنفيذ دفعة واحدة، ولا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه، ويظل العقد فوريا حتى ولو تم تأجيل التزامات أحد الطرفين إلى أجل مستقبلي، فالبيع بثمن مؤجل هو عقد فوري، ذلك أن الزمن لا يتدخل في تحديد مقدار الثمن، وإنما يحدد فقط موعد تنفيذه، ويظل كذلك حتى ولو قسط المقابل على أقساط.

وباستقراء المادة **107 ق.م.ج** نجد أن المشرع الجزائري وبخلاف المشرع الإيطالي لم يستثني العقود الفورية من الخضوع لنظرية الظروف الطارئة، الذي نص صراحة في المادة **1467** بأن العقود الخاضعة لنظرية الظروف الطارئة هي العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدوري أو التنفيذ المؤجل.[1]

وبما أن المشرع الجزائري لم يحدد نوعا معينا من العقود الخاضعة للنظرية، يمكن القول أن أي عقد سواء كان فوريا أو مؤجل التنفيذ يخضع للنظرية طالما طرأت عليه ظروف غير متوقعة بين فترة انعقاده وفترة تنفيذه، وإن كان هذا الإشكال غير وارد في عقود التجارة الدولية طالما أنها عقود يندر أن تكون فورية، فتغير الظروف متوقع الحدوث بصفة أكبر في العقود المستمرة عكس العقود الفورية، إلا أنه يمكن أن تتغير الظروف بصفة جذرية بين الفترتين حتى في العقود الفورية وإن كان هذا الأمر نادر الحدوث.

وإذا كانت العقود الفورية غير مستبعدة الخضوع إلى نظرية الظروف الطارئة من الناحية القانونية خاصة أن المشرع الجزائري لم يستبعدها، فإن هذا النوع من العقود لا يتوقع أن يكون خاضعا للنظرية من الناحية العملية والواقعية.

2- العقود الاحتمالية:

تسمى هذه العقود أيضا بعقود الغرر، وهي عقود لا يمكن فيها تقدير الفائدة أو النفع الذي سيجنيه طرفي العقد من تعاقدهما، ومن أمثلة عقود الغرر عقود التأمين والرهان.

[1] **العربي بلحاج**، مرجع سابق، ص 256.

وبالتالي يتوقف تقدير التزامات الأطراف على المستقبل، وتبعا لحدوث أمر غير معلوم الحصول، فالضرر والنفع أمرين واردين في العقود الاحتمالية.[1]

وبما أن وقوع اختلال في الأداءات بين الأطراف في العقود الاحتمالية هو أمر متوقع الحدوث بل وأن عدم تعادل الالتزامات المتقابلة هو الأمر الطبيعي في هكذا عقود، فإن التساؤل يطرح في مدى إمكانية خضوع عقود التجارة الدولية الاحتمالية لنظرية الظروف الطارئة.

إذا كان أغلب الفقه يتجه إلى استبعاد العقود الاحتمالية من الخضوع لنظرية الظروف الطارئة، فإن بعض الفقه يرى خلاف ذلك، فلو أخذنا على سبيل المثال لا الحصر عقود التأمين على السفن من الحرائق والغرق مهما كان السبب، وقامت بعد ذلك حرب، ففي هذه الحالة فإن احتمال خسارة شركة التأمين الدولية يكون أعلى بكثير من الحالات العادية، وبالتالي يختل التوازن بين الأداءات بين طرفي العقد، وتغلب مصلحة طرف على الطرف الآخر.

ولذلك يرى البعض أنه يمكن إعمال نظرية الظروف الطارئة حتى في العقود الاحتمالية إذ يجب أن يكون هناك توازن بين احتمالات الكسب والخسارة ومتى اختل هذا التوازن فلا ضير من إعمال النظرية.[2]

فحتى إن كان عدم التعادل في الأداءات بين أطراف العقد هو الشائع في العقود الاحتمالية كما سبق الإشارة إليه أعلاه، فإنه من العدل أن يستفيد أي متعاقد طاله الإرهاق بسبب ظروف مستجدة لم يتوقعها أثناء إبرام العقد حتى ولو كان العقد من العقود الاحتمالية.

رغم كل ما ذكر أعلاه، فإن الفقه الذي ينادي بعدم تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الاحتمالية له ما يبرره.

فأساس العقد الاحتمالي حسب هؤلاء هو أن احتمال الكسب والخسارة أمر متوقف على حوادث مستقبلية وهي أساس بعض العقود، كعقد التأمين فلا يمكن لشركة التأمين أن تتحجج بعدم توقعها

---

[1] **محمد محيي الدين إبراهيم سليم**، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 19.

[2] **عبد الحكم فودة**، مرجع سابق، ص 30.

للضرر من أجل أن تتحلل من التزاماتها، حيث لو أن الضرر كان متوقعا فكان من الحري بالطرف الآخر الذي أبرم عقد تأمين على ممتلكاته أن يحتاط للضرر المتوقع.

ويتحجج الفقه الرافض لخضوع العقود الاحتمالية لنظرية الظروف الطارئة إلى كون هذه العقود غير خاضعة أو غير قابلة للطعن بالغبن فيها، بما أن الطرف الذي يدعي الغبن يستند إلى عدم التعادل في الأداءات المتقابلة، وهذا ما لا يتوقع في العقود الاحتمالية، حيث لا يعرف كل طرف مقدما مقدار الغرم أو الغنم الذي سيعود عليه.

3- العقود التبرعية:

إذا كان من المفترض وجود نوع من التعادل بين الأداءات في مختلف العقود، وفي حالة وجود أي اختلال بسبب ظروف غير متوقعة، أمكن للطرف الذي تعرض لإرهاق بسبب تغير الظروف أن يطالب برد الإرهاق إلى الحد المعقول بسبب الظروف الطارئة، فإن هذا الأمر غير متصور إلا في عقود المعاوضة والملزمة لجانبين، حيث لا يتصور في العقود التبرعية أن يتحجج طرف بتعرضه لخسارة فادحة تخل بالالتزامات المتقابلة لطرفي العقد طالما لا يوجد التزام مقابل بل أن خسارة المتبرع محققة ومؤكدة.

وقد تكون بعض العقود التبرعية من قبيل العقود المحددة رغم عدم معرفة مقدار خسارة المتبرع، مثل التبرع بمرتب مدى الحياة، فحتى وإن كان مقدار الخسارة احتمالي في حالة التبرع بمرتب مدى الحياة، فالخسارة أكيدة الحدوث ومقدارها احتمالي لكن يظل العقد محدد وليس احتمالي.

الفرع الرابع: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن الأنظمة المشابهة لها.

تقتضي نظرية الظروف الطارئة وجود عقد أبرم بين متعاقدين، وتراخى تنفيذ العقد لتظهر في مرحلة التنفيذ ظروف طارئة جعلت من تنفيذ العقد أمرا مرهقا للمدين، وهذا ما يعطي سلطة للقاضي من أجل التخفيف من حدة الإرهاق إلى حد يجعل معه تنفيذ العقد أمرا ممكنا، وهذا الأمر قد يتشابه مع بعض النظريات والأنظمة الأخرى مثل نظريات الغبن والاستغلال والإذعان والجوائح والقوة القاهرة وفعل الأمير...

أولا: الفرق بين نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة.

يطلق علماء القانون على القوة القاهرة مصطلح الاستحالة، وإن كانت تلك الاستحالة في حقيقة الأمر أثرا للقوة القاهرة، حيث أن هذه القوة القاهرة هي التي جعلت من تنفيذ العقد أمرا مستحيلا.

ويمكن تعريف القوة القاهرة بأنها: "كل فعل لا شأن لإرادة المدين فيه، ولا يمكن توقعه ولا منعه، يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة تعفي المدين من المسؤولية العقدية والتقصيرية".[1]

أ- أوجه الشبه بين القوة القاهرة والظروف الطارئة:

إذا كانت كلتا النظريتين من صنع وابتداع التفسير والقضاء الإداريين فإن هناك نقاط تشابه أخرى، نوجزها أدناه.

1- تستمد كلا النظريتين **سبب** وجودهما من **أصل واحد** مشترك في العديد من الأحيان، فاندلاع الحروب أو وقوع فيضانات وزلازل أو أزمات اقتصادية عالمية، قد تكون سببا لقيام نظرية الظروف الطارئة إذا أصبح تنفيذ العقد مرهقا.
وأما إذا أصبح تنفيذ العقد مستحيلا فهنا يتم إعمال نظرية القوة القاهرة.[2]

2- يجب أن تتوافر مجموعة من الشروط من أجل إعمال كل من نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة، وهي نفسها في كلا النظريتين، حيث لابد في كل من الحالتين أن يكون الحادث غير متوقع وغير ممكن دفعه، ولا يد للمدين في حدوثه.

3- إذا ما تحققت أسباب إعمال النظريتين فإن أثر القوة القاهرة أو الظرف الطارئ ينصب على تنفيذ الالتزام، سواء أصبح هذا التنفيذ مستحيلا أو مرهقا، حيث لا يعتد بالظرف الطارئ إذا كان قد وقع قبل إبرام العقد أو اثناء إبرامه.

---

[1] **سلطان أنور**، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، 1987، ص 536.

[2] **عبد الجواد محمد**، شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مجلة القانون والاقتصاد، المجلد 33، العدد 4، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1963، ص 557.

ب- أوجه الاختلاف بين القوة القاهرة والظروف الطارئة:

يمكن إيجاز أهم نقاط الاختلاف بين القوة القاهرة والظروف الطارئة في:

1- تعد نظرية الظروف الطارئة من النظام العام، إذ لا يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفتها، وقد كانت المادة 107 من القانون المدني في فقرتها الأخيرة صريحة عندما أشارت إلى أن كل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلا.[1]

وعلى العكس من ذلك فإنه في حالة القوة القاهرة يمكن للأطراف أن يتفقوا مسبقا على تحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة، حيث نصت المادة 178 ق.م على أنه:

"يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة.

وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه، ...."[2]

ويمكن تفسير الأمر على أن المتعاقدين عادة ما يتفقون في هذه الحالة إلى إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد كإعفاء المدين من دفع الثمن إذا لم يستلم السلعة لقوة قاهرة أو بالعكس من ذلك إلزامه بدفع الثمن إذا اتفقا على تحمله تبعة الحادث المفاجئ.

وبما أن القوة القاهرة لا تعد من النظام العام، فإن لم يتمسك المدين بها أو لم يثبت توافر شروطها القانونية فلا تقرر ذلك المحكمة من تلقاء نفسها.

2- وتختلف نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة، في الحكم الصادر عن القاضي أيضا، حيث أنه يحكم بفسخ العقد في حالة القوة القاهرة مالم تتفق الأطراف على تحمل المدين تنفيذ العقد أو إعفائه.

---

[1] تنص المادة 107 ق.م على أنه:" ... غير أنه إدا طرأت حوادث استثنائية .... جاز للقاضي وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

[2] الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق، ص 990.

بينما في حالة الظروف الطارئة فالقاضي لا يحكم بفسخ العقد كون الاستحالة تكون نسبية وليست مطلقة، إذ يقوم القاضي برفع الإرهاق إلى الحد الذي يمكن معه مواصلة تنفيذ الالتزام العقدي.[1]

3- إذا كان من المتفق أن النظريتان تتطلبان أن يكون الظرف غير متوقع وغير ممكن الدفع ولا يد للأطراف في حدوثه.

فإن الاختلاف يكمن في **العمومية**، إذ أن نظرية الظروف الطارئة تتطلب أن يكون الظرف عاما، وهذا ما ذهبت إليه جل القوانين المقارنة وإن كانت بعضها خالفت مبدأ العمومية كالقانونين المدني اليوناني والإيطالي أين نصا بإمكانية اعتبار الظرف طارئا حتى وإن لم يشمل سوى المتعاقدين.

بينما في القوة القاهرة لا يشترط مبدأ العمومية، إذ يكفي أن يمس الحادث الأطراف المتعاقدة فقط.

4- بما أن القوة القاهرة لا تكون إلا إذا كان تنفيذ العقد مستحيلا، فإنه من المنطقي أن القوة القاهرة تجد سبيلها عندما يقع الهلاك على أشياء قيمية، حيث إذا كان الشيء مثليا فيمكن تعويضه بمثله وتفادي فسخ العقد، لأن المثليات تقوم بعضها مقام بعض في الوفاء.

بينما في نظرية الظروف الطارئة فلا يعتد بما إذا كان المحل مثليا أو قيميا، فبمجرد وجود إرهاق بسبب تغير الظروف يمكن إعمال النظرية.

5- يمكن أن يكون للظرف الطارئ أثر مؤقت في تعديل شروط التعاقد، فبمجرد انقضاء الظرف الطارئ يعود المتعاقدان إلى الشروط الأصلية.

بينما في القوة القاهرة إذا استحال تنفيذ العقد استحالة مطلقة فيتم مباشرة الحكم بفسخ العقد بصورة نهائية.

[1] **محمد محيي الدين إبراهيم سليم**، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق ص 530.

ثانيا: الفرق بين نظرية الظروف الطارئة والجوائح.

الجوح لغة هو الاستئصال، فيقال اجتاحتهم أي استأصلت أموالهم.

وفي الحديث **(إن أبي يريد أن يجتاح مالي)** أي يستأصله ويأتي عليه أخذا وإنفاقا.

والحديث **(أعاذكم الله من جوح الدهر)**[1]

ويمكن تعريفها بأنها: "الجائحة هي مالا يستطيع دفعه ولا تضمينه إذا أتلف أو أنقص العوض قبل تمام قبضه".[2]

وإذا حاولنا باختصار مقارنة النظامين فإنه:

- تتمثل الظروف الطارئة في حوادث طارئة غير مألوفة وغير متوقعة وهي نفسها الجوائح، إلا أن الجوائح في الشريعة الإسلامية تختلف بين المذهبين الحنفي والمالكي، فالأول يحصر الجوائح في الحوادث السماوية فقط، فهو يختلف عن الظروف الطارئة في هذه الحالة، بينما المذهب المالكي يساوي في الجوائح بين الآفات السماوية وأعمال الإنسان.
- تطبق الظروف الطارئة على العقود التي يتراخى تنفيذها، والجوائح تجد مجالها الخصب في عقود البيع التي يتأخر فيها التنفيذ بسبب تأخر استلام الثمار وانتظار جنيها، وهذا لا يعني أن نظرية الجوائح لا تطبق على بقية العقود.

ثالثا: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن عقود الاذعان.

عقد الاذعان هو:" العقد الذي يبرم بين طرفين يملي أحدهما شروطه على الآخر، الذي لا يملك إلا أن يقبل الشروط أو يرفضها دون أن تكون له حرية المساومة على هذه الشروط".

---

[1] **ابن الاثير مجد الدين أبو السعدات**، النهاية في غريب الحديث، ج1، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2000، ص 311.

[2] **الثنيان سليمان بن إبراهيم**، الجوائح وأحكامها، دار عالم الكتب، ط1، الرياض، السعودية، 1992، ص 28.

فنقطة التشابه بين نظرية الظروف الطارئة وعقود الإذعان هي تلك السلطة التي يعترف بها للقاضي كاستثناء لمبدأ سلطان الإرادة، حيث يجوز للقاضي رفع الإرهاق في الظروف الطارئة كما يمكنه تعديل العقد الذي يُرتب على عاتق الطرف الضعيف في عقود الإذعان شروطا تعسفية رغم أنه قد تم الاتفاق على تلك الشروط في العقد.

ولا يمكن للأطراف سواء في الظروف الطارئة أو عقود الإذعان الاتفاق على مخالفة أو استبعاد إمكانية تدخل القاضي لتعديل العقد، ما دام أن القانون يجيز ذلك، فهذا من النظام العام ولا يمكن الاتفاق على مخالفته في كلتا الحالتين.[1]

ومن أوجه الاختلاف بين الأمرين، هو أن سبب الإرهاق في نظرية الظروف الطارئة هو حوادث مفاجئة غير متوقعة، بينما سبب عدم التوازن في عقود الإذعان هو عدم التعادل في الالتزامات وتعسف طرف على حساب طرف آخر، أي أن عدم التوازن وجد وظهر منذ بداية التعاقد ودون وجود أي حادث غير متوقع.

كما أن نظرية الظروف الطارئة تفترض ظهور الحادث الفجائي بعد التعاقد وليس أثناءه أو قبله، بينما في عقود الإذعان يكون هذا الأخير (الإذعان) موجودا يوم إبرام العقد.

ضف إلى ذلك أنه في عقود الإذعان سلطة مناقشة بنود العقد تكون غير متوازنة عكس ما هو حاصل في نظرية الظروف الطارئة أين تكون إرادة الطرفين متساوية دون أي إذعان أو تعسف.

رابعا: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن الغبن اللاحق.

تشبه نظرية الغبن اللاحق نظرية الظروف الطارئة، حتى أن بعض الفقه يقول أن المشرع الفرنسي وضع نظرية الغبن اللاحق من أجل سد الفراغ الذي تركه عدم اعترافه بنظرية الظروف الطارئة.[2]

---

[1] تنص المادة 110 ق.م على أنه: " إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

[2] أنظر الصفحة 32 بخصوص نظرية الغبن، أين تم توضيح أساس لجوء المشرع الفرنسي للغبن اللاحق كبديل للرفض السائد آنذاك لنظرية الظروف الطارئة.

وبخصوص الغبن في التشريع الجزائري فإنه يختلف عن نظرية الظروف الطارئة، فالأخيرة تخص جميع المجالات عكس نظرية الغبن التي تقتصر على العقارات فقط.

ومعيار الإرهاق في الغبن محدد وجامد بموجب القانون، والذي هو الغبن الذي يفوق الخُمس، عكس ما هو في نظرية الظروف الطارئة أين يقدر القاضي مقدار الإرهاق الذي يمكن رفعه من أجل مواصلة تنفيذ العقد.[1]

خامسا: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن الاستغلال.

تختلف نظرية الاستغلال جذريا عن الظروف الطارئة، فإن كان الطرف الذي تم استغلاله قد وقع في إرهاق كبير بسبب تفاوت الالتزامات بينه وبين الطرف الآخر الذي مارس الاستغلال عليه، فيجوز للقاضي في هذه الحالة إما إبطال العقد أو إنقاص التزامات هذا الطرف.

ففي الحالة الأخيرة قد يشبه هذا الأمر نظرية الظروف الطارئة في جانب رفع الإرهاق، إلا أن السبب وراء الاستغلال كان بفعل أحد أطراف العقد بينما في الظروف الطارئة لم يكن للأطراف المتعاقدة أي يد في الحادث الفجائي الذي سبب إرهاقا في التزامات الطرف الآخر.[2]

---

[1] تنص المادة 358 ق.م على أنه: "إذا بيع عقار بغبن يزيد عن (1/5) الخمس، فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة (4/5) أخماس المثل.
ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس (1/5) أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع ".

[2] تنص المادة 90 ق.م على أنه: " إذا كان التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد.
ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة.
ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".

المطلب الثاني: عدم اختلاف شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة في قانون التجارة الدولية عنه في القوانين الوطنية.

يقوم قانون التجارة الدولية على مجموعة من الاتفاقيات الدولية، والعقود النموذجية والشروط العامة المبرمة في مجال معين بالإضافة إلى العرف التجاري الدولي السائد في علاقة تجارية معينة.[1]

بعد أن تم التطرق إلى الشروط الواجب توافرها في الظرف الطارئ بصفة عامة كي يمكن للطرف الذي تعرض إلى إرهاق جراءه المطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة بالقدر الذي يرفع هذا الإرهاق، فإنه يجدر التنويه أن الشروط الواجب توافرها في العقود الداخلية بصفة عامة هي التي يجب توافرها في عقود التجارة الدولية.

لكن قبل التطرق إلى الشروط الواجب توافرها في العقود التجارية الدولية، لابد أن نعرج أولا إلى تحديد القانون الذي تخضع له عقود التجارة الدولية خاصة لو علمنا أنه باستثناء اتفاقية روما التي كان لها الفضل في وضع أول تعريف لمفهوم العقد الدولي فإنه لا وجود لتعريف دقيق للمقصود بعقود التجارة الدولية، فإذا كانت الظروف الطارئة في عقود التجارة الدولية محل دراستنا هذه تمثل إحدى الإشكاليات التي يصادفها العديد من الباحثين في المجال الدولي، فإنها ليست العنصر الوحيد الذي يخلق عائقا في مجال عقود التجارة الدولية، حيث أن هناك خلافا من جهة حول التسمية الصحيحة للقانون الذي تخضع له عقود التجارة الدولية بين من يطلق عليه قانون التجار وبين من يسميه بقانون التجارة الدولية، وآخرون يعتبرون أن لفظ الدولية لا يلحق بالتجارة، فيطلقون عليه تسمية قانون التجارة الدولي **(فرع أول)** ، كما أن التطرق إلى تعريف قانون التجارة الدولية يقتضي التوفيق بين المعيارين العضوي والموضوعي، وكذا الأخذ بالتعريف الذي وضعته الجهات الدولية كالأمم المتحدة أو اتفاقية روما لعقود التجارة الدولية **(الفرع الثاني)**، ثم نتطرق بعد ذلك لخصائص قانون التجارة الدولية **(فرع ثالث)**، لنخلص في الأخير إلى ذكر شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة طبقا لأحكام قانون التجارة الدولية **(فرع رابع).**

[1] **عمر سعد الله**، مرجع سابق، ص 08.

ومن أجل ذلك فقد جاء المطلب الثاني حسب التقسيم الآتي:

المطلب الثاني: عدم اختلاف شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة في قانون التجارة الدولية عنه في القوانين الوطنية.

- الفرع الأول: الخلاف الاصطلاحي حول التسمية الصحيحة لقانون التجارة الدولية.
- الفرع الثاني: تعريف عقود التجارة الدولية.
- الفرع الثالث: خصائص قانون التجارة الدولية.
- الفرع الرابع: شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة طبقا لأحكام قوانين التجارة الدولية.

الفرع الأول: الخلاف الاصطلاحي حول التسمية الصحيحة لقانون التجارة الدولية.

تجدر الإشارة إلى أن الخلاف الموجود حول وضع تعريف واضح لقوانين التجارة الدولية تعدى مجرد الخلاف حول وجود قانون مستقل عن القوانين الداخلية واستئثاره ببعض الخصائص المميزة، إذ تعدى هذا الأمر ليصل إلى خلاف حول التسمية الصحيحة لهذا القانون، هل هو قانون التجار أم يطلق عليه قانون التجارة الدولية أو قانون التجارة الدولي أو ينعت بالقانون التجاري الدولي.

بعض الفقهاء يفضلون أن تنصب الدراسات على مشاكل التجارة الدولية مباشرة دون تضييع الجهد في جدال فلسفي سفسطائي حول موضوع التسمية.

ونحن نرى أن موضوع التسمية لا يقل أهمية عن إيجاد تعريف واضح لهكذا قانون، فمجرد الخلاف حول التسمية دليل على وجود إشكال في وضع تعريف شامل مانع وجامع.

فكما سبقت الإشارة إليه أعلاه فقد انقسم الفقه في تناوله لهذا القانون إلى أربعة اتجاهات رئيسية، هي:

- **الإتجاه الأول:** يطلق أصحاب هذا الاتجاه على هذا القانون مصطلح قانون التجار وهو ما يعرف دوليا بـــــــــــ **Lex mercatoria.**
- **الاتجاه الثاني:** يسمي هذا الاتجاه هذا القانون **بقانون التجارة الدولية** وهو الأكثر شيوعا.

- **الإتجاه الثالث:** أنصار هذا الاتجاه يضفون الصبغة الدولية على القانون فقط دون التجارة، لذلك يسمونه **بقانون التجارة الدولي.**
- **الاتجاه الرابع:** يفضل أصحاب هذا الاتجاه إطلاق مصطلح **القانون التجاري الدولي.**

بعض الفقهاء يطلقون على قانون التجارة الدولية مصطلح **" ana national law"** أي بمعنى "القانون الغير منتمي لأي قانون وطني معين".[1]

أولا: قانون التجار.

كما سبقت الإشارة إليه أعلاه، فإن أولى التسميات التي أطلقت على قوانين التجارة الدولية هي مصطلح قانون التجار، إلا أن هذه التسمية تم انتقادها لكون قوانين التجارة الدولية اليوم لا تتناول التاجر فقط حسب ما قد يفهم من التسمية، كما أن اللفظ لا يبين تجارية أو دولية النشاط الذي يحكمه القانون.[2]

ولهذا فقد تم هجران استعمال هذا المصطلح حتى من أبرز المدافعين عنه أمثال **Lambert**، والذي نادى بضرورة إطلاق تسمية أخرى تفاديا للانتقادات الأولى، فأطلق مصطلح قانون التجارة الجديد أو ما يعرف بـــــــ **New lexmercatoria** من أجل خلق قوانين متطابقة مع قانون التجارة الدولية بالمفهوم الحالي.[3]

[1] في حقيقة الأمر فإن أستاذ القانون الدولي المعروف **Goldman** قد استخدم هذا المصطلح، كما استخدم مصطلح Lexmercatoria، أين استخدم هذا الأول بعد تأميم قناة السويس في إشارة إلى أنها لم تخضع في التأميم لأي قانون.
ولد **Goldman** في رومانيا وحصل على الدكتوراه في القانون المدني في فرنسا، وكان محاميا في مجال القانون الدولي الخاص، وأشرف على تحرير صحيفة كلونيه.
كان له الفضل في وضع سنة 1960 مشروع الاتفاقية الأوربية للقانون التجاري، وتولى شخصيا العديد من القضايا كمحكم في قوانين التجارة الدولية، توفي سنة 1993.

[2] **عصام الدين القصبي**، قانون التجارة أمام هيئات التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2012، ص 19.

[3] **Lambert** « Sources du droit comparé ou supranational. Législation uniforme et jurisprudence comparative », Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény Tome III, tiré à part, Paris Libraire du Recueil Sirey 1935, pp. 478–510.

ثانيا: قانون التجارة الدولية.

أول من استعمل مصطلح **قانون التجارة الدولية** هو الإنجليزي **جون ستيوارت ميل** في منتصف القرن التاسع عشر.

ويجب التنويه إلى أن أنصار هذه التسمية لا يطالبون باستقلال هذا القانون عن القوانين الوطنية بل أنهم يلحقون الصفة الدولية بالتجارة فقط وليس بالقانون، حيث يرون أنه من الصعب وجود مشرع دولي يهتم بسن هذه القوانين وتكون لها قوة أكثر من تلك التي يسنها المشرع الوطني.

حيث يرى أنصار هذه التسمية أن قانون التجارة الدولية مجرد مجموعة من الأعراف لا ترقى إلى وصف القانون لانعدام وجود مشرع، كما أنه لا إلزام لهذه الأعراف، ضف إلا أن معظمها متضمنة في قوانين داخلية، فكيف نطلق عليها وصف قانون وترقيتها لمرتبة "دولي" وهو غير ملزم أصلا.[1]

ثالثا: قانون التجارة الدولي.

أنصار هذا الاتجاه يرون بوجود قانون مستقل بذاته فعلا، يهتم بمجال التجارة الدولية لذلك يرون أن التسمية الصحيحة هي قانون التجارة الدولي، وذلك بإلحاق الصفة الدولية بالقانون برمته وليس فقط بالتجارة، ومن أنصار هذه النظرية الشهيرين **Schmithoff, berthold Goldman** .[2]

وكما سبق القول فإن أنصار هذا القول يرون أن صفة الدولية، الأولى بها أن تلحق القانون أيضا وليس فقط التجارة، ويسمو هذا القانون على العالم برمته سواء كان ذا توجه اقتصادي حر أو موجه.

---

[1] **محسن شفيق**، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998، ص 58.

[2] **Clive Maximilian Schmitthoff** فقيه ألمانو-انجليزي له العديد من المؤلفات في القانون المقارن "تنازع القوانين"، متخصص في القانون التجاري وساهم في تطوير دراساته في المملكة المتحدة أين كان مختصا بتدريس قانون كريشام في لندن من 1976-1987، كما عرف باسهاماته العديدة في مجال القانون التجاري، ومثله مثل جولدمان فقد ترأس تحرير صحيفة قانون الأعمال حتى وفاته سنة 1990، اشتهر بتحكيم برشلونة الشهير.

ويقول أصحاب هذا الرأي أن حصر الدولية على التجارة فقط دون القانون لعدم وجود مشرع دولي يصدر هذا القانون في قالب دولي لا يعني نفي القانون بذاته، لأنه قائم واقعيا باعتراف حتى أصحاب الآراء الرافضة.

وحتى وإن كانت القوانين فعلا تصدر عن مشرع يمثل سلطة قائمة في حيز معين وزمان معين، فما المانع من صدور هذا القانون بصبغة دولية، خصوصا إذا صدر باشتراك عدة مشرعين وطنيين مثلا.

وأخيرا لابد من الإشارة إلى أنه لتحليل هكذا قانون فإن تسمية المصطلحات لها أهمية جلية في ذلك، بالإضافة إلى كون قانون التجارة الدولي قانونا قائما بذاته، بما يتطلبه من إجراءات وخصائص هي غير موجودة غالبا في القوانين الوطنية، لذلك نجد أن معظم أحكام قوانين التجارة الدولية مستمدة مما تصدره المنظمات الدولية المهتمة بالتجارة الدولية من قواعد ومبادئ.[1]

الفرع الثاني: تعريف عقود التجارة الدولية.

قبل التطرق إلى التعريف الخاص بعقود التجارة الدولية الذي أورته بعض الجهات الدولية، سنتطرق إلى المعيارين العضوي والموضوعي المتعلقين بتعريف قانون التجارة الدولي.

إنه من الصعب بمكانة إيجاد تعريف دقيق لعقود التجارة الدولية، وفي هذا الصدد يؤكد الأستاذ **Pommer** بأنه: "إنه من شبه المستحيل تحديد المقصود بالعقد الدولي" .

كما يؤكد الأستاذ **Lactare** على أن :" محاولة وضع تعريف محدد للعقد الدولي ستفتح الباب للعديد من المناقشات".[2]

لذلك نجد أن معظم التشريعات لم تتضمن تعريفا محدد للعقد الدولي بصفة عامة وعقود التجارة الدولية بصفة خاصة، شأنها شأن الاتفاقيات الدولية باستثناء اتفاقية روما.

---

[1] **محمود نديم الخضر**، مرجع سابق، ص 22.

[2] **سلامة فارس عرب**، وسائل معالجة اختلال التوازن في قانون التجارة الدولية، دار الكتاب الحديث، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1999، ص 24.

فتجدر الإشارة إلى أنه كما اختلف الفقه في التسمية والتعريف فقد اختلف حول الاعتراف بقانون التجارة الدولية من عدمه.

فجانب من الفقه يرفض ما يسمى بقانون التجارة الدولية، حيث يقول أنصار هذا الاتجاه أن عدم وجود سلطة تتولى إصدار هذا القانون وتضفي عليه الصيغة الإلزامية دليل على عدم وجود هذا القانون أصلا، حيث يشير الرافضون لفكرة وجود قانون التجارة الدولية إلى أن معظم قواعده موجودة في القوانين الداخلية والتي تطورت لدرجة صار بالإمكان الاعتماد عليها حسب هؤلاء على الصعيد الدولي.[1]

ويرد على الرافضين بوجود قانون التجارة الدولية مجموعة من الفقهاء أمثال **schmitthoff**، الذي يرى أن التطور الذي أحرزته التجارة الدولية على الصعيد العالمي أوجبت وضع تعريف خاص بها.[2]

ضف إلى ذلك انقسام العالم إلى دول اشتراكية وأخرى رأسمالية في بداية تطور أحكام القانون التجاري الدولي، مما يستحيل معه جعل قوانين التجارة الدولية مجرد قوانين داخلية ارتقت إلى المصاف الدولي.

كما يشير البعض إلى أن القول بخضوع قوانين التجارة الدولية إلى القانون الدولي الخاص أمر مردود عليه، حيث أن القانون الدولي الخاص يعمل عن طريق قواعد الإسناد إلى تعيين القانون الواجب التطبيق بينما قوانين التجارة الدولية تهدف إلى إيجاد قواعد موضوعية لحل النزاع اعتمادا على الاتفاقيات الدولية المبرمة في مجال التجارة.

مما سبق، فإن هناك فريق يرفض أصلا وضع تعريف مستقل للقانون التجاري الدولي، ويكتفون بالقول بأنه جزء لا يتجزأ من القوانين الوطنية ويطلق عليهم **intégrationniste** بينما الفريق المقابل يرفض دمج قانون التجارة الدولية مع القوانين الوطنية وهم من يطلق عليهم **autonomistes.**

إذا لوضع تعريف واضح لقوانين التجارة الدولية سنسلط الضوء على أصحاب المذهب الأخير (autonomistes) وهؤلاء بدورهم لما يعرفون القانون التجاري الدولي ينقسمون إلى اتجاهين،

---

[1] **سلامة فارس عرب**، ص 24.

[2] **Schmitthoff(cliva)** : the sources of the law of international trade, Stevens & Sons Ltd law publishers london, 1964,p3.

اتجاه يعتمد على المعيار العضوي لتعريف القانون التجاري الدولي بالاهتمام على الطائفة التي تدخل ضمن نطاق هذا القانون بينما الاتجاه الثاني له نظرة موضوعية في تعريف القانون التجاري الدولي.

أولا: المعيار العضوي.

يركز أصحاب هذا المعيار في تعريفهم لقوانين التجارة الدولية على الطابع الطائفي، حيث يعرف **Gerard de Malynes** [1] قانون التجارة الدولية بأنه : " مجموعة القوانين الطائفية التي تشكل كيانات متميزة للتجار تم تشكيلها بواسطة الجماعات المهنية من خلال عادات أعضائها ذات الطابع الدولي، بعيدا عن الطابع الوطني".

ويلاحظ أن هذا التعريف اهتم فقط على الفئة التي يرد عليها القانون وهم التجار وأهمل الحديث عن ماهية تلك الأعمال والعادات.[2]

ثانيا: المعيار الموضوعي.

لقد عرف الفقيه **Goldman** القانون التجاري الدولي أثناء تعريفه لقانون التجار بقوله أنه:

"ذلك القانون الذي يشمل كل القواعد العابرة للدول والتي لا تتصل بقانون وطني معين، بل إنه قانون يعلو الدول ذاتها".[3]

التعريف الذي أتى به جولدمان لم يحدد مصدرا معينا لهذا القانون بل اكتفى بالقول بأنه قانون الدول supranational law.

[1] **Gérard de Malynes** était un marchand indépendant dans le commerce extérieur, un commissaire anglais aux Pays-Bas espagnols, un conseiller gouvernemental pour les questions commerciales, un maître des essais à la menthe et un commissaire aux affaires de la menthe. Ses dates de naissance et de décès sont inconnues.

[2] **وائل حمدي أحمد علي،** حسن النية في البيوع الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص 28.

[3] **FOUCHARD Ph & GUILLARD E & GOLDMAN B**, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec , Paris, France , 1996, p 818.

ثالثا: تعريف الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية.

لقد حاول الأمين العام للأمم المتحدة أثناء تقديمه للتقرير الذي كلف فيه بإنشاء لجنة لتوحيد أحكام قانون التجارة الدولية سنة 1965، حاول وضع تعريف لهذا القانون بقوله أنه:

"مجموعة القواعد التي تسري على العلاقات التجارية المتعلقة بالقانون الخاص والتي تجري بين دولتين أو أكثر".

"The body of rules governing commercial relationships of a private law nature involring different countries ".[1]

يعد التعريف الذي أورده الأمين العام لهيئة الأمم المتحدة أدق التعريفات وأوضحها، إلا أنه أصبح تعريف قديم نسبيا، حيث أنه صدر قبل خمسين سنة، كما أنه لم يحدد مصدر هذا القانون، فهل نكتفي بالقواعد العرفية فقط أم يتعدى ذلك ليشمل الاتفاقات الدولية والعقود النموذجية وغيرها من مصادر قانون التجارة الدولية.

فحسب الأمين العام في ذلك الوقت، فإنه يدخل في مجال قانون التجارة الدولية قواعد النقل البحري والجوي والبري، عقود بيع البضائع، لكن التطور السريع والنمو الكبير لميدان التجارة الدولية أظهر بعض العقود التي لم تذكر آنذاك كعقود خدمات الكمبيوتر وعقود التأجير التمويلي وغيرها.

مما ذكر أعلاه يبدو جليا أنه لا يوجد تعريف واحد شامل واضح لقوانين التجارة الدولية، لذلك نرى أنه كان من الأفضل على الأقل تعديل التعريف الذي أوردته هيئة الأمم المتحدة ليواكب التطورات الحالية، ومن خلال العوامل المشتركة فإنه من الأنسب تعريف قانون التجارة الدولية كالآتي:

" مجموعة القواعد والأنظمة متعددة المصادر الراعية للمصالح التجارية الدولية المتعلقة بالقانون الخاص".[2]

[1] **محمود نديم الخضر**، مرجع سابق، ص 30.
[2] المرجع نفسه، ص 32.

رابعا: تعريف العقود الدولية طبقا لاتفاقية روما.

سبقت الإشارة إلى عدم وجود تعريف للعقود التجارية الدولية وفقا للقوانين المقارنة والاتفاقيات الدولية، إلا أن اتفاقية روما لسنة 1980 يحسب لها محاولة إيجاد تعريف للعقد الدولي والذي كان أول خطوة جادة في هذا المجال بتعريفها للعقد الدولي بأنه:

" العقد الذي يرتبط بقانون أكثر من دولة، ويكون القانون الواجب التطبيق من هذه القوانين هو القانون الأوثق صلة بالعقد، وذلك في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم العقد".[1]

ويبدو من التعريف سعيه إلى توحيد قواعد التنازع.

الفرع الثالث: صعوبة تحديد تجارية العقد الدولي.

تجدر الإشارة إلى أنه بالإضافة إلى صعوبة تقدير دولية العقد من عدمه، تضاف صعوبة أو إشكال آخر وهو مدى تجارية هذا العقد الدولي من عدمه.

فإذا كانت اتفاقية روما قد وضعت اللبنة الأولى لمفهوم العقد الدولي، تبقى هناك عقبة أخرى وهي تحديد تجارية هذا العقد الدولي من عدمه.

وتحديد تجارية أي عقد من العقود يعد من الأمور الدقيقة، لعدم وجود معيار مانع وجامع يمكن من إلحاق هذه الصفة التجارية بهذه العقود، بالرغم من كون عقود التجارة الدولية خاضعة في تكوينها وشروط صحتها إلى نفس القواعد التي يقررها القانون المدني، باعتبار قواعد القانون المدني بمثابة الشريعة العامة التي تطبق على كافة العقود عند عدم وجود نص خاص أو قاعدة مخالفة، وهذا ما دفع ببعض الفقه إلى القول بأن العقود التجارية ليست سوى عقود مدنية تحكمها الصفة التجارية بتوافر شروط معينة.[2]

---

[1] **وائل محمدي أحمد علي**، مرجع سابق، ص 06.

[2] **محمد إبراهيم موسى**، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص21.

ومن أجل تفادي إشكالية تحديد تجارية العقد من عدمه، تفادت الاتفاقيات الدولية الحديثة في مجال التجارة الدولية لانطباق أحكامها على العقد الخوض في مدى كون هذا العقد تجاري أم لا، سواء من حيث الصفة (كون الأطراف تجارا أم غير تجار) أو من حيث الطبيعة (مدنية كانت أم تجارية)، وهذا ما تبرزه المادة الأولى من اتفاقية فيينا لسنة 1980 بوضوح بشأن البع الدولي للبضائع بعدم الأخذ بعين الاعتبار لا بصفة الأطراف في علاقة البيع أو الطبيعة المدنية أو التجارية للعقد من أجل تحديد نطاق تطبيق الاتفاقية.[1]

وتكمن صعوبة تحديد تجارية العقد إلى الخاصية التي تمتاز بها هذه العقود، فهي عقود تمتاز بمجموعة من الخصائص يمكن أن نوجزها فيما يلي:

أ- ميزة العقد النموذجي.

أغلبية عقود التجارة الدولية الحديثة تعد عقودا نموذجية، بغض النظر عن كثرة هذه العقود وتعددها إلا أن المعاملات التجارية حاليا تتجه إلى خلق شكل نموذجي موحد للعقد الدولي، لذلك قد يثور نزاع في العديد من الأحيان حول الصفة التجارية للعقد وما إذا كانت مستمدة من شكل العقد أو من موضوع وطبيعة العلاقة التي يحكمها هذا العقد.

---

[1] تنص المادة الأولى من اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع على أنه:
1- تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقد بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة.
أ- عندما تكون هده الدول دولا متعاقدة، أو
ب- عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة.
2- لا يلتفت إلى كون أماكن عمل الأطراف توجد في دول مختلفة إذا لم يتبين ذلك من العقد أو من أي معاملات سابقة بين الأطراف، أو من المعلومات التي أدلى بها الأطراف قبل انعقاد أو في وقت انعقاده.
3- لا تؤخذ في الاعتبار جنسية الأطراف ولا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو للعقد في تحديد تطبيق هذه الاتفاقية.
الموقع الرسمي لهيئة الأمم المتحدة، www.un.org.
تاريخ الإطلاع 2019/10/03 في الساعة 14h37.

ب- ميزة الشروط العامة.

يستعين المتعاقدون في إعداد العقود التجارية الدولية بمجموعة من البنود أو القواعد العامة والتي يطلق عليها البعض أحيانا مصطلح الشروط التعاقدية، ما يجعل هذه الشروط أحيانا تقترب في عملها إلى العقود النموذجية.[1]

جـ- الميزة التجارية للعقد الدولي.

كما سبقت الإشارة إليها فإن عقود التجارة الدولية تمتاز بكونها عقود تجارية بغض النظر عن كون الأطراف تجارا أم لا، ودون الأخذ بعين الاعتبار طبيعة العقد، كما وضحت في هذا الخصوص اتفاقية فيينا لسنة 1930 في مادتها الأولى.
كما أن العقد يعد دوليا إذا كان أحد عناصره الفاعلين في العلاقة التعاقدية أجنبيا حسب المعيار القانوني أو كان العقد متعلقا بمصالح التجارة الدولية حسب المعيار الاقتصادي.

د- سلطان الإرادة.

يقوم العقد التجاري الدولي كغيره من العقود على أساس مبدأ سلطان الإرادة والتي تمنح المتعاقدين حرية اختيار القانون المطبق على العقد التجاري الدولي.

الفرع الرابع: شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة طبقا لأحكام قوانين التجارة الدولية.

عرفت نظرية الظروف الطارئة انتشارها في بداية الأمر في ظل القانون الدولي العام، بينما كانت جل القوانين الداخلية رافضة للفكرة.

فقد اعترف القانون الإداري في فرنسا بالنظرية خاصة بعد تدخل مجلس الدولة الفرنسي، ثم أخذت هذه النظرية طريقها إلى القانون الخاص لدى بعض التشريعات الحديثة.

[1] **عمر سعد الله**، مرجع سابق، ص 159.

ورغم أن شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة في عقود التجارة الدولية هي نفسها تلك الشروط التي حددتها مخلف القوانين الوطنية[1]، إلا أن انتشار النظرية لم يكن نفسه بين القوانين الوطنية والدولية على الأقل في بداية انتشارها.

أولا: القانون الدولي العام.

إذا كانت التشريعات الوطنية قد ترددت كثيرا في بداية الأمر حول الأخذ بالنظرية، فقد كان بالعكس من ذلك للعقود الدولية الفضل في انتشار النظرية، تحت أسماء مختلفة، لكن بنفس المضمون الذي جاءت به نظرية الظروف الطارئة، وهو التزام الأطراف بإعادة التفاوض حول العقد لمواجهة الظروف الطارئة قصد رفع الضرر الجسيم عن الطرف المضرور.[2]

وعرفت النظرية في المجال الدولي بنظرية شرط عدم تغير الظروف،[3] حيث تنص على بقاء الدولة ملتزمة بالاتفاقية المنضمة إليها طالما لم تتغير الظروف وبقي الوضع على حاله.[4]

ونظرا لأهمية هذه النظرية واحتلالها مكانة بالغة في المعاهدات الدولية، حرصت أغلب الدول على النص عليها كشرط في المعاهدات.[5]

والقصد من إضافة الشرط هو المطالبة بتخفيف التزامات الدولة المعنية إلى الحد المقبول في حال تغيرت الظروف، فقد تم تقنين شرط عدم تغير الظروف في اتفاقية فيينا لسنة 1969.

وتنص المادة 62 من اتفاقية فيينا على أنه:

---

[1] راجع شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة في الصفحة 35.

[2] **خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري**، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد (دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي)، رسالة لنيل شهادة الماجستير، قسم القانون الخاص، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2017، ص 18.

[3] **محمد حسين منصور**، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 192.

[4] **نرمين محمد محمود صبح**، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في مجال قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2003، ص 301.

[5] **عبد الزاق السنهوري**، مرجع سابق، ص 521.

1- لا يجوز الاحتجاج بالتغير الجوهري غير المتوقع في الظروف التي كانت سائدة عند عقد المعاهدة كأساس لانقضائها أو الانسحاب منها إلا بتحقق الشرطين الآتيين:

أ- أن يكون وجود مثل هذه الظروف سببا رئيسيا لرضا الأطراف الالتزام بالمعاهدة، و

ب- أن يكون من شأن تغير الظروف أن يبدل بصورة جذرية في مدى الالتزامات التي مازال من الواجب القيام بها بموجب المعاهدة.

2- لا يجوز الاحتجاج بالتغير الجوهري في الظروف كأساس لانقضاء المعاهدة أو الانسحاب منها في إحدى الحالتين الآتيتين:

أ- إذا كانت المعاهدة تنشئ حدودا، أو

ب- إذا كان التغير الجوهري في الظروف ناتجا عن إخلال الطرف الذي يتمسك به إما بالتزام يقع عليه في ظل المعاهدة أو بأي التزام دولي آخر مستحق لطرف آخر في المعاهدة.

3- إذا كان للطرف، طبقا للفقرات السابقة، أن يتمسك بالتغير الجوهري في الظروف كأساس لانقضاء المعاهدة أو الانسحاب منها فيجوز له أيضا التمسك بالتغير كأساس لإيقاف العمل بالمعاهدة.[1]

ثانيا: القانون الإداري.

لقد تبنى القضاء الإداري الفرنسي نظرية الظروف الطارئة على خلاف القانون المدني، الذي رفض الأخذ بالنظرية والتي اعتبرها إخلالا بمبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

[1] اعتمدت من قبل مؤتمر الأمم المتحدة بشأن قانون المعاهدات الذي عقد بموجب قراري الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2166 المؤرخ في كانون الأول/ديسمبر 1966، ورقم 2287 المؤرخ في 6 كانون الأول/ديسمبر 1967، وقد عقد المؤتمر في دورتين، في فيينا خلال الفترة من 26 آذار/مارس إلى 24 آيار/مايو 1968 وخلال الفترة من 9 نيسان /أبريل إلى 22 آيار/مايو 1969، واعتمدت الاتفاقية في ختام أعماله في 22 أيار/مايو 1969، ودخلت حيز التنفيذ في 27 كانون الثاني/يناير 1980.
الموقع الرسمي للأمم المتحدة، **www.un.org.**
تاريخ الاطلاع 2019/10/02، الساعة 18h43.

ويرجع السبب في تبني القضاء الإداري الفرنسي لنظرية الظروف الطارئة إلى عدم تقيد هذا الأخير بالنصوص التشريعية كما هو الحال في القضاء المدني لكون القانون الإداري قانون قضائي النشأة كما هو معروف.[1]

وساهم القضاء الفرنسي في نشأة نظرية الظروف الطارئة في الجانب الإداري بحكمه الشهير الذي أصدره مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 30 مارس 1916 في قضية إنارة مدينة بوردو.

وتتلخص وقائع القضية في منح عقد امتياز توريد الغاز والكهرباء لمدينة بوردو لمدة 30 سنة للشركة العامة للإنارة بوردو ابتداء من سنة 1904.

وأثناء تنفيذ العقد، أصبح التزام الشركة بتوريد الغاز لمدينة بوردو مرهقا جدا اقتصاديا، حيث ارتفعت أسعار المواد الأولية(الفحم) بسبب الحرب العالمية الأولى وسيطرة القوات الألمانية على معظم الأراضي والدول المنتجة للفحم، أين ارتفع سعر هذا الأخير من 23 فرنك للطن إلى 79 فرنك ما بين فترة إبرام العقد سنة 1904 وسنة تنفيذه 1916.

وفي محاولة منها للتقليل من الخسائر الفادحة التي لحقت بها، طلبت الشركة من بلدية بوردو رفع الأسعار على مشتركيها فرفصت البلدية ذلك، وتمسكت بشروط العقد استنادا إلى "مبدأ العقد شريعة المتعاقدين" الساري في القانون الخاص.

و أورد مجلس الدولة الفرنسي لما عرض عليه النزاع :"من حيث أنه نتيجة لاحتلال العدو الجزء الكبير من مناطق إنتاج الفحم في أوربا، ولصعوبات النقل بالبحر التي تتزايد خطورة أكثر فأكثر سواء بسبب الاستيلاء على البواخر أو بسبب طبيعة أعمال الحرب البحرية ومدتها، فإن الارتفاع الطارئ خلال الحرب العالمية الحالية في أسعار الفحم، وهو المادة الأولية في صناعة الغاز بلغ نسبة لا توصف فقط بأنها ذات طبيعة استثنائية بالمعنى المعتاد لهذا اللفظ ولكنه أدى كذلك إلى ارتفاع في تكلفة صناعة الغاز لدرجة أخلت بكل الحسابات، وجاوز أقصى حدود الزيادات

[1] **سمير عثمان اليوسف**، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص 37.

التي كان يمكن للطرفين توقعها عند إبرام عقد الالتزام، وأنه نتيجة لاجتماع كل الظروف السابق بيانها انقلب اقتصاد العقد بصورة مطلقة، وأن الشركة على حق في التمسك بأنها لا تستطيع كفالة تشغيل المرفق بذات الشروط المتفق عليها أصلا، طالما استمر الموقف غير العادي المذكور أعلاه،....[1]

ولا يمكن إلزام الشركة بالاستمرار في تنفيذ العقد بنفس الشروط المتعاقد عليها في بداية الأمر، ومن أجل وضع حد لهذه الصعوبات المؤقتة وجب البحث عن حل يضمن المصلحة العامة التي تتطلبها استمرارية الخدمة، مع مراعاة الظروف الخاصة".[2]

ليقرر مجلس الدولة إلزام الشركة العامة للإنارة بضمان الخدمة مع حقها في تعويضات بسبب التغيرات الاقتصادية التي فاقت الحد الاقتصادي الطبيعي الذي يمكن توقعه.

---

[1] **مازن ليلو راضي**، الوجيز في القانون الإداري، منشورات الأكاديمية العربية في الدانمارك، الدانمارك، 2006، ص 132.

[2] En principe, le contrat de concession règle, d'une façon définitive, jusqu'à son expiration les obligations respectives du concessionnaire et du concédant, le concessionnaire est tenu d'exécuter le service prévu dans les conditions précisées au traité et se trouve rémunéré par la perception sur les usagers des taxes qui y sont stipulées et la variation du prix des matières premières à raison des circonstances économiques constitue un aléa du marché, qui peut, suivant le cas, être favorable ou défavorable au concessionnaire et demeure à ses risques et périls, chaque partie étant réputée avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs et prévisions qu'elle a faits avant de s'engager. Toutefois, la hausse survenue au cours de la guerre de 1914, dans le prix du charbon, matière première de la fabrication du gaz, par suite de l'occupation par l'ennemi de la plus grande partie des régions productrices de charbon dans l'Europe continentale et de la difficulté de plus en plus considérable des transports par mer, a atteint une proportion telle que non seulement elle a un caractère exceptionnel dans le sens habituellement donné à ce terme, mais qu'elle entraîne dans le coût de la fabrication du gaz une augmentation qui, dans une mesure déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat de concession. En conséquence, l'économie du contrat se trouve bouleversée et le concessionnaire de l'éclairage au gaz d'une ville est fondé à soutenir qu'il ne peut être tenu d'assurer aux seules conditions prévues à l'origine le fonctionnement du service, tant que durera la situation anormale ci-dessus indiquée. Le concessionnaire est tenu d'assurer le service concédé, avec tous ses moyens de production, mais le concédant doit lui venir en aide. Le concessionnaire ne peut d'ailleurs prétendre que le marché ayant prévu un certain prix pour la tonne de charbon, qui aurait correspondu au prix maximum du gaz fixé au contrat, toute augmentation du prix du charbon au delà de celui indiqué au marché doit être mise exclusivement à la charge du concédant ; elle doit supporter au cours de cette période transitoire, résultant des circonstances indiquées, la part des conséquences onéreuses de la situation de force majeure ci-dessus rappelée, que l'interprétation raisonnable du contrat permet de mettre à sa charge. Dans ces conditions, il y a lieu de renvoyer les parties devant le conseil de préfecture, auquel il appartiendra, si elles ne se mettent point d'accord sur les conditions spéciales dans lesquelles le concessionnaire pourra continuer le service, de déterminer, en tenant compte de tous les faits de la cause, le montant de l'indemnité à laquelle le concessionnaire a droit à raison des circonstances extracontractuelles dans lesquelles il aura à assurer le service pendant la période envisagée.
16-05-03[2] Le concessionnaire d'un service de l'éclairage au gaz d'une ville soutenant que le concédant doit supporter l'aggravation de charges résultant de la hausse du prix du charbon, il s'agit là d'une difficulté relative à l'exécution du contrat de concession, et le conseil de préfecture est compétent pour connaître du litige, sauf appel au Conseil d'Etat.

موقع الخدمة العمومية الفرنسي الخاص بنشر القوانين، https://www.legifrance.gouv.fr.
تاريخ الاطلاع 2019/10/02، الساعة 19h34.

وحدد مجلس الدولة الفرنسي في اجتهاداته اللاحقة شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة والمتمثلة فيما يلي:

1- **أن يكون الحادث الاستثنائي عاما، وغير متوقع وغير ممكن التدارك**، سواء كان ظرفا اقتصاديا كالارتفاع الفاحش للأسعار، أو سياسيا كإعلان حرب أو طبيعيا كالزلازل.

2- **أن يكون الحادث خارج عن إرادة المتعاقدين**، فإذا كان المتعاقد هو المتسبب في الحادث الذي أدى إلى حدوث الظرف الطارئ فلا يستطيع الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة.

وإذا كان الحادث المتعلق بإحداث الظرف الطارئ من فعل الإدارة فتكون ملزمة بتعويض المتعاقد وفق نظرية الأمير لا نظرية الظروف الطارئة.

3- **يجب أن يؤدي الظرف الطارئ إلى إلحاق خسائر غير متوقعة وغير مألوفة بالمتعاقد**، وأما الخسائر البسيطة كنقص هامش الربح أو ارتفاع التكاليف نتيجة تقلبات اقتصادية بسبب اضطراب الأسواق لا تسمح بالاستفادة من النظرية.

4- **ضرورة استمرار تنفيذ العقد**، حيث أنه لإعمال النظرية، وكي يتدخل القاضي لإنقاص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وجب ألا يكون العقد قد تم تنفيذه، إذ أن نظرية الظروف الطارئة تكون في العقود التي تمتد مدة من الزمن.

فتطبيق نظرية الظروف الطارئة لا تعفي المستفيد منها من تنفيذ العقد وإنما تخفف من التزاماته، وهذا ما يميز النظرية عن القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.

كما تتميز نظرية الظروف الطارئة عن فعل الأمير بأن التعويض الذي يترتب عن فعل الأمير يكون كاملا، يشمل ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب، أما في نظرية الظروف الطارئة فالتعويض يكون لتغطية الخسائر الناجمة عن الظرف الطارئ فقط دون تغطية الربح الضائع.[1]

[1] **مازن ليلو راضي**، مرجع سابق، ص 145.

ثالثا: نظرية الظروف الطارئة في القانون الخاص.

إذا كانت نظرية الظروف الطارئة قد لقيت قبولا في المجال الإداري، فإن الأمر كان غير ذلك في القانون المدني، إذ رفض فقهاء القانون الفرنسيين إعمال النظرية متحججين في ذلك بالقوة الملزمة للعقد، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

بينما اتجه الفقه الغربي الحديث وكذا الفقه القانوني العربي إلى قبول النظرية.

أ- الإتجاه الرافض لإعمال نظرية الظروف الطارئة في القوانين الخاصة:

يهدف الفقه الفرنسي القديم والحديث من خلال رفضه الاعتراف بالنظرية إلى الحفاظ على القوة الملزمة للعقد، مهما بلغت جسامة الظروف الطارئة، إلا إذا بلغت مبلغ القوة القاهرة ففي هذه الحالة يفسخ العقد.[1]

رغم أن المشرع الفرنسي في قضية غاز بوردو يُعِمل ذات النظرية بنفس شروطها في المجال الإداري تحت تسمية Théorie de l'imprévision [2].

---

[1] **محمد محيي الدين إبراهيم سليم**، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 41.

[2] Théorie de l'imprévision

Les faits

La compagnie générale d'éclairage de Bordeaux cherchait à obtenir de la ville de Bordeaux qu'elle supporte le surcoût résultant pour elle de la très forte augmentation du prix du charbon, multiplié par cinq entre la signature de la concession d'éclairage et l'année 1916.

Le sens et la portée de la décision

À cette occasion, le Conseil d'État jugea qu'en principe, le contrat de concession règle de façon définitive les obligations du concessionnaire et du concédant et que la variation du prix des matières premières du fait des circonstances économiques constitue un aléa du marché que doit assumer le concessionnaire.

Toutefois, lorsque l'économie du contrat se trouve bouleversée du fait d'évènements que les parties ne pouvaient prévoir [en l'espèce la 1ère Guerre Mondiale], le concessionnaire ne peut être tenu d'assurer le fonctionnement du service dans les conditions prévues à l'origine.

Aussi, le Conseil d'État décida que la compagnie restait tenue d'assurer le service mais qu'elle avait droit d'être indemnisée de la part des conséquences pécuniaires de la situation de force majeure qui excédait l'aléa économique normal.

Théorie de l'imprévision

La jurisprudence ultérieure précisa les conditions d'application de la théorie de l'imprévision : les événements affectant l'exécution du contrat doivent être imprévisibles, extérieurs aux parties et doivent entraîner un bouleversement de l'économie du contrat.

ب- الاتجاه المؤيد لإعمال نظرية الظروف الطارئة في القوانين الخاصة:

كان المشرع البولوني سباقا في إصدار نصوص تشريعية في قوانينه الخاصة حول نظرية الظروف الطارئة، حيث نص في قانون الالتزامات البولوني الصادر سنة 1932 في المادة 269 منه على أنه: "إذا حدثت حوادث استثنائية كحرب أو وباء أو هلاك المحصول كليا أو غير ذلك من النوازل الطبيعية فأصبح تنفيذ الالتزام محاطا بصعوبات شديدة، أو صار يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن المتعاقدان يستطيعان توقعها وقت إبرام العقد جاز للمحكمة إذا رأت ضرورة لذلك تطبيقا لمبدأ حسن النية وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام أو أن تحدد مقداره بل وأن تقضي بفسخ العقد ".[1]

وانتهج المشرع الإيطالي نفس السياق لما نص في المادة 1467 من القانون المدني على أنه: " في العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدوري أو التنفيذ المؤجل، إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا على إثر ظروف استثنائية جاز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد وللمتعاقد الآخر أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة".[2]

L'imprévision n'étant pas un cas de force majeure, le cocontractant doit poursuivre l'exécution du contrat ; il commettrait une faute en interrompant ses prestations. En contrepartie, il a le droit d'être indemnisé, sinon de la totalité, du moins de la plus grande partie de la charge extracontractuelle.

Deux cas de figure peuvent ensuite se produire : soit l'équilibre contractuel se rétablit, soit le bouleversement de l'économie du contrat se révèle définitif, et l'imprévision se transforme alors en cas de force majeure justifiant la résiliation du contrat.

الموقع الرسمي لمجلس الدولة الفرنسي https://www.conseil-etat.fr.

تاريخ الاطلاع يوم 2019/10/02 في الساعة 20h20.

[1] **سمير عبد السيد تناغو**، مصادر الالتزام (العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون مصدران جديدان للالتزام الحكم-القرار الإداري)، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 160.

[2] **محمد عبد الرحيم عنبر**، مرجع سابق، ص 12.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص القانون المدني في المادة 2/107 على أنه: " غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توفعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإذا لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاصي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك". [1]

ويتضح من نص المادة أعلاه أن المشرع الجزائري قد أخذ بوضوح بنظرية الظروف الطارئة، رغم نصه صراحة في المادة 106 التي تسبقها مباشرة على أن العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.

فإذا كان بعض الفقهاء يرون في المادة 107 إستثناء من الأصل، وأن الأصل هو تنفيذ الالتزام فإنه يمكن اعتبار الفقرة الثانية من المادة 107 أحد الأسباب القانونية المذكورة في آخر المادة 106.[2]

[1] الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، مرجع سابق، ص 990.

[2] تنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري على أن:" العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

المبحث الثاني: موقف التشريعات الأجنبية من مسألة تغير الظروف واختلال التوازن العقدي.

هناك خلاف جلي بين مختلف التشريعات حول إمكانية تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة بين رافض للتعديل رفضا مطلقا وبين تشريعات أخرى وضعت ميكانيزمات لذلك، فتارة تعطي القاضي إمكانية ذلك وتارة أخرى تعطي الأطراف الحق في ذلك.[1]

وسنبين في هذا المبحث موقف التشريعات اللاتينية ممثلة في المشرع والفقه الفرنسي الذي كان من أشد المعارضين لنظرية الظروف الطارئة خاصة في المجال المدني وبصفة أقل في المجال الإداري.

إلا أنه وبعد إلغاء المادة 1134 والتي كانت تمنع تعديل العقد استنادا لمبدأ قدسية العقد والإلتزام بتنفيذه مهما تغيرت الظروف، يمكن القول أن المشرع الفرنسي أصبح يعترف بنظرية الظروف الطارئة بشكل صريح وقطعي بفضل المادة 1195 التي أحدثت ثورة في القانون المدني الفرنسي **(مطلب أول).**

لنعالج في المطلب الثاني موقف التشريعات الأنجلوساكسونية بالإضافة إلى اللاتينية الجرمانية كالمشرع الألماني باعتبار هذا الأخير ورغم كونه لاتيني إلا أن ظروف الحرب العالمية الأولى غيرت من نظرته حول نظرية الظروف الطارئة.

ففي بداية الأمر رفض القانون الإنجليزي الأخذ بنظرية الظروف الطارئة بصفة قطعية وأكد على التطبيق المطلق للالتزام مهما تغيرت الظروف، وهذا ما أكدته قضية برادين، ليتراجع الموقف الإنجليزي عن موقفه المتشدد بعد أن أخذ بنظرية الاستحالة وفق صورها المختلفة والتي تكاد تكون في بعض صورها الأقل تشددا أشبه ما تكون لنظرية الظروف الطارئة **(مطلب ثان).**

من أجل ذلك جاء المبحث الثاني على النحو الآتي:

المبحث الثاني: موقف التشريعات الأجنبية من مسألة تغير الظروف واختلال التوازن العقدي.

[1] **محمود نديم الخضر**، مرجع سابق، ص 165.

- المطلب الأول: موقف النظام اللاتيني من مسألة اختلال التوازن العقدي بسبب الظروف الطارئة.
- المطلب الثاني: موقف النظامين الأنجلوساكسوني والجرماني من مسألة تغير الظروف.

المطلب الأول: موقف النظام اللاتيني من مسألة اختلال التوازن العقدي بسبب الظروف الطارئة.

كما هو معلوم فقد كان القانون الفرنسي من أشد المعارضين لفكرة أو نظرية الظروف الطارئة، على الأقل في المجال المدني، فرغم أنه كان يأخذ بالقوة القاهرة كسبب من أسباب انقضاء الإلتزام**(فرع أول)**، إلا أنه رفض تعديل العقد الذي يلحقه إرهاق بسبب ظروف طارئة بحجة القوة الملزمة للعقد وقدسيته والتي لطالما نادى بها المشرع الفرنسي و لمدة طويلة، والذي كان لقضية كرابون الأثر البالغ في تجسيد وتبيان مدى قدسية العقد حسب القضاء الفرنسي، واستمر الرفض إلى غاية تعديل القانون المدني الفرنسي سنة 2016 **(فرع ثان)**.

كان الأمر 2016-131 الصادر يوم 10 فيفري 2016 نقطة فارقة في التشريع الفرنسي، والذي ألغى المادة 1134 من القانون المدني التي كانت هي أساس تكريس مبدأ القوة الملزمة للعقود، ورفض أي تعديل للعقد مهما تغيرت الظروف، وهي المادة التي استندت عليها محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير الخاص بقناة كرابون، والذي منعت بموجبه محكمة النقض تعديل العقد أين رفضت الأخذ بنظرية الظروف الطارئة آنذاك، وبالتالي فإن إلغاءها كان بمثابة ميلاد نظرية الظروف الطارئة في التشريع الفرنسي والذي أكدته المادة 1195 حيث أصبح المشرع الفرنسي يعترف بنظرية الظروف الطارئة بشكل صريح وقطعي **(فرع ثالث).**

و بالعكس من القانون المدني الفرنسي الذي لم يأخذ بنظرية الظروف الطارئة إلا مؤخرا، فإن القانون الإداري الفرنسي كان سباقا بالأخذ بنظرية الظروف الطارئة من أجل تعديل بنود العقد ولم يتقيد بالقوة الملزمة للعقد، ولعل قضية غاز بوردو الشهيرة وإن كانت ليست الوحيدة إلا أنها الأشهر في تبيان موقف القضاء الإداري من تغير الظروف **(فرع رابع).**

ومن أجل تبيان موقف التشريعات اللاتينية بوضوح، تم تقسيم هذا المطلب إلى أربعة فروع، على النحو الآتي ذكره:

المطلب الأول: موقف النظام اللاتيني من مسألة اختلال التوازن العقدي بسبب الظروف الطارئة.

- الفرع الأول: استحالة تنفيذ العقد بسبب القوة القاهرة في القانون الفرنسي.
- الفرع الثاني: رفض القانون والقضاء الفرنسيين تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة.
- الفرع الثالث: تغير موقف المشرع الفرنسي من تعديل العقد بسبب تغير الظروف الطارئة بعد الأمر 2016-131.
- الفرع الرابع: موقف القضاء الإداري الفرنسي من نظرية الظروف الطارئة.

الفرع الأول: استحالة تنفيذ العقد بسبب القوة القاهرة في القانون الفرنسي.

يمكن أن يتأثر العقد بصفة عامة، وبالأخص عقود التجارة الدولية نظرا لخصوصية اتصالها بأكثر من نظام قانوني واحد، وكذا الفارق الزمني الطويل بين وقت إبرامها وتنفيذها، بتغير الظروف، إلا أن هذا التغير في الظروف قد يؤدي إلى استحالة مطلقة في تنفيذ العقد، وهو الذي أخذ به المشرع الفرنسي إذ أعفى المدين من التزاماته العقدية بسبب مـــا يسمى بالقوة القاهرة **"force majeure"**، عكس الظرف الطارئ **" imprévision".** حيث أنه في الحالة الأخيرة كان المشرع الفرنسي قبل 2016 يرفض رفضا قاطعا إعمال نظرية الظروف الطارئة.[1]

أخذ المشرع الفرنسي بالقوة الملزمة للعقد،**" force obligatoire du contrart"**، حيث يعتبر أن الاتفاقات التي تكونت شرعيا تكتسب حجة القانون قبل من أنشأها.[2]

[1] **محمد نسيم الخضر**، مرجع سابق، ص 176.

[2] **يوسف حسن يوسف**، العقود التجارية الإلكترونية الدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، القاهرة، مصر، 2012، ص 124.

وكي يتم إعمال القوة القاهرة كسبب من أسباب انقضاء الالتزام دون تنفيذ العقد، يجب حسب القضاء الفرنسي توافر ثلاثة عناصر:

- حادث غير متوقع.
- حادث لا يمكن مقاومته (لا يمكن تجنبه).
- حادث أجنبي (خارج عن إرادة المدين).

وإذا ما توافرت هذه الشروط ولم يكن لإرادة الطرفين المتعاقدين دخل فيها، فيمكن التحلل من العقد دون تنفيذه شريطة أن يكون الحادث قد طرأ بعد إبرام العقد، مع عدم قبول الأطراف بتحمل الحادث.[1]

وتنص المادة 1351 من القانون المدني الفرنسي، على أنه في حالة استحالة تنفيذ العقد بسبب القوة القاهرة وكانت الاستحالة مطلقة ودائمة فإن المدين يتحلل من التزامه إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك، بأن يتحمل أحد الطرفين تبعة ما يترتب عن القوة القاهرة، أو تم تنبيه أحد الأطراف بذلك مسبقا.[2]

الفرع الثاني: رفض القانون والقضاء الفرنسيين تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة.

كما تمت الإشارة إليه، فإنه إذا كان المشرع الفرنسي قد أخذ بالقوة القاهرة كسبب من أسباب انقضاء الالتزام، فإن الأمر يختلف في حالة الظروف الطارئة والتي رفض المشرع الفرنسي لمدة طويلة الأخذ بها، واستمر الرفض إلى غاية سنة 2016 والتي اعترف المشرع الفرنسي بعدها بنظرية الظروف الطارئة لأول مرة.

---

[1] Art 1218 code civile francais dispose que :
Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1.

[2] Art 1351 code civile francais dispose que :
L'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure.

وفي نفس السياق رفضت محكمة النقض قبل هذا التاريخ الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، بل رأت أن المحاولات التي تقوم بها محاكم الدرجة الأولى من أجل الاعتراف بنظرية الظروف الطارئة قياسا على التشريعات التي اعترفت بالقوة القاهرة أمر غير موفق.

ولعل أبرز موقف لمحكمة النقض الفرنسية، والذي بين رفضها القاطع الأخذ بنظرية الظروف الطارئة من أجل تعديل العقود هو قضية **كرابون.**

ويتمثل قرار قناة **كرابون** في القرار الشهير الذي صدر في **6مارس 1876** من قبل الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية، والذي أصبح قرارا شهيرا متعلقا بمبدأ قدسية العقد والقوة الملزمة للعقد، طبقا للمادة **1134** من القانون المدني الفرنسي قبل تعديلها بموجب الأمر 2016-131.[1]

تعود وقائع قضية كرابون إلى القرن السادس عشر، أين تم إبرام عقد بين صاحب قناة كرابون يتلقى بموجبه تعويضا ب ثلاثة(03) سنتات مقابل صيانة القناة وتوريد الماء لسهل مجاور (**la plaine de la crau**).

ظل التزام المالك وورثته من بعده قائما لمدة ثلاثة قرون منذ إبرام العقد، وفي القرن التاسع عشر ونظرا لانخفاض قيمة العملة، أصبحت قيمة التعويض هزيلة لا تكفي لمصاريف صيانة القناة، فقام ورثة مالك القناة باللجوء إلى القضاء من أجل محاولة تعديل قيمة التعويضات المتحصل عليها جراء صيانة القناة.

إلا أن محكمة النقض الفرنسية كان لها رأي مغاير، حيث قضت في فحوى قرارها المشار إليه أعلاه أنه ليس من صلاحية القضاء الأخذ بالحسبان عامل الزمن وتغير الظروف من أجل تعديل التزامات الأطراف المتعاقدة، وإدخال بنود جديدة في العقد غير تلك التي تم الاتفاق عليها بين الأطراف أثناء إبرامهم للعقد.

وبالتالي رفضت محكمة النقض بصفة قطعية إمكانية تدخل القضاء من أجل إحداث توازن بين التزامات الأطراف المتعاقدة التي لم تنظم وضعية حدوث ظروف طارئة وغير متوقعة.

[1] Art 1134(version en vigueur du 17 février 1804 au 1 octobre 2016) dispose :
"Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.
Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.
Elles doivent être exécutées de bonne foi "

واستندت محكمة النقض من أجل تسبيب قرارها على القوة الملزمة للعقد طبقا للمادة **1134** (تم إلغاؤها مؤخرا بموجب **الأمر 2016-131**) والتي تنص على أن العقود المبرمة طبقا للقانون تظل ملزمة للأطراف، ورفضت بذلك إمكانية تعديل تلك العقود من طرف القاضي حتى في حالة حدوث تغيرات جوهرية في الظروف أدت إلى اختلال توازن الأداءات بين الأطراف المتعاقدة.[1]

وباستقراء قرار محكمة النقض الفرنسية بخصوص قضية كرابون، نجد أن هذا الاجتهاد وإن كان فعلا قد رفض أن يعطي للقاضي إمكانية تعديل العقد المتفق عليه بين الأطراف بنفس القدر الذي منع فيه على أحد الأطراف التملص من التزاماته العقدية بسبب الظروف التي طرأت نظرا للمدة الطويلة التي استغرقها العقد، وجاء رفض المحكمة استنادا لمبدأ قدسية العقد والقوة الملزمة للعقود طبقا للمادة 1134 من القانون المدني الفرنسي سابقا، إلا أن ذات الاجتهاد لم يمنع الأطراف المتعاقدة من إمكانية توقع تلك الظروف، إذ نص أنه كان بإمكان الأطراف المتعاقدة توقع حدوث أمر مماثل وتضمين عقدهما آليات تسمح بتعديل العقد في حال طرأت ظروف طارئة لم تكن متوقعة.

كما أن قرار المحكمة لم يمنع إمكانية اتفاق الأطراف على تعديل العقد، بل منع على القاضي فعل ذلك، حيث كان يمكن للأطراف المتعاقدة إضافة بنود في العقد إن شاؤوا، تسمح بتحديد الإمكانيات التي من خلالها يمكن مراجعة العقد في حالة ظهور ظروف طارئة غير متوقعة تهدد التوازن العقدي بين الأطراف، أو ما يعرف بإعادة التفاوض **(hardship)**.

قد يبدوا رأي محكمة النقض الفرنسية بخصوص عدم إعطائها القاضي إمكانية تعديل العقد من أجل إحداث التوازن بين التزامات الأطراف أمرا مجحفا، خاصة أن هذا الرأي لا يأخذ في الحسبان الواقع الاقتصادي للعقد ومن غير المعقول أن يتحمل طرف عواقب ظروف لم تكن أصلا متوقعة، حتى أن هذا الالتزام رغم تغير الظروف قد يمس أصلا حسب رأي البعض برضى أحد الأطراف المتعاقدة لأن أصلا رغبة ورضى الطرف المتضرر من تغير الظروف كانت ستتوجه إلى الأخذ

[1] راجع **الملحق رقم 01**، الذي يحوي قرار محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية الصادر بتاريخ 06 مارس 1876 بخصوص قضية قناة كرابون.

Cour de cassation, civ., 06-03-1876

بتعديل العقد في حالة تغير الظروف لو توقع ذلك، أو كان سيمتنع عن التعاقد لو علم يقينا بحدوث هذه الظروف الطارئة التي أخلت بتوازن العقد.

لهذا السبب حاولت محكمة النقض الفرنسية أخذ هذا الأمر بعين الاعتبار متحججة بضرورة تنفيذ العقد بحسن نية حسب الفقرة الأخيرة من المادة 1134، حين نصت على ضرورة تنفيذ بنود العقد بحسن نية.[1]

إلا أن المحكمة لم تحد عن المبدأ الأساسي القاضي بالقوة الملزمة للعقد حسب نص المادة 1134 لا سيما الفقرتين الأولى والثانية منه إلى غاية إلغاء المادة سنة 2016 بموجب الأمر 2016-131 الذي عرف تعديل القانون المدني الفرنسي وإلغاء المادة 1134 وإدخال مادة تعترف لأول مرة بنظرية الظروف الطارئة تحت مسمى مصطلح **"l'imprévision".**

الفرع الثالث: تغير موقف المشرع الفرنسي من تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة بعد الأمر 131-2016.

يقول الأستاذ **فليب قالغل**[2]، أستاذ محاضر بكلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة نيس: " لن نقول بعد الآن لطلبتنا:

" Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.
Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ".

حيث أن الأمر **2016-131** الصادر يوم **10 فيفري 2016** كان من بين ضحاياه المادة **1134** من القانون المدني، والذي دخل حيز التنفيذ في **الفاتح من أكتوبر 2016.**[3]

[1] Art 1134(version en vigueur du 17 février 1804 au 1 octobre 2016) dispose :
"Elles doivent être exécutées de bonne foi "

[2] Philippe KAIgL
Maître de conférences à la Faculté de droit et science politique de l'Université de Nice Sophia-Antipolis, Membre du CERDP (E. N° 1201), Avocat au Barreau de Grasse.

[3] **Philippe kalgl,** l'article 1134 du code civil est mort, vive l'article 1134, les petites affiches des Alpes-Maritimes, hebdomadaire d'information juridique, économiques, politique et général, 27 mai 2016.

في حقيقة الأمر فإن المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي كانت مادة فارقة في تكريس مبدأ القوة الملزمة للعقود، ورفض أي تعديل للعقد مهما تغيرت الظروف، وهي المادة التي استندت عليها محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير الخاص بقناة كرابون[1]، والذي منعت بموجبه محكمة النقض تعديل العقد وبالتالي رفضت الأخذ بنظرية الظروف الطارئة آنذاك.

بعد تعديل المادة 1134 [2]والتي كانت تمنع إدخال أي تعديل على العقد والالتزام بتنفيذه مهما تغيرت الظروف، يمكن القول أن المشرع الفرنسي أصبح يعترف بنظرية الظروف الطارئة بشكل صريح وقطعي.

فبعد أن كان المشرع الفرنسي ومعه القضاء من أشد الرافضين لمبدأ أو نظرية الظروف الطارئة، متحججين بمبدأ قدسية العقد الذي كرسته المادة 1134، والتي تنادي بضرورة احترام الأطراف للعقد حسب ما تم الاتفاق عليه، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في عدة قرارات لعل أبرزها قضية قناة كرابون، أحدثت المادة **1195**[3] التي تم استحداثها بموجب الأمر 2016-131 ثورة في القانون المدني الفرنسي، والتي كانت بمثابة اعتراف من المشرع الفرنسي ومعه القضاء بنظرية الظروف الطارئة، مع تعديل المادة 1134 التي كانت تقضي بالقوة الملزمة للعقد والتي استمرت من 17 فيفري 1804 إلى 1 أكتوبر 2016 تاريخ دخول المادة 1195 والتعديلات الجديدة بموجب الأمر 2016-131 حيز التنفيذ.

---

[1] راجع الصفحة 77 بخصوص قضية كرابون.

[2] بعد التعديل أصبحت المادة 1134 تتحدث عن الغلط في شخصية المتعاقد وأن هذا الغلط لا يعد سببا في إلغاء العقد مالم يكن شخص المتعاقد هو الدافع والسبب للتعاقد.

Art 1134(Modifié par L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 entré en vigueur au 1 octobre 2016) dispose :
"L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne."

[3] Art 1195(Modifié par L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 entré en vigueur au 1 octobre 2016) dispose :
"Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.
En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe".

وتنص المادة 1195 المشار إليها أعلاه على أنه، إذا حدثت ظروف طارئة وغير متوقعة أثناء تنفيذ العقد تجعل من تنفيذه أمرا شاقا لأحد الأطراف ولم يتقبل تحمل ذلك، يمكن لهذا الأخير أن يطلب من الطرف الآخر إعادة التفاوض على محتوى العقد، مع الاستمرار في تنفيذ التزاماته أثناء مرحلة التفاوض.

وفي حالة رفض أو فشل المفاوضات، يمكن للأطراف أن تتفق على إنهاء العقد، في التاريخ وبالشروط التي تحددها الأطراف، أو أن تطلب باتفاقهما من القاضي العمل على تعديل وتكييف العقد.

وفي حالة عدم التوصل الى اتفاق في مدة معقولة، يمكن للقاضي بطلب أحد الأطراف أن يقوم بتعديل العقد أو إنهائه في التاريخ والشروط التي يحددها.

في الواقع فإن التجربة الفرنسية بخصوص العقود لم تنتظر صدور النص القانوني الذي يسمح بتعديل العقود بسبب الظروف الطارئة، إذ قام القانونيين بوضع عدة آليات تسمح بذلك بطرق غير مباشرة مثل النص على شرط إعادة التفاوض أثناء إبرام العقد مثلا، خاصة في عقود التجارة الدولية.

إلا أنه حاليا وبصدور الأمر 2016-131 وبالأخص المادة 1195 أصبحت نظرية الظروف الطارئة التي لا طالما رفضها المشرع الفرنسي ومحكمة النقض على مر التاريخ لمدة تقارب 140 سنة، أصبحت من التاريخ، حيث يمكن للأطراف المطالبة بتعديل العقد أو حتى إنهائه دون أن يكونوا قد اشترطوا ذلك في العقد.

كانت فرنسا آخر الدول الأوروبية التي اعترفت بنظرية الظروف الطارئة، حيث أن كثرة العقود وتشعبها خاصة تلك التي يمتد آجال تنفيذها لسنوات طويلة، ومع تقلبات البيئة الاقتصادية المتكررة، كل ذلك دفع بالمشرع الفرنسي إلى الاعتراف بالنظرية.

ويمكن أن نرجع تردد المشرع الفرنسي في الاعتراف بنظرية الظروف الطارئة كآلية لمراجعة العقود التي تتأثر بتغير الظروف إلى تخوفه من إعطاء سلطة مبالغ فيها للقاضي للتدخل في تعديل العقد.

ومع كثرة العقود المعقدة والطويلة الأمد كعقود التجارة الدولية مثلا، فإن عالم الأعمال كان يخشى أن يكون تدخل القاضي لتعديل العقد غير موفق، وإذا علمنا أن هذا التدخل لن يخضع لرقابة محكمة النقض التي تكتفي بتطبيق صحيح القانون وفقط، وبما أن المشرع قد أعطى للقاضي إمكانية التدخل فهو قد طبق القانون ولا مجال لمحكمة النقض للتدخل هنا.

ومع كثرة القضايا وعدم تخصص القاضي ودرايته بكافة العقود زاد تخوف الرافضين لإعطاء القاضي صلاحية تعديل العقود، إلا أنه ومع تقلب الأسواق الاقتصادية وتغيير ظروف تنفيذ العقود الطويلة الأمد عن تلك الظروف التي أبرمت في ظلها لم يعد بالإمكان الصمود طويلا دون إستحداث النظرية.

ولتطبيق نظرية الظروف الطارئة، فرض المشرع الفرنسي مجموعة من الشروط.

أولا: شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة وفق المشرع الفرنسي.

قبل إعمال نظرية الظروف الطارئة في القانون الفرنسي، كانت الأطراف المتعاقدة تلجأ في العديد من الأحيان إلى الأخذ بميكانيزمات متعددة لتفادي تأثر العقود بتغير الظروف خاصة طويلة الأمد منها، كعقود التجارة الدولية التي تتعرض أكثر من غيرها إلى تغير الظروف ومع عدم تطرق المشرع الفرنسي آنذاك للنظرية، يتم غالبا اللجوء لكل من شرط إعادة التفاوض، اشتراط التحكيم، شرط مراجعة السعر، آليات العرض والطلب، ...

ومن القوانين الفرنسية التي سبقت أيضا ظهور نظرية الظروف الطارئة نجد بعض القوانين الخاصة التي سعت لحماية أحد أطراف العقد من أي تغير في الظروف، بأن الزمت تضمين أي عقد بين أطراف معينة بندا ينص على وجوب التفاوض في حالات معينة كتغير الظروف الاقتصادية، فلو أخذنا على سبيل المثال بهذا الخصوص **قانون هامون (la loi hamon)** المؤرخ في **17 مارس 2014** الذي أدخل عدة تعديلات على قانون حماية المستهلك منها اشتراط إضافة بند في كافة العقود المتعلقة بتوريد وتوزيع المواد الفلاحية والغذائية يخص إمكانية إعادة التفاوض في حالة تغير الظروف الاقتصادية بصفة مفاجئة.[1]

[1] La loi no 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite « loi Hamon » du nom de Benoît Hamon, alors ministre délégué à l'Économie sociale et solidaire et à la consommation, est un texte de loi français ayant pour objet de renforcer les droits des consommateurs.

ولإعمال نظرية الظروف الطارئة حسب المادة 1195 من الأمر 2016-131، وجب توافر الشروط الآتية ذكرها:

1- تغير الظروف بصفة مفاجئة وغير متوقعة عما كانت وقت إبرام العقد:

ويجب حسب المادة أن تكون الظروف التي طرأت على العقد غير متوقعة لدى إبرام العقد، لذلك فإن هذا الشرط ينطبق عادة على العقود التي تمر فترة طويلة بين إبرامها وتنفيذها، ولعل أهم العقود التي تحقق هذا الشرط هي عقود التجارة الدولية التي تتأثر من جهة بتغير الظروف نظرا لاتصالها بأكثر من نظام قانوني، إذ أن فرصة حدوث ظرف طارئ يؤثر على توازن العقد في هكذا عقود تتضاعف بشدة، ومن جهة أخرى فإن أغلبية هذه العقود هي عقود طويلة الأمد ما يدفع إلى حدوث تغيرات غير متوقعة بين فترة الانعقاد والتنفيذ.

2- حدوث تغيير يجعل من تنفيذ العقد أمرا مرهقا:

من أجل تفعيل نظرية الظروف الطارئة، لا يكفي أن يكون الحادث مفاجئا وغير متوقع فحسب، بل يجب أن يجعل الحادث المفاجئ أو الظرف الطارئ من تنفيذ العقد أمرا مرهقا ومكلفا لأحد الأطراف على الأقل.

حيث إذا كان التغيير وإن كان مفاجئا لم يصل إلى حد يجعل من تنفيذ العقد أمرا مرهقا فلا مجال للمطالبة بإعمال نظرية الظروف الطارئة من أجل تعديل العقد أو انهائه.

كما يجدر التنويه في هده الحالة إلى أن المشرع الفرنسي قد اقترب بصفة كبيرة من نظرية القوة القاهرة، إذ من المعلوم أنه إذا أصبح تنفيذ العقد مستحيلا تنقضي معه التزامات الأطراف دون الحاجة إلى تعويض وهذا ما أكدته المادة **1307-02**[1].

[1] Art 1307-02 Crée par L' ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 3 dispose :
" Si elle procède d'un cas de force majeure, l'impossibilité d'exécuter la prestation choisie libère le débiteur".

ووجه الشبه بين القوة القاهرة والظروف الطارئة طبقا للمادة 1195، هو أن هذه الأخيرة تعطي للأطراف إمكانية الاتفاق على انهاء العقد بل وتعطي للقاضي أيضا حق إنهاء العقد إذا لم يتوصل طرفي العقد الى اتفاق يضمن إعادة توازن الالتزامات التعاقدية، حيث تنص المادة على أنه:

" في حالة عدم توصل الأطراف إلى اتفاق في حدود أجل معقول، يمكن للقاضي بطلب من أحد الأطراف تعديل أو إنهاء العقد في التاريخ وبالشروط التي يحددها...."[1]

3- عدم قبول الطرف المتضرر من تغير الظروف تحمل المخاطر:

الشرط الأخير يتمثل في عدم قبول الطرف الذي تضرر بفعل وقوع حوادث وظروف غير متوقعة أثرت بصفة كبيرة في تعادل الأداءات على تحمله الكامل للمخاطر.

والتساؤل المطروح هنا، كيف يمكن للطرف المتضرر أن يقبل بتحمل المخاطر.

هنا يجب الإشارة إلى أن هذا القبول غالبا ما يكون أثناء إبرام العقد، أين يتم إضافة بند مثلا ينص على تحمل طرف معين لأي ظرف قد يحدث أثناء تنفيذ العقد، ولو لم يكن متوقعا، حيث أن القانون المدني الفرنسي لم يمنع ذلك، على خلاف المشرع الجزائري الذي يعتبر المادة الخاصة بالظروف الطارئة من النظام العام ومنع أي اتفاق يخالفها.[2]

ثانيا: مراحل تنفيذ نظرية الظروف الطارئة طبقا للمادة 1195 من القانون المدني الفرنسي.

في حال تحققت الشروط الثلاثة المذكورة أعلاه، يمكن للأطراف المتعاقدة تفعيل عدة ميكانيزمات تسمح برفع الإرهاق وفقا للمادة 1195، تبدأ بإمكانية تعديل العقد وصولا إلى فسخه وإنهائه سواء باتفاق الأطراف أو بحكم من القاضي، ويمكن تلخيص هذه الوسائل فيما يلي:

---

[1] Art 1195(Modifié par L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 entré en vigueur au 1 octobre 2016) dispose :
"……..ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe".

[2] تنص المادة 107 ق.م على أنه :" ... غير أنه إدا طرأت حوادث استثنائية .... جاز للقاضي وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، **ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك**".

المرحلة الأولى: طلب التفاوض حول العقد.

يمكن للطرف المتضرر من تغير الظروف، والتي بموجبها أصبح الالتزام بما ورد في العقد أمرا مرهقا أن يوجه طلبا للطرف الآخر يطلب فيه إعادة التفاوض حول بنود العقد.

هذا الطلب ليس بالأمر الجديد، حيث أنه حتى قبل اعتراف المشرع الفرنسي بنظرية الظروف الطارئة بموجب المادة 1195 كان بإمكان الطرفين تعديل العقد ما دام أن التعديل سيكون برضى الطرفين، إلا أن الجديد الذي أتت به المادة هو إعطاء آليات جديدة للطرف المتضرر في حالة ما أبدى الدائن رفضه الدخول في مفاوضات من أجل تعديل العقد.

وهذا ما يحمي الطرف المتضرر من تعسف الدائن والذي سيكون غالبا رافضا لفكرة إعادة التفاوض طالما كان مستفيدا من الوضعية، ولن يقبل الدخول في مفاوضات لتغيير بنود العقد، خاصة إذا كان سيء النية.

المرحلة الثانية: إتفاق الأطراف المتعاقدة على إنهاء العقد أو طلبهما المشترك تعديله من القاضي.

في حالة رفض الطرف المتعاقد إعادة التفاوض حول بنود العقد بطريقة تسمح برفع الإرهاق الذي كان واقعا على الطرف الآخر إلى الحد المعقول الذي يسمح معه تنفيذ العقد بأريحية، أو في حالة فشل تلك المفاوضات إن تمت، يمكن للأطراف المتعاقدة أن تتفق على إنهاء العقد في التاريخ الذي يحددانه.

كما يمكن للأطراف المتعاقدة في حال عدم الاتفاق على تعديل العقد أو فشل المفاوضات أن يطلبا بالموافقة المسبقة لجميع الأطراف من القاضي القيام بتعديل العقد بما يحقق التوازن المنشود من الأطراف جميعا خاصة تلك المتضررة من العقد.

وفي هذا الشأن يجدر التنويه أيضا، أنه حتى قبل صدور المادة 1195 كان بإمكان الأطراف في حالة اتفاقهما إنهاء العقد بصفة ودية.

وهذا ما أكدته المادة 1134 قبل تعديلها، حيث أشارت إلى ضرورة التزام الأطراف بالعقد المبرم بينهما، إلا في حالة اتفاقهما المشترك على تعديله.[1]

[1] Art 1134(version en vigueur du 17 février 1804 au 1 octobre 2016) dispose :
"Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.
Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.
Elles doivent être exécutées de bonne foi "

إلا أن الجديد هنا هو الطلب الذي يمكن أن يقدمه الأطراف إلى القاضي من أجل تعديل العقد، مع العلم أن تدخل القاضي وكمرحلة أولى يتوقف على طلب مشترك من طرفي العقد، حيث لا يمكن في هذه المرحلة للقاضي أن يباشر أمر تعديل العقد إذا رفض أحد الأطراف ذلك.

المرحلة الثالثة: طلب أحد الأطراف من القاضي تعديل العقد أو إنهائه.

في حالة عدم توصل الأطراف إلى اتفاق حول تعديل العقد بعد طلب الطرف المتضرر الموجه في المرحلة الأولى للدائن، وبعد عدم اتفاق الأطراف على إنهاء العقد أو تعديله، أو عدم توصلهما لاتفاق مشترك يسمح بتوجيه طلب للقاضي للقيام بذلك.

وبعد مدة معقولة، يمكن للطرف المتضرر أن يطلب من القاضي برغبته المنفردة في هذه الحالة بتعديل بنود العقد أو إنهائه في التاريخ وبالشروط التي يحددها القاضي، وهذه المرحلة هي الشيء الجديد الذي أتت به المادة 1195.

وإن كانت هذه المرحلة أيضا تطرح جدلا كبيرا حول قدرة القاضي على تعديل بنود العقد، حيث إذا كانت الأطراف المتعاقدة قد وصلت إلى هذه المرحلة الأخيرة، فإنه لا شك وأن أمر تعديل العقد قصد رفع الإرهاق ليس بالأمر الهين، وكان معقدا لدرجة استحال معها تعديله باتفاق الأطراف أو حتى الاتفاق على إنهاء التزامات طرفي العقد بشكل يضمن تعادل الأداءات.

حيث أن القاضي قد يجد نفسه أمام تحد معقد حول عقود نوعية وجد تقنية، فلو أخذنا عقود التجارة الدولية كمثال على العقود التي تستدعي تعديلها بسبب طبيعة هذه العقود من طول تنفيذها وتأثرها بتغير الظروف لاتصالها بأكثر من دولة، فيجد القاضي نفسه أمام تحد شاق لا يلم به إلا المختصون في مجال عقود التجارة الدولية، مع العلم أن ذات القاضي قد لا يملك لا الوقت الكافي ولا الإمكانيات اللازمة لتعديل العقد والفصل في هكذا نوع من الالتزامات، وقد لا تكون له حتى الرغبة في الخوض في بنود معقدة استغرق الأطراف في إعدادها شهورا بل وحتى سنوات.

هذا ما يحتاج إلى خبراء اقتصاديين وليس فقط قانونيين وقضاة، لذلك فإن التوصل إلى حل بخصوص هذه العقود لا يتطلب في الواقع تدخل القاضي بقدر ما يتطلب توسط خبراء أو وسطاء لهم باع طويل في هذه النوعية من العقود.

بالإضافة إلى كل ذلك فإن أحد الأطراف قد يرفض غالبا أي تعديل من القاضي بحجة أن تدخله لرفع الإرهاق الواقع على المدين سيزيد حتما من التزاماته، وهذا مالم يتوقعه أثناء إبرام العقد.

لذلك فالتجربة أثبتت أن أغلبية العقود التي تتعرض لتغير الظروف نظرا لطبيعتها وخصوصيتها كطول أجل التنفيذ، غالبا ما تستبق الأطراف المتعاقدة أمر تفعيل هذه المادة بتضمين العقد آليات وبنود تفرض إعادة التفاوض، أو بالعكس من ذلك بأن تضمنه بندا يمنع تفعيل نظرية الظروف الطارئة، بأن يتحمل طرف معين المخاطر التي قد تنجم عن تغير الظروف، أو أن يشترط الطرفين ربط تفعيل نظرية الظروف الطارئة بضرورة الوصول إلى حد معين من الخسارة، حد قد يكون في غالب الأحيان كبيرا جدا ومن النادر الوصول إليه.

ولا شك بأن التجربة أثبتت أن الأطراف المتعاقدة قبل تعديل القانون المدني الفرنسي وإضافة المادة الخاصة بالظروف الطارئة، كانت تملك من الإمكانيات ما يمنع تدخل القاضي من أجل إنهاء العقد أو تعديله في أحسن الأحوال.

وهذا ما أثبتته التجربة في إنجلترا التي تأخذ مثلا بنظرية **الاستحالة (frustration)**، ونعلم جميعا مدى مغالاة احترام النظام الأنجلوساكسوني في احترام مبدأ قدسية العقد، فنادرا ما يتدخل القضاء الإنجليزي من أجل تعديل العقد رغم إمكانية ذلك وفقا للقوانين السائدة.

وأخيرا فإن ما يحسب من فضل على المادة 1195 التي أدخلت نظرية الظروف الطارئة في المنظومة التشريعية الفرنسية، أنها تذكر وتدفع الأطراف المتعاقدة إلى عدم نسيان وضع ميكانيزمات من أجل التصدي للظروف الطارئة في حالة وقوعها، وإلا تدخل القاضي لفعل ذلك.[1]

---

[1] **Fabrice Patrizio**, avocat associé du cabinet Archers, Théorie de l'imprévision : A quoi sert le nouvel article 1195 du Code civil ? le monde du droit, le magazine des professions juridiques, 15/09/2016.

L'imprévision, mal aimée historique du droit français, est désormais consacrée par la réforme du droit des contrat.

"…….S'en est donc fini du rejet de principe posé par l'arrêt historique « Canal de Craponne » en date du 6 mars 1876 concernant la révision du contrat pour imprévision. 140 années de jurisprudence au cours desquelles aucune considération de temps ou d'équité ne pouvait permettre au juge civil de modifier la convention des parties au motif que la force obligatoire des conventions s'impose aux parties et au juge.

En retard sur ses voisins, la France était l'un des derniers pays d'Europe à ne pas reconnaître la théorie de l'imprévision en matière civile. En effet, la multiplication des contrats de longue durée dans un environnement économique de plus en plus instable a conduit à la consécration de la révision judiciaire du contrat pour imprévision tant au travers des projets européens de droit des contrats qu'avec les avant-projets de réforme…..

Finalement, le seul bénéfice de ce nouvel article 1195 n'aura-t-il pas été de nous sensibiliser, en tant que praticiens, sur la nécessité de ne pas omettre le traitement contractuel de l'imprévision lors de la rédaction de nos contrats ? C'est sans doute déjà beaucoup".

الفرع الرابع: موقف القضاء الإداري الفرنسي من نظرية الظروف الطارئة.

بالعكس من القانون المدني الفرنسي الذي لم يأخذ بنظرية الظروف الطارئة إلا مؤخرا، فإن القانون الإداري الفرنسي كان سباقا بالأخذ بنظرية الظروف الطارئة من أجل تعديل بنود العقد ولم يتقيد بالقوة الملزمة للعقد، ربما لعدم خضوع القانون الإداري إلى قواعد القانون المدني من جهة، وكذا اتصال القضايا التي يفصل فيها مجلس الدولة عادة بالصالح العام، ما دفع بمجلس الدولة إلى عدم البقاء مكتوف الأيدي تجاه تغير الظروف من أجل تعديل العقود.

وإذا كانت قضية غاز **بوردو**[1] من أهم القضايا التي بينت الموقف القضائي الفرنسي في المجال الإداري من نظرية الظروف الطارئة إلا أنها ليست القضية الأولى في هذا المجال.

ورغم اعتراف القضاء الإداري الفرنسي بنظرية الظروف الطارئة إلا أن القضاء العادي وبالضبط محكمة النقض الفرنسية أحبطت كل المحاولات التي سعت إليها محاكم الدرجة الأولى في سبيل وضع أسس النظرية على أرض الواقع في المجال المدني إلى غاية صدور الأمر 2016-131 الذي اعترف لأول مرة بالنظرية في المجال المدني وذلك بموجب المادة 1195.

ربما يعود تباين موقف القضاءين المدني والإداري إلى اختلاف العقود المدنية عن نظيرتها الإدارية، فإذا كانت الأولى تخضع إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فإن العقود الإدارية لا تخضع لإرادة الأطراف إذ يعد القانون الإداري أساس تلك العقود كما أن كون القانون الإداري قانون قضائي النشأة ساهم في بروز الدور الجلي لمجلس الدولة في وضع أسس نظرية الظروف الطارئة في المجال الإداري، عكس القانون المدني الذي يكتفي بتطبيق القانون وتقديس العقد.

https://www.lemondedudroit.fr/decryptages/15430-theorie-de-limprevision-a-quoi-sert-le-nouvel-article-1195-du-code-civil.html
consulté le 19/09/2020 a 10h25

[1] راجع الصفحة 67 بخصوص قضية غاز بوردو الشهيرة.

وفي هذا الشأن يجب التفرقة بين نظرية الظروف الطارئة الموجودة في القانون الإداري و**نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة** **théorie des sujétion imprévues** و كذا **نظرية فعل الأمير** ، وسنحاول توضيح أهم الفروقات بينهم.

أولا: نظرية فعل الأمير.

يمكن تعريف نظرية فعل الأمير بأنه: " عمل يصدر من السلطة العامة من دون خطأ من جانبها من شأنه أن يؤثر على التزامات المتعاقد مع الإدارة ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة بتعويض المتعاقد المتضرر عن الأضرار التي تلحقه بما يعيد التوازن المالي للعقد"، ويطلق عليها أيضا نظرية المخاطر الإدارية.[1]

وبالتالي إذا صدر عمل أو تصرف من قبل الإدارة وأدى إلى اختلال التوازن العقدي وتعديل شروط العقد تلتزم الإدارة بالتعويض الكامل عن الأضرار التي لحقت بالطرف الآخر.

ولقيام نظرية فعل الأمير لابد أن يكون تصرف الإدارة من قبيل الامتيازات العادية المعترف بها للسلطات العامة في مجال العقود الإدارية كقدرة فسخ العقد بإرادتها المنفردة، أو سلطتها في تعديله، وسلطتها الرقابية.

فنظرية فعل الأمير لا تنطبق إلا في حالة اتخاذ الإدارة لتدابير غير متوقعة وغير عادية ولا تدخل في مجال اختصاصها وامتيازاتها المعترف بها لها في القانون، مثل صدور قانون يمنع استيراد سلعة معينة أو اتخاذ إجراءات استثنائية في مجال الضبط الإداري خارجة عما اتفق عليه الأطراف المتعاقدة وأدى إلى اختلال كبير في الأداءات بين الأطراف، ما يستوجب التعويض الكامل للإدارة عما لحق الطرف الآخر من خسائر.

وهذا ما يميزها عن نظرية الظروف الطارئة التي لا ينتج عنها تعويضا كاملا بل مجرد إعادة إحداث توازن للأداءات الموجود في العقد.

ثانيا : نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

تتعلق النظرية بمجال العقود الإدارية في مجال الصفقات العمومية، أين يمكن للطرف المتعاقد مع الإدارة الحصول على تعويض كامل جراء حدوث ظروف مادية غير متوقعة.

---

[1] **سليمان محمد الطماوي**، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، ط3، القاهرة، مصر، 1975، ص719.

والحادث المادي المفاجئ يجب أن يكون دون تدخل إرادة الأطراف، وغير متوقع أثناء إبرام العقد.

فتختلف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عن نظرية الظروف الطارئة بأن الأولى خاصة بمجال الصفقات العمومية فقط، عكس نظرية الظروف الطارئة المتعلقة بالمجال الإداري كله، كما أن التعويض يكون كاملا في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عكس نظرية الظروف الطارئة التي يكون التعويض فيها جزئيا بقدر ما يحقق تعادلا في الأداءات.[1]

وبالطبع تختلف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هنا عن القوة القاهرة، هذه الأخيرة تجعل من تنفيذ العقد مستحيلا استحالة مطلقة، بينما الأولى يتعرض فيها العقد إلى عوامل مادية خارجية تجعل من تنفيذه مرهقا وليس مستحيلا.

وعرفت فرنسا، العديد من الحالات المتعلقة بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، يمكن أن نذكر منها مثلا:

- **قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 13 أكتوبر 1978**، بخصوص أرضية غير مستقرة vendée.
- **قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 29 أفريل 1953**، الذي عالج قضية أرض صخرية صلبة مقارنة لأرضية المنطقة في moissac.
- **قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 05 جانفي 1944**، الذي تطرق إلى وجود جيوب مائية أثناء الأشغال وما سببته من صعوبات للجهة المكلفة بالبناء montpellier .
- **قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 13 ماي 1987**، المتعلق بالصعوبات التي لحقت بشركة سيترا فرانس citra France جراء هطول أمطار غزيرة لمدة 30 يوما، وهو أمر غير مألوف بالمنطقة، بالناحية الباريسية خصوصا في شهر سبتمبر.[2]

---

[1] **محمد الصغير باعلي**، العقود الإدارية، دار العلوم، الجزائر، 2005، ص 85.

[2] Conseil d'Etat, 1 / 4 SSR, du 13 mai 1987, 35374 50006 50065, mentionné aux tables du recueil Lebon Conseil d'Etat - 1 / 4 SSR

Statuant au contentieux N° 35374 50006 50065

Considérant, en second lieu, qu'il ne résulte pas davantage de l'instruction que les difficultés d'approvisionnement en ciment résultant de la grève des cimenteries qui a eu lieu au cours du mois de décembre 1973 aient eu pour effet, eu égard à l'importance limitée du préjudice subi de ce chef par les entreprises, de bouleverser l'économie du marché;

Sur les sujétions imprévues supportées par les entreprises:

Considérant que s'il n'est pas contesté que les pluies tombées sur la région parisienne pendant les mois de septembre et d'octobre 1974 ont revêtu par leur importance un caractère exceptionnel et imprévisible, il résulte de l'instruction et notamment du rapport d'expertise que ces pluies n'ont pas eu d'incidence sur la réalisation des ouvrages d'art;

En ce qui concerne les travaux de terrassement, les travaux routiers et les travaux d'assainissement:

Considérant, en premier lieu, qu'il ne résulte pas de l'instruction qu'en fixant à 350 000 F le montant de l'indemnité accordée au groupement d'entreprises en réparation des préjudices

فتختلف الالتزامات الناتجة عن الإدارة والمتعاقد باختلاف النظرية المعتمد عليها، حيث أنه:

1- يلتزم المتعاقد بمواصلة تنفيذ التزاماته في حالة الظروف الطارئة طالما أن الحادث جعل من تنفيذ العقد أمر مرهقا وليس مستحيلا، فالاستحالة المطلقة تستوجب تطبيق القوة القاهرة.

2- يجب على الإدارة أن تساهم في تحمل الخسائر بصفة جزئية، في حالة الظروف الطارئة، بينما تتحمل الخسائر بصفة كلية في حالة الصعوبات المادية الغير متوقعة أو فعل الأمير.

3- يستوجب تفعيل نظرية الظروف الطارئة وقوع حادث استثنائي غير متوقع دون أن يكون لإرادة الأطراف دور في ذلك، كما يجب أن يؤدي الظرف إلى خسائر معتبرة ومؤثرة، بينما في حالة الصعوبات المادية الغير متوقعة فإنه يتم تطبيقها في حالة حدوث أضرار و صعوبات مادية غير متوقعة دون تدخل من الأطراف، و إذا كان الأمر بفعل عمل الإدارة فنكون أمام نظرية فعل الأمير.[1]

المطلب الثاني: موقف النظامين الأنجلوساكسوني والجرماني من مسألة تغير الظروف.

بعد التطرق إلى النظام اللاتيني ممثلا في النظام القانوني الفرنسي، سنتطرق أدناه إلى الحديث عن النظامين الأنجلوساكسوني والجرماني، فالنظام القانوني الإنجليزي في بداية الأمر كان رافضا للأخذ بنظرية الظروف الطارئة رفضا مطلقا، متمسكا بالتطبيق المطلق للالتزام مهما تغيرت الظروف وهذا ما تأكد بصفة قطعية في قضية برادين الشهيرة **(فرع أول).**

إلا أن الموقف الموقف الإنجليزي بدأ في اللين رويدا رويدا، بعد الأخذ بنظرية الاستحالة، حيث اعترف في بداية الأمر باستحالة التنفيذ المادية فقط، ثم لاحقا أخذ بالاستحالة الشخصية ليعترف في آخر المطاف بالاستحالة الاقتصادية كصورة مشابهة وأقرب ما تكون للظروف الطارئة **(الفرع الثاني).**

أما التشريع الألماني الحديث فلم يشر في بادئ الأمر للظروف الطارئة، إلا أن الحرب العالمية الأولى كان لها الأثر البالغ في الاعتراف بإمكانية تغير الظروف وعدم الالتزام بصفة مطلقة بالقوة

https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007738027/
consulté le 22/03/2021 a 13h10.

[1] **عمار بوضياف**، شرح الصفقات العمومية، دار جسور، ط3، الجزائر، 2011، ص 222.

الملزمة للعقد خلافا للمشرع الفرنسي رغم انتمائهما لنفس النظام القانوني (الروماني الجرماني)[1] وهذا ما سيتم التفصيل فيه في **الفرع الثالث.**

وبعد ذلك حاول المشرع الألماني التوسع في نظرية الاستحالة بصورة تكاد تكون أقرب إلى نظرية الظروف الطارئة منه إلى الاستحالة المطلقة، عكس نظيره الفرنسي، ليواصل القضاء التوسع في نظرية الاستحالة ليضع أسس نظرية متطورة نسبيا عن الاستحالة التقليدية هي شبيهة بالظروف الطارئة اعتمادا على مبدأ حسن النية الموجود في التشريع الألماني **(الفرع الرابع).**

بناء على ذلك جاء المطلب الثاني حسب ما هو مبين أدناه:

المطلب الثاني: موقف النظامين الأنجلوساكسوني والجرماني من مسألة تغير الظروف.

- الفرع الأول: رفض النظام القانوني الانجليزي إعمال النظرية مبدئيا.
- الفرع الثاني: دور نظرية الاستحالة في تخفيف الموقف الإنجليزي من تغير الظروف.
- الفرع الثالث: اعتماد المشرع الألماني على نظرية الاستحالة كموقف سابق لاعتماد نظرية الظروف الطارئة.
- الفرع الرابع: دور مبدأ حسن النية في اعتماد القانون والقضاء الألمانيين لنظرية الظروف الطارئة.

الفرع الأول: رفض النظام القانوني الإنجليزي إعمال النظرية مبدئيا.

من المعلوم أن القانون الإنجليزي هو قانون غير مدون، إذ هو أساسا مستمد من الأحكام والسوابق القضائية، لذلك يقال أن القانون الإنجليزي هو نظام السوابق القضائية.

[1] ينقسم التشريع الروماني الجرماني، إلى التشريع اللاتيني الذي يمثله النظام القانوني الفرنسي والتشريع الجرماني الذي يمثله النظام القانوني الألماني.
والنظام الجرماني القديم كان يضم القانون المدني البافاري، الروسي والنمساوي، أما التشريع الجرماني الحديث يقصد به القانون المدني الألماني الصادر في 1 يناير 1990.

وتتكون مجموعة السوابق القضائية من مجموعة المبادئ والأعراف التي كانت مطبقة في المملكة المتحدة والتي كان يطلق عليها سابقا "الشريعة العامة"، قبل أن يتغير مفهوم هذه الأخيرة إلى مجموعة القوانين غير المكتوبة المستمدة من القضاء.

وقد رفض القضاء الإنجليزي في بداية الأمر الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، حيث تمسك القضاء بداية بمبدأ التنفيذ المطلق للالتزام مهما تغيرت الظروف، وهو ما يعرف بـ **perform perfectly**.[1]

يتضح الموقف الإنجليزي الرافض للأخذ بنظرية الظروف الطارئة في عدة مواقف، لعل أهمها قضية **برادين** سنة 1947، **paradine**.

وتعود القضية إلى الحرب الأهلية الانجليزية، عندما استولت القوات الملكية البريطانية بتاريخ 19جويلية 1643 على إحدى الأراضي التابعة لبرادين الذي كان قد أجرها لـ **جين (jean)**.

استغلت القوات الملكية الأرض لمدة 03 سنوات لتعيدها أخيرا، ونتيجة عدم استغلال **جين** للأرض طيلة تلك الفترة لم يكن يدفع ثمن الكراء **لبرادين**.

سنة 1646 قام **برادين** برفع دعوى قضائية من أجل فسخ عقد كراء أرضه بسبب عدم قيام جين بدفع ثمن الكراء، دفع جين بأن امتناعه عن دفع الكراء كان بسبب قيام الأمير روبرت[2] -ابن أخت الملك شارل الأول وقائد جيوشه وهو ألماني المولد-أثناء الحرب الأهلية بالاستيلاء على الأرض ابتداء من 19 جويلية 1643.

---

[1] يقابل هذا المبدأ مبادئ شهيرة في القوانين المقارنة الأخرى، كمبدأ قدسية العقد أو القوة الملزمة للعقد التي لا يمكن ضمنها تعديل العقد إلا بالإرادة المشتركة للأطراف، دون تدخل أي طرف آخر ولو كان القاضي نفسه تحت أي ظرف كان.

بهذا الخصوص لما رفض المشرع الفرنسي قبل سنة 2016 الأخذ بنظرية الظروف الطارئة نص في المادة 1134 الفقرتين الأولى والثانية على أنه:

Art 1134(version en vigueur du 17 février 1804 au 1 octobre 2016) dispose :
"Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.
Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise".

[2] A cette date, le 29 novembre 1682, le prince Rupert du Palatinat mourut à Londres. Son rôle dans le droit des contrats, comme tous les enseignants des contrats le savent, était celui de force de supervision dans Paradine c. Jane. L'affaire décrit Rupert comme un «prince allemand,. . . un extraterrestre né, ennemi du roi et de son royaume. » Bien qu'il soit, en fait, un prince allemand et un étranger, il était aussi le neveu du roi Charles Ier, étant le fils de sa sœur Elizabeth de Bohême. Son oncle l'a créé comte de Holderness et duc de Cumberland, en plus de ses titres allemands. Loin d'être un ennemi du roi, il était l'un de ses plus fervents partisans de la guerre civile.

أوضح القضاء البريطاني أنه حتى وإن كان في الماضي في قضايا مماثلة لم يكن بإمكان المالك طرد ومتابعة المستأجر أثناء الحرب، إلا أن هذا لا يمنع بقاء جين ملتزما بالعقد.

وبما أن العقد تم إبرامه برضا الطرفين، وجب على الطرفين الالتزام به، ورغم استيلاء العدو على الأرض، فإن القانون لا يحمي المتعاقدين بأكثر مما تعاقدا عليه.[1]

ولأن المستأجر قد استفاد جزئيا من العقد فإن عليه تحمل الخسائر المحتملة، وليس التملص من التزاماته كلها وتحميلها للمؤجر.[2]

وبذلك لم يعتد النظام الإنجليزي بالظروف الطارئة كسبب من أسباب تعديل الالتزامات أو إنهاء العلاقة التعاقدية تطبيقا **لقاعدة التنفيذ التام للالتزامات التعاقدية**.

وبالعكس من ذلك فإنه يمكن للمدين التحلل من التزاماته إذا لم تكن قائمة على أساس عقدي، كالالتزام بمقتضى القانون مثلا، فإذا أثبت المدين عدم مسؤوليته عن الحوادث الطارئة جاز له عدم تنفيذ التزاماته دون قيام مسؤوليته القانونية.

الفرع الثاني: دور نظرية الاستحالة في تخفيف الموقف الإنجليزي من تغير الظروف.

بعد أن تمسك القضاء لفترة طويلة بمبدأ وقاعدة التنفيذ التام، من أجل تبرير موقفه الرافض رفضا مطلقا لإعمال نظرية الظروف الطارئة قام بالتراجع رويدا رويدا عن ذلك.

بدأ الموقف الإنجليزي في اللين في بادئ الأمر عندما أقر باستحالة التنفيذ المادية فقط، ثم لاحقا أخذ بالاستحالة الشخصية ليعترف في آخر المطاف بالاستحالة الاقتصادية كصورة مشابهة وأقرب ما تكون للظروف الطارئة.

[1] Paradine a loués à Jane. Charles a ensuite levé la bannière royale à Nottingham le 22 août, déclenchant la guerre civile. La marée de la guerre a reflué et coulé, mais en décembre 1645, le roi a été mis en bouteille à Oxford et la résistance royaliste est brisée. Quand Oxford est tombé, peu de temps après la fête de l'Annonciation, en avril 1646, la résistance restante s'est effondrée. Jane a récupéré sa terre.
Paradine l' a poursuivi pour trois ans de loyer impayé. Au moment où l'affaire a été portée devant les juges, Rupert a été banni du continent et le roi était prisonnier du Parlement - d'où le label «ennemi». Dans sa défense contre la demande de loyer de Paradine, Jane a soulevé le fait qu'il avait été privé de l'utilisation du terrain pendant trois ans.

[2] اطلع على **الملحق رقم 02** المتعلق بقرار المحمكة العليا لانجلترا وبلاد الغال، الصادر بتاريخ 26 مارس 1647 المتعلق بقضية برادين ضد جين.

Paradine v Jane [1647] EWHC KB J5 (26 mars 1647)
Décisions de la Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles (Division du banc du roi)

أولا: الاستحالة المادية impossibility.

كان لقضية **تايلور** ضد **كادويل** سنة 1863، **taylor** vs **caldwell** الفضل في إنهاء تمسك القضاء الإنجليزي بمبدأ التنفيذ التام للعقد الذي استمر لمدة تزيد عن مائتي سنة، أي منذ قضية برادين الشهيرة التي بينت تمسك القضاء الإنجليزي بالقوة الملزمة للعقد.

وتتلخص قضية **تايلور** ضد **كادويل**، في تأجير كادويل لتايلور صالة وحدائق بـــــمائة (100) جنيه لليوم من أجل إقامة أربعة (04) عروض فنية.[1]

قبل تنفيذ العقد شب حريق مهول أدى إلى التدمير الكلي للصالة ما منع من إقامة العروض الفنية المشار إليها أعلاه.

وحتى تاريخ الواقعة كانت الأطراف المتعاقدة ملتزمة بتنفيذ العقد مهما تغيرت الظروف تطبيقا لمبدأ التنفيذ التام **(performe perfectly)**، واستمر الوضع لـــ 200 عام حتى تاريخ القضية محل العرض (تايلور ضد كادويل).

أثناء عرض النزاع على القضاء الإنجليزي قرر القاضي **بلاكبورن** عدم إخضاع الأطراف إلى ضرورة الالتزام بمبدأ التنفيذ التام على الواقعة رغم كون العلاقة بين الأطراف هي علاقة تعاقدية.

ومن أجل تسبيب رأيه دون الابتعاد كثيرا عن المبدأ، أشار القاضي إلى أن العقد محل النزاع شأنه شأن بقية العقود يحوي في طياته بندا وإن كان ضمنيا يفترض بقاء العين محل العقد صالحة للاستخدام وهو ما لم يتوفر في قضية الحال.

حيث اعتبر القاضي بلاكبرن أن وجود صالة العرض داخل الحدائق التي تم تأجيرها كان شرطا أساسيا رغم عدم ذكر ذلك في العقد إلا أنه كان مفترضا، وبتدميرها دون تدخل من أي طرف يصبح الاستمرار في تنفيذ العقد أمرا مستحيلا.

[1] تم الاتفاق في عقد التأجير على إقامة أربعة عروض فنية في الصالة التابعة للحدائق التي تم تأجيرها، وتم الاتفاق على التواريخ حسب الآتي: الاثنين 17 جوان، الاثنين 15 جويلية، الاثنين 05 أوت والاثنين 19 أوت 1861.

واستعان القاضي بالقانون المدني الفرنسي والقانون الروماني اللذين ينصان على أنه عندما يكون وجود شيء معين أمرا ضروريا لتنفيذ العقد، ويتم هلاك ذلك الشيء دون تدخل من البائع، فإن الأطراف المتعاقدة تتحلل من التزاماتها لاسيما تسليم الشيء الذي هلك.

كما ذكر القاضي أيضا حالة وفاة أحد أطراف العقد، فإذا كان وجود المعني ضروري وأساسي لتنفيذ العقد، فإنه لا يتم اجبار ورثة المتوفى على تنفيذ العقد.

ليقرر بلاكبرن في الأخير إعفاء الأطراف المتعاقدة في قضية تايلور وكادويل من التزاماتهم.[1]

والشيء الملاحظ في قضية تايلور ضد كادويل، هو أن القضاء الإنجليزي ناور واستخدم حيلة ذكية للتوفيق بين تقديسه للعقود وفق مبدأ التنفيذ التام وحالة القوة القاهرة المتمثلة في الهلاك المادي لمحل العقد، أين أصبح هذا الحكم نقطة ارتكاز يأخذ بها القضاء الإنجليزي للحكم بالاستحالة المادية كسبب للإعفاء من الالتزام، وهو ما يعد تطبيقا حرفيا لنظرية القوة القاهرة ويرتب نفس نتيجتها وهي الحكم بفسخ العقد.

وفي هذا الشأن يقول الأستاذ **كونبفليه** أن القضاء الإنجليزي لا يسمح بمراجعة العقد عندما لا يكون تنفيذ العقد مستحيلا تماما، ويتعامل مع تغير الظروف **بمبدأ كل شيء أو لا شيء.**[2]

ثانيا: الاستحالة الشخصية (المعنوية) أو انهيار الأساس العقدي.

عرفت نظرية الاستحالة عدة تغيرات قبل أن تصل إلى أقلها تشددا فيما عرف فيما بعد باستحالة الهدف الاقتصادي، مرورا بالاستحالة الشخصية أو المعنوية.

وتتمثل الاستحالة الشخصية حسب القضاء الإنجليزي في تفسير الشرط الضمني الموجود في العقد أو المفترض وجوده في العقد، إلا أن القاضي وسع من الشرط فلم يعد يكتفي بالاستحالة المادية للعين محل العقد كما تم في قضية تايلور ضد كادويل، بل أن السوابق القضائية التي عالجها فيما بعد تبين أنه أخذ باستحالة أخرى أقل تشددا وافترض وجود شرط في العقد وإن كان ضمنيا

[1] اطلع على **الملحق رقم 03** المتعلق بقضية تايلور ضد كادويل، الصادر عن المحكمة العليا لانجلترا وويلز، قسم الملكة.

Taylor & Anor v Caldwell & Anor [1863] EWHC QB J1 (6 May 1863)
England and Wales High Court(Queen's Bench Division)Decisions

[2] **محمود نديم الخضر**، مرجع سابق ص 195.

لا يتعلق فقط بالعين محل التنفيذ كما هو الأمر في الاستحالة المادية، بل يكفي أن تمس الاستحالة أحد الأطراف المتعاقدة كمرض أحد أطراف العقد وعجزه ما يؤدي إلى انهيار الأساس العقدي.

ومن السوابق القضائية في إنجلترا التي سمحت بتبني الاستحالة الشخصية أو لمعنوية، نذكر على سبيل المثال لا الحصر كلا من قضية **"هول ورايت"1759** و **"روبنسون دافيزون"1871**، حيث فسر القضاء أن تلك العقود ليست من العقود المطلقة وأن مرض أحد طرفي العقد وعدم قدرته على تنفيذ الاتفاق يؤدي حتما إلى انهيار العقد وتحلل الأطراف من التزاماتها.

ففي **قضية هول ورايت** اعتبر المرض الخطير الذي أصاب أحد الطرفين عذر شرعي ومنطقي يسمح بعدم إتمام عقد الزواج.

وفي قضية **روبنسون ودافيزون** اعتبر القضاء مرض دافيزون وعدم قدرتها على العزف على البيانو كما كان متضمنا في العقد سببا كافيا من أجل إعفائها بسبب المرض.

وفي هذا الشأن افترض القاضي أن العازفة لم تتعاقد فقط من أجل العزف بل أن العقد يتضمن شرطا ضمنيا مفاده بقاء العارضة بصحة جيدة تسمح لها بتنفيذ التزامها، و مرضها يعد استحالة شخصية وهو ما يسمى بالاستحالة العارضة **(supervering impossibility)**.[1]

ومن أشهر القضايا القضائية التي عالجت قضية انهيار الأساس العقدي **"قضايا التتويج"**، وتشمل عدد كبيرا من القضايا نشأت جراء إلغاء حفل تتويج الملك إدوارد السابع بسبب مرضه، وثارت عن هذا الإلغاء عدة قضايا لعقود كانت قد أبرمت تحضيرا لحفل التتويج.

حكم القضاء بأن إلغاء حفل التتويج سبب حتما في انهيار العلاقة التعاقدية التي أبرمت حول هذا الشأن، منها مثلا **"كيرل وهنري"**، حيث أن **كيرل** قام بتأجير شرفة شقته **لهنري** والتي كانت تطل على الشارع المقرر مرور موكب الملك عبره، ليتم إلغاء حفل التتويج فلما طالب هنري من كيرل تعويضه، حكمت المحكمة بأن العقد يعتبر منهارا لأن الأساس الذي قامت عليه عملية التعاقد تخلف.[2]

[1] **حسبو الفزاري**، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 141.
[2] **المرجع نفسه**، ص 155.

ثالثا: الاستحالة القانونية.

تتمثل الاستحالة القانونية في استحالة تنفيذ العقد ليس بسبب هلاك محل العقد –كما هو في حالة الاستحالة المادية- وليس بسبب عجز أحد الأطراف –كما هو الحال في الاستحالة الشخصية- بل تكون الاستحالة قانونية لما تصدر قوانين تجعل من تنفيذ العقد أمرا مخالفا للقانون.

بهذا الخصوص يقول **اللورد ماكميلان** أنه: "من الواضح أن الاتفاق على أداء ما أصبح غير مشروع أداؤه أو لا يمكن تنفيذه قانونا، ولا يمكن أن يكون هناك خطأ أو تقصير في أداء ما يحظر القانون عمله".[1]

رابعا: الاستحالة الاقتصادية. Frustration.

يطلق الفقه على الاستحالة الاقتصادية مفهوم **استحالة الهدف،** ويعد تعبير الإحباط أكثر ملاءمة لـــ **frustration.**

والاستحالة في هذه الحالة هي أقرب ما تكون إلى نظرية الظروف الطارئة منها إلى القوة القاهرة، لأن العقود في هذه الحالة لا تكون مستحيلة التنفيذ بسبب الهلاك المادي لمحل العقد (الاستحالة المادية) ولا حتى عجز المتعاقد ومرضه (الاستحالة الشخصية) ولا حتى استحالة قانونية، بل أن العقد إذا استمر تنفيذه لن يكون ذو جدوى من الناحية الاقتصادية أي تنفيذه يجعله مرهقا لأحد الأطراف.

ومن القضايا التي بينت بوضوح موقف القضاء البريطاني الحديث من تغير الظروف، هو وجود عدة عقود تجارية دولية في مجال النقل البحري للبضائع تراخى تنفيذها لأسباب متعددة، فحكم القضاء بإنهاء تلك العقود لأنها لم تصبح مجدية اقتصاديا، واستمرار تنفيذها سيصيب الطرف الآخر حتما بخسائر اقتصادية، وهو ما يسمى **بالإحباط التجاري "la frustration commerciale".**

ومن هذه القضايا نذكر مثلا قضية **جاكسون وشركة الاتحاد للتأمين،** وملخص القضية هو عقد نقل بحري يقضي بتنقل السفينة من ميناء ليفربول إلى نيوبورت لشحن كمية من الحديد إلى سان فرانسيسكو، إلا أن السفينة تأخر وصولها بسبب حادث ارتطام، ما أدى إلى تأخر وصولها لعدة أسابيع، ما سبب ارهاقا للأطراف المتعاقدة من الناحية الاقتصادية أكده القضاء لاحقا، وهو ما دفع القاضي إلى إنهاء العقد لأسباب تجارية واقتصادية محضة، وهذا ما لم يكن متصورا قبل ذلك.

[1] **محمود نديم الخضر،** مرجع سابق، ص 196.

نجد أن القاضي الإنجليزي أصبح يطبق نظرية الظروف الطارئة ولم يعد يكتفي بالاستحالة التقليدية والقوة القاهرة.[1]

وهو نفس موقف القانون الأمريكي الذي يطبق الاستحالة بمفهومها الموسع، إذ لا تعني الاستحالة حسبه الاستحالة المطلقة في التنفيذ بل يكفي وقوع ضرر للمدين جراء تنفيذ العقد من الناحية العملية، وهو ما يشبه أو يتطابق مع نظرية الظروف الطارئة.

وفي هذا الشأن ينص قانون العقود الأمريكي **"restatement of contract"**[2] بخصوص استحالة التنفيذ في المادة 405 على أنه:" الاستحالة لا تعني فقط الاستحالة المطلقة في التنفيذ، ولكن أيضا عدم قابلية العقد للتنفيذ من الناحية العملية التي قد تنتج من صعوبة أو خسارة أو ضرر فادح يقع على المدين".[3]

وفي الأخير يجدر التنويه إلى أن القضاء الإنجليزي ومعه الأمريكي حاول إعطاء عدة تفسيرات ومبررات لتغير الظروف، فتارة يفترض وجود شرط ضمني في العقد أو انهيار الأساس العقدي الذي لم يتوقعه الأطراف، حيث يحاول أن يظهر بأنه لم يقم بفسخ العقد بسبب أن تنفيذه أصبح مرهقا أو مستحيلا أو عدم عدالته، بل لانعدام سبب الانعقاد كما كان يهدف إليه الأطراف.

وفي هذا الشأن يقول الأستاذ **شمتهوف:** " إن كلا من نظريتي الشرط الضمني وفقدان أساس العقد يعبران عن مبدأ واحد هو ارتكاز نظرية الانهيار على القصد المشترك للأطراف".[4]

---

[1] **يوسف حسن يوسف**، مرجع سابق، ص 122.

[2] Restatements of the Law, ensemble de traités sur des sujets juridiques qui visent à informer les juges et les avocats au sujet des principes généraux du Common law, American Law Institute, 1923, 1962, 1979, 1981. https://www.ali.org/.

The Restatement (Second) of the Law of Contracts is a legal treatise from the second series of the Restatements of the Law, and seeks to inform judges and lawyers about general principles of contract common law. It is one of the best-recognized and frequently cited legal treatises. in all of American jurisprudence. Every first-year law student in the United States is exposed to it, and it is a frequently cited non-binding authority in all of U.S. common law in the areas of contracts and commercial transactions. It is a work without peer in terms of overall influence and recognition among the bar and bench, with the possible exception of the Restatement of Torts. The American Law Institute began work on the second edition in 1962 and completed it in 1979; the version in use at present has a copyright year of 1981.

[3] **شريف محمد غنام**، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007، ص 109.

[4] **نرمين محمد محمود صبح**، مرجع سابق، ص 355.

ومهما اختلفت النظريات والتسميات، من انهيار أو استحالة أو قوة قاهرة إلا أنها كانت تهدف إلى شيء واحد، هو تحقيق إرادة طرفي العقد التي كانا يهدفان إليها والتي لولاها لما تعاقدا، وما كان ليحدث هذا الجدل لولا تغير الظروف.

الفرع الثالث: اعتماد المشرع الألماني على نظرية الاستحالة كموقف سابق لاعتماد نظرية الظروف الطارئة.

جاء التشريع الألماني الحديث خاليا في بداية الأمر من أي إشارة للظروف الطارئة، باستثناء بعص المواد منه، مثل المادة 321.

تنص المادة 321 من القانون المدني الألماني على أنه:

" يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ الالتزام المنوط به تنفيذه، إذا تبين له بعد إبرام العقد أن الطرف المقابل عاجز عن تأدية التزاماته المتقابلة.

ولا يجوز له أن يمتنع عن ذلك إذا قدم الطرف الآخر ما هو منوط له به أو قدم ضمانات بذلك.

يمكن للمدين أن يحدد أجلا معقولا يجبر فيه الطرف الآخر مرحلة بمرحلة تقديم وتنفيذ التزاماته أو تقديم ضمانات، وبعد مرور الأجل دون تقديم أي ضمانات لتنفيذ التزاماته جاز له طلب فسخ العقد ".[1]

[1] Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 321 Unsicherheitseinrede
"(1) Wer aus einem gegenseitigen Vertrag vorzuleisten verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung verweigern, wenn nach Abschluss des Vertrags erkennbar wird, dass sein Anspruch auf die Gegenleistung durch mangelnde Leistungsfähigkeit des anderen Teils gefährdet wird. Das Leistungsverweigerungsrecht entfällt, wenn die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird.
(2) Der Vorleistungspflichtige kann eine angemessene Frist bestimmen, in welcher der andere Teil Zug um Zug gegen die Leistung nach seiner Wahl die Gegenleistung zu bewirken oder Sicherheit zu leisten hat. Nach erfolglosem Ablauf der Frist kann der Vorleistungspflichtige vom Vertrag zurücktreten. § 323 findet entsprechende Anwendung."
Le site officiel du ministère fédéral allemande de la justice et de la protection des consommateurs
https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/__321.html
Consulté le 17/09/2020 a 21h59.

ورغم أن النظام الألماني ينتمي إلى نفس النظام القانوني الفرنسي (الروماني الجرماني)[1]، إلا أنه لم يلتزم بصفة مطلقة بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" أو القوة الملزمة للعقد وربما كان للحرب العالمية الأولى الأثر البالغ في الحد من جمود المبدأ.

وقبل أن يعرف القانون الألماني نظام نظرية الظروف الطارئة اعتمد على نظرية الاستحالة، وإن كان بطريقة موسعة حيث كان يتم الاعفاء من الالتزامات إذا كانت الاستحالة مادية أو قانونية، إذ لكم يكتفي بالاستحالة المادية.

وحتى التشريعات الجرمانية القديمة اعترفت بالشرط الضمني كسبب من أسباب الإعفاء من الالتزام، فقد ورد في مجموعة ماكسيمليان سنة 1756 أن:" كل الالتزامات تحوي في ذاتها وبصورة ضمنية شرطا ببقاء الظروف الواقعية على حالها".

وحاول القضاء الألماني مرار ا وتكرارا الأخذ بالظروف الطارئة من أجل إعفاء المدين من التزاماته إلا أن المشرع الألماني لم يسايره على الأقل في بداية الأمر، حيث اكتفى بالاستحالة المادية دون أن يتوسع إلى الاستحالة الاقتصادية، حيث نص في المادة 1/275 من التقنين المدني على أنه:

" يبرأ المدين من التزامه متى كان الأداء مستحيلا للمدين أو للطرفين".[2]

---

[1] ينقسم التشريع الروماني الجرماني، إلى التشريع اللاتيني الذي يمثله النظام القانوني الفرنسي والتشريع الجرماني الذي يمثله النظام القانوني الألماني.
والنظام الجرماني القديم كان يضم القانون المدني البافاري، الروسي والنمساوي، أما التشريع الجرماني الحديث يقصد به القانون المدني الألماني الصادر في 1 يناير 1990.

[2] Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 275 Ausschluss der Leistungspflicht
" Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist".
Le site officiel du ministère fédéral allemande de la justice et de la protection des consommateurs
https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/__275.html
Consulté le 17/09/2020 a 22h59.

الفرع الرابع: دور مبدأ حسن النية في اعتماد القانون والقضاء الألمانيين لنظرية الظروف الطارئة.

لم يتردد المشرع الألماني كثيرا في تطبيق نظرية الاستحالة بصفة مستفيضة وموسعة بصورة تكاد تكون أقرب إلى نظرية الظروف الطارئة منه إلى الاستحالة المطلقة، عكس نظيره الفرنسي الذي لم يعترف بنظرية الظروف الطارئة إلى غاية 2016.

كان للقضاء الألماني الفضل في التوسع في نظرية الاستحالة، فلم يكن يقتصر على الاستحالة المادية المطلقة فقط، بل كانت له العديد من السوابق تبين أنه كان يأخذ بالاستحالة الشخصية أيضا وهي نظرية متطورة نسبيا من الاستحالة التقليدية.

بهذا الخصوص كانت النصوص المدنية الألمانية الحديثة تفيد أن "الاستحالة الطارئة بعد نشوء الالتزام تشبه عجز المدين الطارئ عن تنفيذ الالتزام"، ليتطور التشريع المدني الألماني بعد ذلك للوصول إلى الاستحالة الاقتصادية.[1]

وقد حاولت محاكم الدرجة الأولى الألمانية تطبيق الاستحالة الاقتصادية حتى قبل أن يتطرق المشرع الألماني إلى ذلك، وسايرت المحكمة العليا الألمانية هذا الطرح في العديد من القضايا.[2]

---

[1] تنص المادة 2/275 من القانون المدني على أنه:" يمكن للمدين أن يرفض تنفيذ العقد، إذا أصبحت التزاماته مرهقة مقارنة بالفائدة التي سيتحصل عليها".

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 275 Ausschluss der Leistungspflicht

"Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat".

Le site officiel du ministère fédéral allemande de la justice et de la protection des consommateurs

https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/__275.html

Consulté le 17/09/2020 a 23h59.

[2] في 21 /1920/09 قامت المحكمة العليا الألمانية بتعديل التزامات أحد المتعاقدين مع المؤجر الذي تعهد بتموينه بالغاز، فبعد أن ارتفعت أسعار الفحم إلى 10 أضعاف السعر المعتمد عليه أثناء إبرام العقد، وهذا ما يجعل من الاستحالة الاقتصادية مهدا لنظرية الظروف الطارئة.

Le site officiel du ministère fédéral allemande de la Justice et de la Protection des Consommatuers.

https://www.bmjv.de/FR/Home/home_node.html

Consultée le 18/09/2020 a 19h16.

وما كان يعاب على التوسع في الاستحالة في الحالات السابقة هو أن أغلبية العقود كان مآلها الفسخ حتى إذا كانت الاستحالة نسبية، وهو ما كان يشكل مطية للعديد من المتعاقدين للتحلل من التزاماتهم عوض محاولتهم رفع الإرهاق ورده إلى الحالة التي يصبح فيها تنفيذ العقد عادلا.

لذلك حاول الفقه والقضاء الألمانيين البحث على أساس آخر غير الاستحالة لبناء نظرية الظروف الطارئة، ليجدوا مبتغاهم في المادة 242 من القانون المدني والتي تنص على أنه:

" يجب على المدين تنفيذ الأداء العقدي بحسب ما تمليه مقتضيات حسن النية حسب الأعراف الجارية".[1]

وبذلك أصبحت المحاكم الألمانية تطبق مبدأ عدم تغير الظروف ليس استنادا إلى الاستحالة بل على أساس مفهوم حسن النية، والذي يعتبر أن فقدان الأساس العقدي يتنافى مع مبدأ حسن النية وبالتالي يجب تطبيق المبدأ الذي تقوم على أساسه نظرية الظروف الطارئة.[2]

وبعد ذلك صدرت العديد من النصوص تصب في نفس الاتجاه منها مثلا قانون 16 يوليو 1925 المتعلق بإنقاص الفوائد القانونية، وقانون 1934 المتعلق بإمكانية مراجعة عقود العمل.

وقد صدر في ديسمبر 1976 القانون الألماني الخاص بالعقود ليجمع ويقنن ما ذهب إليه القضاء الألماني الذي طبق نظرية الظروف الطارئة اعتمادا على مبدأ حسن النية.[3]

---

[1] Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)§ 242 Leistung nach Treu und Glauben :
" Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern".
https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/__242.html
Consulté le 20/09/2020 a 15h16

2 من أجل تطبيق مبدأ حسن النية يجب:
- اتفاق الطرفين على استمرار العقد.
- حدوث تغير استثنائي.
- توزيع الأعباء على الأطراف المتعاقدة.
محمد محيي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 58.

[3] **حسن عبد الباسط جميعي**، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، مصر، 1996، ص 295.

الفصل الثاني

عقود التجارة الدولية المجال الخصب لإعمال نظرية الظروف الطارئة.

الفصل الثاني: عقود التجارة الدولية المجال الخصب لإعمال نظرية الظروف الطارئة.

عرفت نظرية الظروف الطارئة في النظام القانوني الدولي تباينا واضحا بين التشريعات الوطنية والدولية، حيث أن التشريع الفرنسي مثلا قد كان إلى وقت قريب من أشد المعارضين لنظرية الظروف الطارئة إذ رفض فقهاء القانون الفرنسيين إعمال النظرية متحججين في ذلك بالقوة الملزمة للعقد، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، رغم أن ذات النظرية قد لقيت قبولا في مجال القانون الإدراي الفرنسي، بينما اتجه الفقه الغربي الحديث وكذا الفقه القانوني العربي إلى قبول النظرية.

ورغم التردد الواضح لبعض للتشريعات الوطنية في بداية الأمر في الأخذ بالنظرية، فإنه بالعكس من ذلك كان للعقود الدولية الفضل في انتشار النظرية وإن كان ذلك تحت أسماء مختلفة، لكن لها نفس المضمون الذي جاءت به نظرية الظروف الطارئة، وهو التزام الأطراف بإعادة التفاوض حول العقد لمواجهة الظروف الطارئة قصد رفع الضرر الجسيم عن الطرف المضرور.[1]

وعرفت النظرية في المجال الدولي بنظرية شرط عدم تغير الظروف،[2] حيث تنص على بقاء الدولة ملتزمة بالاتفاقية المنضمة إليها طالما لم تتغير الظروف وبقي الوضع على حاله.[3]

وقبل تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود التجارة الدولية، وجب أولا تحديد النظام القانوني الذي وجب إخضاع عقود التجارة الدولية إليه، فإذا كان للإرادة دورا هاما في تدويل عقود التجارة الدولية لأن الأصل في أي عقد هو الخضوع لقانون الإرادة، وينطبق هذا الأمر على عقود التجارة الدولية أيضا، أي يجب أن يخضع العقد على الأقل من حيث شروطه الموضوعية إلى إرادة الأطراف، إلا أن الشكلية قد تطرح إشكالا، إذ عادة ما تخضع إلى البلد محل الإبرام،[4] بالإضافة إلى الاختلاف الواقع حول إمكانية خضوع عقود التجارة الدولية للقانون عبر الدولي،

---

[1] **خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري**، مرجع سابق، ص 18.
[2] **محمد حسين منصور**، العقود الدولية، مرجع سابق، ص 192.
[3] **نرمين محمد محمود صبح**، مرجع سابق، ص 301.
[4] **Batiffol**,les conflits de lois en matière de contrats,librairie du recueil sirey, Paris 1938.

كما وجب تحديد المعايير المتبعة في تكييف عقود التجارة الدولية وتبيان موقف المشرع الجزائري من ذلك، حيث سيتم توضيح دور الإرادة في تدويل النظام القانوني لعقود التجارة الدولية **(المبحث الأول).**

كما تطرح عقود التجارة الدولية الإشكالية المعيارية ومدى تمتع القانون الذي يحكم هذه العقود بطابع الإلزام الذاتي، دون الحاجة إلى أنظمة قانونية داخلية أو نظام قانوني دولي عام، بعبارة أخرى هل تتمتع عقود التجارة الدولية في إطارها القانوني بالطبيعة الوضعية (خاصية الإلزام الذاتي).

فهناك اتجاهين، الأول يشترط لاعتبار القواعد عبر الدولية ومنها القوانين التي تحكم عقود التجارة الدولية قواعدا ذات طابع وضعي ضرورة أن يكون مصدرها نظام قانوني لدولة معينة، في حين يرى الاتجاه الثاني أنه يكفي أن يكون مصدر تلك القواعد نظام قانوني لمجتمع معين غير الدولة (أعراف تجارية، منظمات دولية، اتفاقات واتفاقيات دولية، ...).

فيرى جانب من الفقه أن عقود التجارة الدولية لا ترقى لأن تشكل نظاما قانونيا مستقل عن الأنظمة القانونية الداخلية، لذلك وجب خضوعها كمثلها من العقود المبرمة داخل الدولة للنظام القانوني الداخلي،

بينما هناك اتجاهات فقهية وان كانت تعترف بوجود قواعد عبر دولية إلا أنها لا ترقى حسبهم لأن تكون نظاما قانونيا عبر دولي متكامل، لذلك وجب التساؤل عن مدى معيارية قانون التجارة الدولية بوصفه قانونا للعقد التجاري الدولي **(المبحث الثاني).**

وقد جاء الفصل الثاني على النحو التالي:

الفصل الثاني: عقود التجارة الدولية المجال الخصب لإعمال نظرية الظروف الطارئة.

- المبحث الأول: دور الإرادة في تدويل النظام القانوني لعقود التجارة الدولية.
- المبحث الثاني: مدى معيارية قانون التجارة الدولية بوصفه قانونا للعقد التجاري الدولي.

المبحث الأول: دور الإرادة في تدويل النظام القانوني لعقود التجارة الدولية.

يمكن أن نعرف العقد بصفة عامة بأنه: " توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني قد يكون إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه".[1]

هذا هو التعريف العام للعقد، لكن إعطاء تعريف خاص بالعقود التجارية الدولية ليس بالأمر الهين فأول العقبات التي تقف أمام ذلك إضافة لصعوبة تحديد الصبغة التجارية على العقود الدولية، هو تحديد دولية العقد من عدمه، كي يتسنى تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، فرغم استقرار العرف على مصطلح العقود التجارية الدولية إلا أن هذا المصطلح قد يوحي بوجود نوعين من العقود إما مدنية أو تجارية وهذا الأمر غير مضبوط من الناحية القانونية والواقعية.

فأركان العقد المدني هي نفسها أركان العقد التجاري وإنما المعيار الذي يجعل من العقد عقدا تجاريا هو القصد من إجراء التعاقد، أو صفة القائمين بتلك العقود تطبيقا لنظرية الأعمال التجارية، حيث أن العقود تنشأ وفقا للقواعد المدنية أولا ثم تكتسب الصفة التجارية بعد ذلك نتيجة نص قانوني أو عوامل أخرى.[2]

وللأهمية البالغة للعقود الدولية فقد اهتمت المنظمات الدولية بهذا النوع من العقود محاولة وضع قواعد موضوعية خاصة به أو على الأقل توحيد قواعد الإسناد.
ونظرا لاتصال عقود التجارة الدولية بأكثر من نظام قانوني واحد، فقد طرحت فكرة أي القوانين هو الواجب التطبيق على هذه العقود، فقد كان للإرادة الدور البارز في إسناد عقود التجارة.
لم يكن لإرادة الأفراد المتعاقدين أي سلطان في اختيار القانون الواجب التطبيق على تعاقداتهم في بداية الأمر، ففقه القانون الدولي الخاص لم يعترف بذلك إلا حديثا (نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين).

---

[1] **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، دار النهضة العربية، 1981، مصر، ص 149.
[2] **سميحة القليوبي**، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، دار النهضة العربية، الطبعة السادسة، مصر، 2013، ص 9.

حيث أنه قديما كانت عقود التجارة الدولية تسند سلفا إما لقانون بلد الإبرام أو قانون دولة التنفيذ وهو في الحالتين إسناد آمر لا يملك الأطراف أمر مخالفته، بينما حاليا أصبح للإرادة دور فعال في تدويل النظام القانوني لعقود التجارة الدولية.

سنتطرق بداية إلى نشأة وتطور قانون الإرادة، وكذا التطور التاريخي لإسناد عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة بالإضافة إلى دور الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، لنوضح في ختام المطلب مدى إمكانية خضوع عقود التجارة الدولية للقانون عبر الدولي **(مطلب أول).**

إن التطور الكبير الذي شهدته عقود التجارة الدولية جعل من الصعب في العديد من الأحيان معرفة طبيعة العقود التي تدخل ضمن نطاق العقود التجارية الدولية من غيرها.

من الناحية العامة فإن العقود التجارية دولية كانت أم لا، لا تخرج عن نطاق العقود المدنية من حيث التكوين باعتبار أن هذا الأخير يعد الشريعة العامة لتكوين العقود.

واختلفت المعايير المتبعة في تحديد دولية العقد من عدمه، بين معيار قانوني وآخر اقتصادي، فالأول معيار تقليدي يعتبر العقد التجاري عقدا دوليا لمجرد اتصاله بعنصر أجنبي، بينما يتجه الفقه الحديث بوضوح إلى التمسك بالمعيار الاقتصادي والذي يعتبر العقد دوليا فقط إذا كان يمس بمصالح التجارة الدولية، فهو له نظرة موضوعية في هذا الشأن، كما سنوضح موقف التشريعات الأوربية والفرنسية وكذا موقف المشرع الجزائري من ذلك **(مطلب ثان).**

ومن أجل ذلك تم إخراج المبحث الأول على النحو التالي ذكره:

المبحث الأول: دور الإرادة في تدويل النظام القانوني لعقود التجارة الدولية.

- المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية.
- المطلب الثاني: المعايير المتبعة في تكييف عقود التجارة الدولية.

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية.

يجدر التنويه إلى أن خضوع العقد لقانون إرادة الأطراف غالبا ما يرد على الجانب الموضوعي للعقد، كشروط الانعقاد مثل التراضي والمحل والسبب وآثار العقد والتزامات الأطراف المتعاقدة.

بينما الجانب الشكلي للعقد فغالبا ما يخضع إما لقانون إرادة الأطراف أو قانون البلد الذي أبرم في ظله العقد.[1]

وبالنسبة لإجراءات الدعوى في حالة ما إذا ثار نزاع على العقد فإنه إذا رفعت الدعوى أمام جهات تحكيم دولية فالأمر مفصول فيه حسب إجراءات التحكيم والاتفاقيات الدولية، بينما إذا تم رفع الدعوى أمام القضاء الداخلي فمن البديهي خضوع إجراءات هذه الدعوى إلى قانون القاضي، لكن الإشكال يمكن أن يطرح في بعض الإجراءات التي ورد خلاف فقهي فيها وحول ما إذا كانت تدخل ضمن الإجراءات التي يحكمها قانون القاضي أو تدخل ضمن المسائل الموضوعية وبالتالي تحكمها إرادة الأطراف وقانون الإرادة، ونذكر على سبيل المثال لا الحصر مسألة تقادم الالتزامات.

حيث سيتم تبيان تطور قانون الإرادة وأساس نشأته **(فرع أول)**، لنتحدث بعد ذلك عن دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق بين النظريتين الشخصية والموضوعية **(فرع ثان)**، وفي ختام المطلب، سيتم التطرق إلى مدى إمكانية خضوع عقود التجارة الدولية للقانون عبر الدولي، وذكر بعض الانتقادات الموجهة لهذا الأمر **(فرع ثالث)**. وقد تم تفصيل هذا المطلب على النحو الآتي ذكره:

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية.

- الفرع الأول: نشأة وتطور قانون الإرادة.
- الفرع الثاني: دور إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية.
- الفرع الثالث: مدى إمكانية خضوع عقود التجارة الدولية للقانون عبر الدولي.

[1] **هشام علي صادق**، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الطبعة الرابعة، الإسكندرية، مصر، (دون سنة نشر)، ص 42.

الفرع الأول: نشأة وتطور قانون الإرادة

يميل أغلب الفقهاء إلى تطبيق قانون الإرادة على العقد من حيث موضوعه وكذا آثاره وانقضائه وهدفهم في ذلك هو تطبيق مبدأ وحدة القانون الواجب التطبيق.

إلا أن مبدأ وحدة القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ليس مطبقا على إطلاقه، خاصة من قبل الفقه الحديث، إذ ظهر ما يسمى بتجزئة عناصر العقد، وإخضاع مثلا تكوين العقد إلى بلد الإبرام واقتصار قانون الإرادة على آثار العقد، وأكثر من ذلك إمكانية اختيار الأطراف المتعاقدة لأكثر من قانون.[1]

مما ذكر أعلاه، يتضح جليا أن لمبدأ الإرادة أثرا بالغا في اختيار القانون الواجب التطبيق على أية علاقة تعاقدية، مع ضرورة احترام ما قد يثيره تطبيق هذا المبدأ من تعارض مع قواعد القانون الدولي الخاص مثلا، كشرط الأهلية فهي تخضع لقانون المتعاقد لا إلى قانون الإرادة، فإذا كانت الأهلية شرطا لصحة التعاقد من حيث الموضوع فهي لا تخضع إلى القانون المختار من قبل الأطراف المتعاقدة، أما شكل العقد فوجب الانسياق لاعتبارات التجارة الدولية التي تنادي بإخضاعه إما إلى قانون العقد أو بلد إبرامه.

ولعل من الاعتبارات الواجب أخذها بجدية في عقود التجارة الدولية هي الحالات الخاصة بالتعاقد بين غائبين، حيث يصعب في العديد من الأحيان تحديد مكان إبرام العقد والذي يؤخذ به بعين الاعتبار من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد من حيث الشكل.

ومن أجل تلافي هذا الإشكال نص المشرع السويسري في المادة 124 من القانون الدولي الخاص الصادر في 18 ديسمبر 1987 على أنه إذا كان العقد قد أبرم بين شخصين يوجد كل منهما في دولة مختلفة فإنه يكون صحيحا من حيث الشكل إذا توافرت فيه الشروط التي يتطلبها قانون أي من الدولتين.[2]

[1] **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 17.

[2] **Francois knoefler**, le contrat dans le nouveau droit international privé suisse , in: Le nouveau droit international privé Suisse, Dessemontet éd, Cedidac, Lausanne, Suisse, 1988, p 102.

ولم يكن للإرادة أي اعتبار في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، حيث كانت تلك العقود تخضع مباشرة لقانون البلد الذي أبرمت ضمنه تلك العقود، أو الخضوع للبلد الذي ستنفذ ضمن نطاقه تلك العقود، ولم يكن للأطراف سلطة مخالفة هذين الإسنادين.

وحاول العديد من الفقهاء تبرير هذا الإسناد بالقول أنه [1]يشكل ضمنيا إرادة الأطراف طالما أنهم قبلوا التعاقد في ظل قانون دولة معينة هم من قاموا باختيارها، رغم أن هذا القول مجرد تبرير لاحق لإسناد سابق وفق قاعدة آمرة لا يملكون حق الاتفاق على غيرها.

أولا: التطور التاريخي لإسناد عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة.

كان أول من نادى بمبدأ سلطان الإرادة L'autonomie de la volonté وإن كان ذلك في سياق فلسفي مختلف، هو الفيلسوف الألماني **"كانت"**، ولم يتم استعمال هذا المصطلح بعده من قبل فقهاء القانون إلى غاية سنة 1883، حين استعمله مرة أخرى في نفس السياق أستاذ القانون الدولي السويسري **"بروشيه"**.[2]

وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ سلطان الإرادة في بدايات ظهوره كان يعرف في العديد من الأحيان بمصطلحات أخرى مشابهة قبل انتقال هذا المبدأ بتسميته المعروفة حاليا إلى جميع الفقهاء بما فيهم شراح القوانين الوطنية، حيث كان يعرف مثلا بـــ **"سلطان الأطراف"** أو **"سلطان المتعاقدين"** أو باللغة الأجنبية عرف بـــــــ **"l'autonomie des contractants"** ويتفرع عن هذا المبدأ في القوانين الداخلية عدة مبادئ أخرى، مثل مبدأ حرية التعاقد واحترام إرادة المتعاقدين في تفسير وتنفيذ العقد.

أما في المجال الدولي فأهم نتيجة تفرعت عن هذا المبدأ – مبدأ سلطان الإرادة - هو سلطان المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكمهم.

[1] **Véronique ranouil**, l'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept, presse universitaire de France, p 19.
[2] **Brocher Charles**, cours de droit international privé suivante les principes consacres par le droit positif français, librairie, H. Georg, tome 2, Genève, Suisse, 1883, p 247.

وفي مجال إسناد العقود التجارية الدولية إلى مبدأ سلطان الإرادة، كان الفقهاء قديما لاسيما فقهاء المدرسة الإيطالية يقسمون القوانين لديهم إلى صنفين، أحوال شخصية وأخرى إقليمية، فأما الأولى فتتبع جنسية الأشخاص وأما الثانية فتتبع الإقليم الذي وقعت فيه التصرفات أو أبرمت على ضوئه.

واعتبر هؤلاء أن الأحوال المتعلقة بالعقود هي من الأحوال الإقليمية والتي يسري عليها قانون إبرام هذه العقود، وهو ما أخذ به لاحقا بإسناد العقد إلى قانون الدولة التي أبرم في ظله هذا العقد، رغم أنه في بداية الأمر لم تتم التفرقة بين شكل العقد وموضوعه، فالعقد لديهم يخضع لقانون بلد الإبرام من حيث الشكل والموضوع.

حاليا مازال العقد يخضع من حيث الشكل إلى قانون بلد الإبرام في كافة الأنظمة القانونية المعاصرة، مع بقاء الطابع الاختياري له في بعض الاعتبارات العملية.[1]

كان الاعتقاد سائدا في بداية الأمر أن المحامي الفرنسي **"ديمولان"** هو أول من نادى إلى خضوع العقد إلى قانون الإرادة، حينما أفتى في القرن السادس العاشر بخضوع النظام المالي للزوجين لقانون موطن الزوجية الأول الذي أبرم فيه العقد، على اعتبار قوله أن هذا الموطن هو تجسيد لإرادة الطرفين الضمنية.

ورغم أنه قد يستنبط من هذا القول أن ديمولان هو أول من طالب بإخضاع العقود إلى مبدأ سلطان الإرادة إلا أنه يمكن انتقاد هذا القول بأنه انتهى في هذه الحالة إلى تطبيق بلد إبرام عقد الزواج فهو لم يخرج عن شراح عصره بإسناد العقد لقانون بلد الإبرام إسنادا آمرا، لا تملك الإرادة الصريحة تغييره.

وجاء الفقيه الفرنسي ذو الأصول الألمانية **فوليكس** لينادي بتطبيق القانون الذي استقرت عليه العادات والأعراف، أي قانون بلد الإبرام أو قانون محل الوفاء بالنسبة للمسائل التي تثور بعد إبرام العقد[2]

[1] **Batiffol**, référence cité, p 98.

[2] **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 24.

ثانيا: الأساس القانوني لمبدأ الإرادة.

بعد سرد كل هذه الاختلافات حول القانون الواجب التطبيق تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة، أين اعتبر بعض الفقه أن القول بخضوع العقد إلى مبدأ سلطان الإرادة بسبب خضوعه إما إلى قانون الإبرام أو قانون التنفيذ حسب ما تم سرده سابقا يعد مخالفا لمبدأ سلطان الإرادة ما دام أن الأفراد لا يملكون مخالفة هذا الفعل، فهو كما تمت الإشارة إليه إسناد بأوامر ملزمة، والقول بسلطان الإرادة مجرد تبرير لا حق لهذا الإسناد الآمر كما سبق القول.

ومن أجل جعل مبدأ سلطان الإرادة هو الأساس السائد فعلا لا قولا في العقود الدولية، نادى **لوران** الفقيه البلجيكي والذي يعد الأب الروحي لفقه قانون الإرادة في مجال العقود لجعل الإرادة هي الأساس في اختيار القانون الواجب التنفيذ على العقد، وليس مجرد تبرير لاحق للإسناد الواجب حسب قانون الإبرام أو التنفيذ الذي تحجج به سابقوه.

وترتيبا على ذلك يؤكد لوران على الأخذ بالإرادة الصريحة للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وعند غياب الإرادة الصريحة فالأصل حسبه أن إرادتهم اتجهت إلى قانون الجنسية المشتركة لديهم، أما إذا اختلفوا في الجنسية فالمفترض أنهم أرادوا إخضاع علاقتهم العقدية إلى بلد الإبرام.

وهكذا استقر اصطلاح "سلطان الإرادة" في الفقه القانوني في نهاية القرن التاسع عشر ليعبر في مجال القانون الداخلي عن رغبة المتعاقدين في تنظيم روابطهم التعاقدية على النحو الذي يرتاحون إليه عملا بمبدأ حرية التعاقد.

وإذا كان القانون قد منح المتعاقدين الحق في اختيار قانون العقد، إلا أن الخلاف بين الشراح كان حول ما إذا كان هذا الاختيار مطلقا حسب أنصار النظرية الشخصية بمعنى يختارون القانون الواجب التطبيق شخصيا أم أن حقهم في الاختيار يستند إلى إرادة المشرع الذي منحهم هذا الحق وهو ما يجعل من إرادة المتعاقدين مجرد ضابط للإسناد حسب النظرية الموضوعية.[1]

[1] **هشام علي صادق**، المرجع والموقع نفسه.

الفرع الثاني: دور إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية

ثار نزاع حول دور إرادة الأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود التي يتم إبرامها لما يكون هناك طرف أجنبي في العلاقة، بين من يعتد بمبدأ سلطان الإرادة في ذلك وبين من ينادي بمبدأ سلطان القانون، بين أصحاب النظرية الشخصية من جهة وأصحاب النظرية الموضوعية من جهة أخرى.

أولا: النظرية الشخصية.

حسب هؤلاء فإنه يحق للأطراف المتعاقدة اختيار القانون الذي يخضع إليه العقد، تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة مع استبعاد الأهلية وشكل العقد من مجال قانون الإرادة، وهذا ما يخرج العقود الدولية من مجال تنازع القوانين بتطبيق إرادة الأطراف.

ثانيا: النظرية الموضوعية (مبدأ سلطان القانون).

حسب هؤلاء فإنه لا يعتد بإرادة الافراد بقدر ما يعتد بالقانون، وحتى إن تم تمكين الأطراف من اختيار قانون العقد فإن ذلك لا يعدو أن يكون سوى تطبيق لقانون معين يشير في طياته إلى معيار الإسناد مثلا، فيجب أن ينص القانون على صحة هذا الاختيار.[1]

الفرع الثالث: مدى إمكانية خضوع عقود التجارة الدولية للقانون عبر الدولي.

يجد القانون عبر الدولي مصدره بصفة أساسية في بعض التحكيمات التي وضعها المحكمون في قضايا معينة، والتي أثبتت مع مرور الوقت أنها الأنسب للتطبيق مع الأخذ بالمبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة وقواعد القانون الطبيعي في صورته الحديثة كمصادر مستقلة من أجل إرساء قواعد القانون عبر الدولي.

وبالتالي يجب وضع هذا القانون بما يتلاءم والعلاقات التجارية للمؤسسات الدولية وإخضاعها لقانون التحكيم، واستبعاد قدر الإمكان قضاء المحاكم الوطنية، التي لا يمكن لها مجاراة نسق وتطور هذا القانون بصفة عامة وبالأخص عقود التجارة الدولية.

[1] **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 45.

أولا: تعريف النظام القانوني عبر الدولي.

يعتبر **Philip Jessup**[1] رائد فكرة القانون عبر الدولي، ويعرف أصحاب هذه الفكرة القانون عبر الدولي بأنه:

"القانون الذي ينظم العلاقة القانونية الناشئة بين الأطراف والتي يكون أحد طرفيها شخص من أشخاص القانون الدولي، وذلك في حالة تحقق نوع من النسبية بين الأطراف".

ومن هذا التعريف يتضح أن القانون عبر الدولي قد تجاوز التقسيم التقليدي القائم بين القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص، إذ يشمل علاقات تجارية بين مؤسسات دولية تتعدى نطاق الدولة الواحدة.

ثانيا: خصائص النظام القانوني عبر الدولي.

يمتاز القانون عبر الدولي بمجموعة من الخصائص، يمكن تلخيصها فيما يلي:

1- نظام قانوني مختلط بين القانون الدولي العام والقانون الداخلي.

العقود الخاضعة لهذا القانون لا تخضع لقانون دولة معينة، ولا يمكن لأي دولة فرض نظامها القانوني على الأطراف المتعاقدة ضمن النظام القانوني عبر الدولي.

وإذا ما قامت دولة ما بالمساس بأي عقد، ولنأخذ عقود التجارة الدولية على سبيل المثال لا الحصر، فإن هذا لن يغير من العلاقة التعاقدية شبه الدولية.

2- اختلاف أساس تطبيق القانون عبر الدولي على عقود التجارة الدولية.

يتم تطبيق القانون عبر الدولي إما بناء على رغبة الأطراف في اخضاع تعاملاتهم إلى المبادئ العامة للقانون، أو بتطبيق هذا القانون بصفة تلقائية دون الحاجة لإشارة الأطراف إليها تحت ما يعرف بفكرة قانون التجار، وسنوضح الفكرتين بالتدقيق أدناه.

[1] فيليب جيسوب هو أستاذ جامعي ومحامي ودبلوماسي وقاضي أمريكي، ولد في 5 يناير 1897 في نيويورك في الولايات المتحدة، وتوفي بنفس المكان في 31 يناير 1986.

الاتجاه الأول: المبادئ العامة للقانون.

حسب أنصار هذا الاتجاه، فإنه يتم تطبيق القانون عبر الدولي على أطراف العقد بالعودة إلى المبادئ العامة للقانون، بوصفها قواعد واجبة التطبيق من خلال استنباط رغبة الأطراف.

ويتم استنباط رغبة الأطراف في عقود الدولة من خلال استعمال بعض الألفاظ التي توحي إلى رغبة الأطراف في اخضاع العقد إلى نظام عبر دولي يعتمد على المبادئ العامة للقانون، وتستخدم الالفاظ الآتية:

المبادئ العامة للقانون، مبادئ القانون، المبادئ القانونية المعترف بها، والمبادئ القانونية المعترف بها بين الأمم المتمدينة.

وينتقد هذا الاتجاه لأنه يعتمد على المبادئ العامة للقانون، وهذا ما خلق نوع من الاختلاف بين محاكم التحكيم، التي عرضت عليها منازعات متعلقة بعقود الدولة حول مفهوم وتفسير هذه المبادئ العامة.

ومما يعاب على أصحاب هذا الرأي أيضا، هو أن محاكم التحكيم قد تجد نفسها في العديد من الأحيان مجبرة على التدخل رغم كون عقود الدولة المعنية بالنزاع لم تشر صراحة إلى تطبيق المبادئ العامة.

الاتجاه الثاني: اعتبار القانون عبر الدولي قانونا للتجار.

يعتبر العديد من الفقهاء أن القانون عبر الدولي هو نفسه قانون التجار، وقد لاقت هذه الفكرة الترحيب لدى الفقه الحديث.

تجمع هذه الفكرة العادات الرئيسية للتجارة الدولية، والتي تكون منشأة تلقائيا بمرور الوقت عن طريق المبادلات الاقتصادية الدولية، التي دأب التجار وأعضاء التجمعات المهنية والتجارية ورجال الصناعات والمال على اتباعها عبر الدول.

وقد تم رفض اخضاع العقود عبر الدولية بصفة عامة وبالأخص عقود التجارة الدولية إلى المبادئ العامة للقانون.

وفي هذا الشأن أشار الفقيه **Mann** أنه من غير الواقعي تطبيق المبادئ العامة للقانون، لأن هذه المبادئ ليست قانونا ولا نظام قانوني يمكن الإحالة إليه أو تطبيقه في شأن العقود.

خلصت الدكتورة حفيظة الحداد الى المطالبة "بعدم الاستعانة بالمبادئ العامة للقانون بوصفها أداة لحل المنازعات الناشئة عن عقود الدولة أو لحكم هذه العقود بصفة عامة".

والسبب هو أن هذه المبادئ عاجزة عن تحقيق أي تقدم أو حلول في هذا الشأن، فالمبادئ العامة لا تمثل طوق نجاة للقاضي أو للمحكم في حالة مواجهة مشاكل مستعصية.

ثالثا: نقد فكرة اعتبار القانون عبر الدولي هو ذاته قانون التجار أو القانون التجاري الدولي.

تم انتقاد هذه الفكرة لعدة اعتبارات كعدم اتصاف القوانين التجارية الدولية بالمعنى الفني الدقيق للقاعدة القانونية.

فيرى الفقه الرافض لاعتبار القانون عبر الدولي هو نفسه قانون التجار، أنه لا يمكن اعتبار مختلف الأعراف والعادات التجارية الدولية التي يعتمد عليها الأطراف قوانين محضة ذاتية التطبيق.

كما ينكر الفقه الرافض لاعتبار قواعد التجارة الدولية هي ما يشكل القانون عبر الدولي أساسا على هذه القواعد القدرة على تكوين نظام قانوني كامل.

فقانون التجار حسبهم يعتريه اوجه نقص عديده لأنه غير مدون وغير شامل ولا يخضع لرقابة القضاء، ومن الصعب الامساك بقواعد هذا القانون وتحديدها.

وفي الأخير من أجل إيضاح هاتين الفكرتين تطبيق قانون عبر الدول – تطبيق المبادئ العامة للقانون، تم التفصيل في المبحث الثاني من هذا الفصل حول ما إذا كان القانون عبر الدولي يتمتع فعلا بالمعيارية والطبيعة الوضعية التي تسمح له بفرض قواعده القانونية كنظام قانوني مستقل وإخضاع عقود التجارة الدولية بصفة خاصة لنظام قانوني مستقل لا ينتمي الى القانون الدولي ولا إلى القانون الوطني في محاولة جادة لإيجاد حل لصراع المصالح عبر الدول، لكن قبل ذلك سيتم التطرق إلى مختلف المعايير التي تسمح بإضفاء الصبغة الدولية لعقود التجارة الدولية من عدمها.

المطلب الثاني: المعايير المتبعة في تكييف عقود التجارة الدولية.

في هذا المطلب سيتم التطرق إلى المعايير التي تم الاعتماد عليها، من أجل الحكم بدولية العقد التجاري من عدمه، اذ اعتنق الفقه التقليدي المعيار القانوني فأصبح يطلق على العقد التجاري الصفة الدولية إذا اتصل عنصر منه بعنصر أجنبي على الأقل **(فرع أول)**، بينما يتجه الفقه الحديث بوضوح إلى التمسك بالمعيار الاقتصادي ويعتبر العقد التجاري ذو طابع دولي إن كان يمس بمصالح التجارة الدولية، فهو له نظرة موضوعية في هذا الشأن **(فرع ثان)**.

كما سنستجلي رأي الفقه الذي اتجه إلى الجمع بين المعيارين، أضافة إلى تبيان موقف كل من المشرع الجزائري والفرنسي وكذا الأوربي من المعيارين الاقتصادي والقانوني **(فرع ثالث)**.

ليتضح في آخر المطاف أن القوانين الوطنية غير ملائمة لتسوية المنازعات الناتجة عن عقود التجارة الدولية **(فرع رابع)**.

من أجل ذلك، فقد جاء هذا المطلب على النحو التالي:

المطلب الثاني: المعايير المتبعة في تكييف عقود التجارة الدولية.

- الفرع الأول: المعيار القانوني (النظرية الشخصية).
- الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي (النظرية الموضوعية).
- الفرع الثالث: الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي، وموقف كل من المشرع الأوربي والفرنسي وكذا الجزائري.
- الفرع الرابع: عدم ملاءمة القوانين الوطنية لتسوية المنازعات الناتجة عن عقود التجارة الدولية.

الفرع الأول: المعيار القانوني (النظرية الشخصية).

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن العقد يعد دوليا لو اتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد.[1]

ومن هذا القول يكون عقد البيع دوليا مثلا لو أبرم في الجزائر بين جزائري وفرنسي وتعلق الأمر ببضاعة موجودة بالصين، فالعقد المذكور يتسم بالطابع الدولي لاتصاله بثلاث دول، أي بأكثر من نظام قانوني واحد.

ولا يكون العقد دوليا إذا تم إبرامه بين طرفين من جنسية واحدة في دولتهم الأصلية، وثار النزاع حوله في دولة أخرى، فحسب اتفاقية روما لسنة 1980 هذا العقد لا يعد أجنبيا ويظل خاضعا للقانون الذي ينتمي إليه طرفي العقد وفق قواعد تنازع القوانين.

ولذلك يتعين الحكم بدولية العقد في حالة اتصال العقد في عناصره بأكثر من دولة بغض النظر عن دولة القاضي المطروح عليه النزاع.

وثار خلاف بين الفقهاء، حول المقصود باتصال العقد بأكثر من عنصر أجنبي واحد حتى يعتبر العقد دوليا.

فحسب الفقه التقليدي يكفي مجرد اتصال عنصر أجنبي بالعلاقة التعاقدية حتى يعتبر العقد من قبيل عقود التجارة الدولية، فمجرد كون أحد أطراف العقد أجنبيا أو تنفيذ العقد في دولة أجنبية أو إبرام العقد في الخارج يجعل من العقد عقدا دوليا.

بينما يرى أصحاب الفقه الحديث أنه لا يكفي اتصال العقد بعنصر أجنبي لاعتباره عقدا دوليا، بل يجب أن يكون هذا الاتصال مؤثرا بصورة تجعل من العقد يتجاوز العقد المحلي بمفهومه الوطني، ويتعدى نطاق القانون الداخلي، وبهذا المفهوم يمكن أن يكون العقد دوليا حتى دون توافر أي

[1] **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 62.

عنصر أجنبي إذا اتضح أن العلاقة القانونية من شأنها تحريك بعض القواعد الخاصة بالعقود الدولية مثلا، أو بالعكس من ذلك فقد يكون العقد وطنيا حتى لو كان أحد أطرافه أجنبيا أو اتصل بعنصر أجنبي بالصدفة كأن يبرم العقد في دولة أجنبية بالصدفة أو غشا من أحد الأطراف مثلا، فالعنصر الأجنبي قد يكون سلبيا وليس من شأنه أن يؤثر على طبيعة العقد.[1]

وفيما يخص العناصر ذات التأثير الفعال في عقود التجارة الدولية يعطي الفقه كمثال عن ذلك، محل تنفيذ العقد دون محل إبرامه، فهذا الأخير لا يعد عنصرا مؤثرا في كون العقد دوليا أم لا. لأن اختيار المحل الخاص بإنشاء العقد قد يكون اعتباطيا على عكس اختيار مكان تنفيذه، وفي هذا الشأن أخذت اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع بمحل الإقامة، بأن تبنت محل إقامة المتعاقدين لإضفاء الدولية على العقد.[2]

وقد يكون العقد دوليا حسب المعيار القانوني حتى دون أن يكون موضوعه دوليا بأتم معنى الكلمة، طالما أنه اتصل بأطراف أجنبية وكان لها دور فعال في التأثير على العقود، مثال ذلك عقود الاستهلاك أو شراء الحاجات اليومية فقد يكون المستهلك مقيما في دولة معينة ويتم توريد السلعة من بلد آخر، ففي هذه الحالة يمكن القول بأن العقد دولي وفقا للمعيار القانوني فقط رغم أنه عقد لا يمس مصالح التجارة الدولية من الناحية الموضوعية البحتة. [3]

ومن أجل التفرقة بين مدى تأثير العنصر الأجنبي على العلاقة التعاقدية واعتبار العقد المبرم عقدا دوليا، أو كون التأثير سلبي وبسيط وبقاء العقد عقدا وطنيا داخليا رغم اتصاله بعنصر أجنبي يمكن التطرق الى اتجاهين:

---

[1] **بوسماحة الشيخ**، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة جيلالي اليابس بسيدي بلعباس، الجزائر، 2008، ص 18.

[2] **HEUZEV**,la réglementation francais de contrats internationaux ,gln joly,Paris,1990, p 137.

[3] **محمد إبراهيم موسى**، مرجع سابق، ص 53.

أولا: الاتجاه الموسع.

يعتبر أصحاب هذا الاتجاه أن العقد يعد دوليا متى اتصل العنصر الأجنبي بأطراف العقد أو موضوعه أو سببه.

حيث يرى **Loussouarn**[1] أن العقد يعد عقدا دوليا إذا أبرم بالخارج أو تم تنفيذه بالخارج أو كان أحد أطرافه أجنبيا أو حتى موطنهم أو محل إقامتهم، فحسبه يكفي اتصال أحد هذه العناصر بالعقد كي يكون العقد مرتبطا بأكثر من نظام قانوني وبالتالي اعتباره عقد دوليا.[2]

وتم انتقاد هذا الاتجاه كونه يجعل من العقد دوليا لمجرد توافر عنصر أجنبي، حتى ولو لم يكن له تأثير في العلاقة التعاقدية، كما تمت الإشارة إليه أعلاه.

ثانيا: الاتجاه المضيق.

خلافا لأصحاب الاتجاه الموسع، يرى أصحاب الفقه الحديث الذين تبنوا هذا الاتجاه أنه لا يكفي اتصال العنصر الأجنبي بالعقد كي يجعل منه عقدا دوليا، بل وجب أن يكون هذا الاتصال ذو تأثير على العقد بصورة فعالة.

فإذا ارتبط العقد بأحد العناصر بصورة عرضية غير مؤثرة فإنه يظل عقد وطنيا، مالم يرقى هذا التأثير إلى تشكيل أهمية خاصة بشأن الرابطة العقدية المطروحة.[3]

فاعتبار الجنسية أمرا مؤثرا دائما في أي علاقة تعاقدية وجعل العقد عقدا دوليا لمجرد كونه أبرم في دولة أجنبية أمر غير معقول، فقد يكون لهذا العنصر الأجنبي فعلا تأثير في العقد كما يمكن أن يكون وجوده غير مؤثر، فمثلا ضابط محل الإبرام في هذه الحالة يكون مؤثرا عند إسناد العقد

---

[1] Yvon Loussouarn (1923-2007), est professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), doyen honoraire de la Faculté de droit de Rennes, ancien conseiller d'Etat en service extraordinaire et membre de l'Institut de droit international Genève (en 1994).
Le fournisseur leader sur le marché du livre pour les bibliothèques et collectivités en France.
https://www.decitrepro.fr/
consulté le 10/08/2021 a 21h58.

[2] **أحمد سعيد الزقرد**، أصول قانون التجارة الدولية، البيع الدولي للبضائع، المكتبة العصرية للنشر، مصر، 2007، ص 42.

[3] **Kneophler francois**, le contrat dans le nouveau droit international privé suisse, travaux des journées d'étude organisées par le centre du droit de l'entreprise, les 09 et 10 octobre 1987, a l'université de lousanne 1988, pages 81.

من حيث الشكل فقط، فيما يؤخذ في حالة الإسناد من حيث موضوع العقد بجنسية الأطراف بغض النظر عن محل الإبرام، فهل يعقل اعتبار العقد في الحالة الثانية مثلا عقد دوليا خاصة إذا كان الإبرام في الدولة الأجنبية قد حدث بالصدفة مثلا.

فإذا لم يكن للعنصر الأجنبي تأثيرا فعالا على العلاقة التعاقدية، يظل العقد عقدا وطنيا رغم اتصاله بهذا العنصر الأجنبي، فمحل الابرام قد لا يكون له تأثير في العقد على الأقل من الناحية الموضوعية كما سبقت الإشارة إليه أعلاه.

كما أن أحد أطراف العقد ولو كان أجنبيا قد لا يؤثر في العقد ولا يجعل منه عقدا دوليا، ومثاله ذلك الأجنبي المقيم في الجزائر والذي يتعاقد من أجل شراء معدات وآلات من الجزائر، لاستخدامها في السوق المحلية، فإنه في هذه الحالة لا يثير أي مشكلة في تنازع القوانين، وإنما تخضع علاقته العقدية في السوق الجزائرية إلى القانون الوطني، رغم كون أجنبي.[1]

مع مراعاة الاستثناء الذي قرره المشرع بخصوص الأهلية أين يجب الأخذ بعين الاعتبار قانون جنسية المعني، واستثناء يؤخذ بالقانون الجزائري إذا كان المتعاقد الآخر يجهل عدم أهلية المعني طبقا لقوانين بلده وكان حسن النية.[2]

ورغم القول بأن التطرق إلى العناصر الأجنبية المؤثرة في العقد من أجل جعل العقد دوليا أمر كفيل بحل إشكالية العقد الدولي من العقد الوطني، إلا أنه في بعض الأحيان لا يكفي اتصال بعض العناصر حتى ولو كانت مؤثرة بالعقد كي يكتسب العقد صفة دولية.

---

[1] تنص المادة 17 من ق.م.ج على أنه: " يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها.
يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار. ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها."

[2] تنص المادة 10 من ق.م.ج على أنه:" يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم.
ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة".

فقد يعرض عقد على القضاء الجزائري مثلا يحتوي على عناصر مؤثرة تجعل منه عقدا دوليا في نظرا المشرع الجزائري، بينما يعد عقدا وطنيا لو عرض في الدولة التي يحمل هؤلاء الأجانب جنسيتها، ففي هذه الحالة مثلا يعد العقد دوليا بالنسبة لنظام قانوني معين فقط فهو ليس عقدا دوليا مطلقا.

فالإعمال الصحيح للمعيار القانوني لدولية العقد لا يقوم فقط على التفرقة بين العناصر المؤثرة والعناصر المحايدة، بل يجب أيضا التفرقة بين الدولية المطلقة والدولية النسبية للروابط العقدية.

أ- الدولية المطلقة للعقد (الدولية الموضوعية).

يفرق الأستاذ الفرنسي "مايير" بين العقد الدولي بصفة مطلقة وبين ذلك الذي يكون دوليا بصفة نسبية، فيطلق على الأول بالدولية الموضوعية لأنه عقد دولي بحسب موضوعه مهما اختلفت الجهة التي يعرض عليها النزاع، بينما يطلق على الثاني الدولية النسبية لأنه قد يكون دوليا بالنسبة لدولة معينة وعقدا وطنيا بالنسبة لدولة ثانية.

فالعقد حسب مايير يكون عقدا دوليا بصورة مطلقة أو بصورة موضوعية، إذا اتصلت عناصره الذاتية بدولتين أو أكثر وذلك بصرف النظر عن الدولة التي طرح النزاع أما م محاكمها.[1]

فمثلا لو تعلق النزاع برابطة زواج بين جزائري وفرنسية فإن العلاقة القانونية تكون دولية بصفة مطلقة بما أن موضوعها يتعلق بدولتين مختلفتين هما الجزائر وفرنسا.

ففي هذه الحالة تتضمن العلاقة عنصرا أجنبيا، ويعد العقد دوليا سواء طرح النزاع في الجزائر أو فرنسا أو أمام دولة ثالثة مثلا.

وهكذا فإن العلاقة في هذه الحالة تتسم بالدولية الموضوعية أو بالدولية المطلقة بغض النظر عن الجهة القضائية التي يطرح النزاع أمامها.

[1] **Mayer(Pierre)**, droit international privé, LGDJ, 4 ème édition, paris 1991,n05, p 11 et 12.

ونفس المثال ينطبق على عقود التجارة الدولية، فالعقد المبرم بين جزائري لتصدير بضاعة إلى فرنسا مع فرنسي أو العكس يعد عقدا دوليا سواء طرح النزاع في الجزائر أو في فرنسا أو أمام دولة ثالثة.

ب- الدولية النسبية للعقد (الدولية الشخصية).

وفقا لمايير يكون العقد متسما بالدولية الشخصية إذا كان العنصر الأجنبي الذي تتعلق به الصفة الدولية تختلف باختلاف القاضي المعروض أمامه النزاع.

فمثلا إذا تعلق الأمر بزواج بين إيطاليين متوطنان بفرنسا، فالدولية حسب مايير تكون شخصية أو نسبية لأن العنصر الأجنبي يختلف باختلاف القاضي، فلو طرحت الرابطة القانونية أمام القاضي الفرنسي فالعنصر الأجنبي هنا هو جنسية الزوجين، بينما لو طرحت القضية أمام القاضي الإيطالي فالعنصر الأجنبي هو الموطن.

فالعنصر الأجنبي المتعلق بالجنسية يكون مؤثرا أمام القاضي الفرنسي الذي يعتد بجنسية الزوجين للإسناد في مجال الزواج، وهو ما يجعل من العقد عقدا دوليا لتأثير الجنسية على العلاقة التعاقدية بصفة قطعية.

ويختلف الأمر لو عرضت العلاقة التعاقدية أمام القاضي الإيطالي والذي يأخذ أيضا بمعيار الجنسية في علاقة الزواج فيما يتعلق بالإسناد، فتوطن الزوجين بالخارج بالنسبة له لا يعد عاملا مؤثرا في العقد وبالتالي لا يعد عقدا دوليا بالنسبة له.[1]

[1] في هذه الحالة يعتبر العقد دوليا بالنسبة للقاضي الفرنسي لأن الجنسية معيار مؤثر في الإسناد بينما يعد العقد وطنيا بالنسبة للقاضي الإيطالي لأن الموطن الفرنسي في هذه الحالة لا يؤثر على ضابط الإسناد.
ولكن قد يختلف الأمر مثلا لو كانت الرابطة العقدية تخص زوجين انجليزيين يتوطنان في إيطاليا، فالرابطة العقدية في هذه الحالة تتسم بالصفة الدولية سواء طرح النزاع أمام القاضي الإيطالي أو الإنجليزي، فإذا كانت الجنسية عنصرا مؤثر لاضفاء الصبغة الدولية على عقد الزواج وفق التشريع الإيطالي، فإن توطن الزوجين في إيطاليا بالنسبة للقاضي الإنجليزي يجعل من الموطن عنصرا فعالا في تحديد دولية العقد بما أن المشرع الإنجليزي يعتد بالموطن للإسناد في الزوجية بدلا من الجنسية.

وقد أعطى مايير مثالا آخر فيما يتعلق بالدولية الشخصية (النسبية)، فقد قال أن دولية العقد القانونية تكون شخصية إذا كانت عناصر هذه العلاقة تتركز في دولة واحدة وطرح النزاع بشأنها أمام قضاء دولة أخرى.

ومثال ذلك أن يتعلق الأمر بعقد بيع أبرم بين فرنسيين وثار النزاع بشأنه في الجزائر، فالعقد يتسم بدولية نسبية في هذه الحالة، فهو نزاع غير دولي بمنظور القاضي الفرنسي بما أن كافة عناصره متركزة في فرنسا، ويعد دوليا لو عرض النزاع في الجزائر، فهي دولية نسبية إذا لا مطلقة.

ولذلك فإن مايير يفضل وصف الرابطة العقدية في هذه الحالة بالرابطة الأجنبية وليس رابطة دولية، إذ يرى أن مجرد طرح العلاقة القانونية المتعلقة بدولة معينة أمام دولة أجنبية يكفي لتدويل العقد على أن الدولية في هذه الحالة دولية شخصية وليست موضوعية، لأن هذه الأخيرة تحتفظ بالوصف الدولي المستمد من عناصرها الذاتية بصرف النظر عن الدولة التي طرح النزاع أمام محاكمها.

ولقد أشرنا سابقا إلى أن العقد الدولي وفقا للمعيار القانوني هو العقد الذي تتصل عناصره بأكثر من نظام قانوني واحد، أي أكثر من دولة واحدة.

ولا يكون هذا الأمر متوفرا إلا في الدولية المطلقة (الموضوعية)، بينما في الدولية النسبية (الشخصية) فقد تكون العناصر المؤثرة فيه منتمية إلى دولة واحدة فقط، وإن حدث وأن طرح النزاع أمام دولة أجنبية فقد لا تحرك قواعد التنازع التي تخضع العقد لقانون الإرادة، وبما أن العقد ينتمي لدولة واحدة فإنه لا يبرر إعمال قواعد تنازع القوانين.[1]

الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي (النظرية الموضوعية).

أظهرت العولمة التي ألقت بظلالها على مختلف المجالات، أن الاحتكام إلى المعايير القانونية من أجل جعل العقد دوليا أم غير ذلك أمر قد تجاوزه الزمن، فالعديد من العقود التجارية

[1] **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 76.

تتجاوز حدود البلد وتؤثر في المصالح التجارية دون أن يكون أحد عناصرها أجنبيا، لذا تم هجر المعيار الأول القانوني وتم اللجوء إلى النظرية الموضوعية لاعتبار العقد التجاري عقدا دوليا.

فحتى إذا كان العقد متصلا بعدة جهات دولية فهذا لا يعني بالضرورة أن العقد سيكون دوليا، مالم يكن العنصر فعالا ومؤثرا.[1]

وهذا ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف الفرنسية بروان **Rouen** في حكمها الصادر في 27 نوفمبر 1986، لما اعتبرت عقد النقل البحري للبضائع بين الموانئ الفرنسية عقدا وطنيا وليس دوليا رغم كون الناقل هولندي الجنسية والسفينة التي كلفت بنقل البضائع تحمل علن بنما.

وهذا دليل واضح أنه لا يكفي وجود عناصر أجنبية لجعل العقد يتسم بالدولية، وإنما يجب لذلك أن يمس العقد بمصالح التجارة الدولية.

إذا يعد هذا المعيار معيارا موضوعيا، فإذا اتصل العقد بمصالح تلك التجارة كان العقد دوليا، بصرف النظر عن مدى توافر العناصر القانونية الأخرى، مثل تضمن العقد تبادلا للأموال عبر الحدود كعمليات استيراد البضائع من دولة أجنبية أو تصديرها إلى دولة أجنبية.

إن اعتماد المعيار الاقتصادي من شأنه أن يسهل أمر معرفة دولية العقد من غيره، فيكفي أن يرتكز العقد على تبادل للقيم والأموال كي يكون دوليا ما دام أن مجرد تبادل القيم والأموال ستكون حتما عنصرا فعالا في العقد، وقد تبنى المعيار الاقتصادي مختلف التشريعات الحديثة.

كما تبنت اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع هذا المعيار لإطلاق الصفة الدولية على عقود بيع البضائع، حيث نصت المادة الأولى منه على أنه:" تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد مراكز أعمالهم في دول مختلفة...."[2]

---

[1] **محسن شفيق**، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998، ص 2.

[2] This convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different states :
a/ when the states are contracting states ; or
b/ when the rules of private international law bad ti the application of the law of a contracting state.
https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016
consulté le 10/08/2021 a 22h35.

ويعد العقد دوليا وفقا للنظرية الموضوعية إذا اتصل بمصالح التجارة الدولية، فالعقد الذي يكون موضوعه مثلا التصدير إلى الخارج أو الاستيراد وتنقل حركة الأموال خارج البلاد يكون عقدا دوليا لارتباطه بمصالح التجارة الدولية بغض النظر عن جنسية الأطراف المتعاقدة حتى ولو كانوا من جنسية وطنية.[1]

وبالتالي فإن تكييف العقد ما إذا كان وطنيا أو دوليا لا يراعى فيه عناصر العقد وإنما موضع العقد وتأثيره الاقتصادي على المجال الدولي، حتى لو كان العقد وطنيا في نظر أصحاب المعيار القانوني.[2]

وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا الرأي في العديد من المرات، فقد قضى بأن العقد المبرم بين شركة فرنسية وأحد الفرنسيين المتوطنين بفرنسا يعد عقدا دوليا باعتبار أن هدف العقد هو التمثيل بالخارج وبالتالي التأثير على مصالح التجارة الدولية، فهو عقد دولي رغم أنه انعقد بفرنسا بين فرنسيين.

رغم أهمية المعيار الاقتصادي بخصوص إضفاء الصفة الدولية على العلاقة التعاقدية، واهتمامه بالمعطيات الاقتصادية وعدم التوقف على الجوانب الشكلية فقط، إلا أنه لم يسلم من الانتقاد.

فقد انتقده **Batiffol** بقوله أن المعيار الاقتصادي قد يصبح غير صالح بظهور أنواع جديدة من العقود التي سوف لن يتمكن من إضفاء الطابع الدولي عليها إلا المعيار القانوني.

لذلك فسيظل لقواعد التنازع الدور البارز في تكييف هذه العقود لاتصال عناصرها بقوانين أجنبية بغض النظر عن موضوع هذه العقود، وهذا ما ذهب إليه الفقيه **Loussouan** الذي يرى أن المعيار القانوني الجامد أفضل من المعيار الاقتصادي المتغير.

---

[1] قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 27 يناير 1931 بأن العقد المبرم بين فرنسيين موضوعه نقل شحنة من القمح من أمريكا إلى فرنسا وكان التسليم في فرنسا St.Nazire ، فرغم كون العناصر المرتبطة بالعقد فرنسيي الجنسية إلا أن المحكمة استندت إلى أن العقد يتعلق بمصالح التجارة الدولية فهو بذلك يعتبر عقدا دوليا.

[2] **بوسماحة الشيخ**، مرجع سابق، ص 16.

على أن المعيار الاقتصادي لدولية العقد يتعارض مع المعيار القانوني، حيث أن المعيار القانوني يعتبر العقد دوليا إذا اتصل بأكثر من نظام قانوني واحد.

فالرابطة العقدية التي تجعل من العقد عقدا دوليا لاتصاله بمصالح التجارة الخارجية وفق المعيار الاقتصادي هي رابطة تتصل بأكثر من نظام قانوني واحد، وهو ما يفيد توافر المعيار القانوني أيضا.

ويمكن القول أن المعيار القانوني لدولية العقد هو أوسع من المعيار الاقتصادي، فالعقد المبرم مثلا بين جزائري وفرنسي هو عقد لا يؤثر على مصالح التجارة الدولية لكونه لا يؤدي إلى انتقال الأموال عبر الحدود، فهو لا يعد عقدا دوليا بمفهوم المعيار الاقتصادي رغم اتصال الرابطة العقدية بأكثر من نظام قانوني واحد، بينما يعد عقدا دوليا حسب المعيار القانوني لاتصال عناصره بجهة أجنبية بغض النظر عن أهميته.

ولا شك أن الاعتماد على المعيار القانوني الموسع الذي لا يفرق بين اتصال العقد بعناصر أجنبية مؤثرة في العلاقة التعاقدية من أجل إضفاء الدولية على العلاقة التعاقدية هو مفهوم آلي وجامد،[1] لا يمكن الأخذ به دوما وعلى إطلاقه.

لهذا وجبت التفرقة بين ما إذا كان العنصر الأجنبي مؤثرا في العلاقة التعاقدية أم لا.

فتوافر المعيار القانوني المضيق لدولية العقد سيؤدي حتما إلى توافر المعيار الاقتصادي، فوجود عناصر مؤثرة كاختلاف موطن المتعاقدين أو تنفيذ العقد بالخارج سيؤدي حتما إلى انتقال الأموال عبر الحدود وهذا ما يتعلق بمصالح التجارة الخارجية.

وبالتالي فإن اعتناق المعيار القانوني المضيق كأساس لدولية العقود سيؤدي حتما إلى اعتناق المعيار الاقتصادي، وهذا يبين صحة المعيار القانوني.

ويضاف إلى كل ذلك ميزة وضوح المعيار القانوني ومرونته، في اعتبار العقد دولي أم لا حسب تأثير العنصر الأجنبي على العلاقة التعاقدية.

---

[1] **أحمد شقيري**، الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، 1965، مجلد 21، ص 75.

بالرغم من أن البعض يخشى أن تكون هذه المرونة فقط ضعف بالنسبة للمعيار القانوني، إذ تعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير ما إذا كان العنصر الأجنبي مؤثرا في العلاقة التعاقدية أم لا، وبالتالي اعتبار العلاقة التعاقدية دولية أم لا.[1]

وفي الأخير فإن إعمال المعيار القانوني المضيق لا يتناقض مع المعيار الاقتصادي، بينما اعتناق المعيار القانوني الموسع الذي لا يفرق بين العناصر المؤثرة أو غير المؤثرة على الرابطة العقدية قد يؤدي إلى عدم اتصال هذه الرابطة بمصالح التجارة الخارجية، لذلك وجب على القاضي في المعيار القانوني مراعاة اتصال الرابطة العقدية بمصالح التجارة الدولية وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي بالجمع بين المعيارين الاقتصادي والقانوني.[2]

الفرع الثالث: الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي وموقف المشرع الجزائري.

سنحاول في هذا الفرع تسليط الضوء، على الاتجاه المتبع في كل من فرنسا وأوربا من جهة والجزائر من جهة أخرى.

أولا: موقف المشرع الفرنسي والأوربي.

يتجه القضاء الفرنسي حديثا من أجل إضفاء الصفة الدولية على العقود إلى الجمع بين كل من المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي.

وهذا نفس ما أخذت به مؤخرا الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف عام 1961، حيث جمعت بين المعيار الاقتصادي بالأخذ بعين الاعتبار مصالح التجارة الدولية وكذا المعيار القانوني بالوقوف على اختلاف محل إقامة طرفي العقد.

وعلى هذا الأساس لا يكفي للقول بدولية العقد وجود عنصر أجنبي في الرابطة العقدية (المعيار القانوني)، بل يجب الأخذ بعين الاعتبار ما إذا كانت الرابطة العقدية متعلقة فعلا بمصـــالح التجـــــارة الـــــدولية أم لا (المعيار الاقتصادي).

[1] **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ص 93.
[2] المرجع نفسه، ص 95.

كان يمكن للقاضي الفرنسي أن يؤخذ مباشرة بالمعيار القانوني المضيق والذي لا يعتبر العقد دوليا إلا إذا كان لعناصره الأجنبية تأثيرا فاعلا في العلاقة التعاقدية، وهذا التأثير الفعال في العلاقة التعاقدية سيؤدي حتما إلى إعمال المعيار الاقتصادي باعتبار أن المعيار القانوني المضيق سيؤدي حتما إلى تجاوز العقد للنطاق الداخلي وانتقال الأموال عبر الحدود.

وقد أكدت محكمة الاستئناف بباريس الجمع بين المعيارين في حكمها الصادر في 09 نوفمبر 1984، حين أقرت بدولية العقد المبرم بين شركة سويدية وشخص فرنسي من أجل تسويق منتوجات الشركة السويدية بفرنسا.

حيث أقرت المحكمة بدولية العقد لكونه عقد مبرم بالخارج مع شركة أجنبية، وهذا دليل على اعتماد المعيار القانوني لتوافر عناصر أجنبية في العلاقة التعاقدية، كما أشارت ذات المحكمة في معرض تأكيد حكمها على دولية العقد بأن هذه العلاقة التعاقدية ستؤدي حتما إلى تشجيع استيراد السلع من السويد نحو فرنسا، وهذا ما يعني توافر المعيار الاقتصادي.

فاستندت المحكمة في حكمها على المعيارين القانوني والاقتصادي، وجاء في الحكم عبارات تفيد أن الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي ترد عليه بعض القيود [1]:

- ضرورة الأخذ بالعناصر الأجنبية المؤثرة لتقرير دولية العقد طبقا للمعيار القانوني كموطن طرفي العقد أو محل الإبرام أو محل التنفيذ، واستبعاد مجرد اختلاف الجنسية كون هذه الأخيرة تمثل عاملا ثانويا لا يرقى إلى التأثير في دولية العقد أسوة بالمعيار القانوني المضيق.
- عند الأخذ بالمعيار الاقتصادي من أجل الحكم على دولية أي عقد تجاري، لا ينبغي تفسير العمل التجاري تفسيرا ضيقا حسب القوانين الداخلية للدول، بل يجب أن يشمل العمل التجاري كل ما من شأنه أن يؤثر على النشاط الاقتصادي للدول كعمليات الإنتاج المادية والذهنية والاستثمارات الأجنبية والخدمات....

[1] **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 97.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري بخصوص دولية العقود التجارية.

لا يوجد نص صريح يفيد بأن المشرع الجزائري قد أخذ بأحد المعيارين دون الآخر، إلا أنه يمكن استقراء بعض النقاط في هذا المجال من بعض القوانين والمراسيم التي تحدثت عن التحكيم الدولي وكذا قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فالمادة 458 مكرر من المرسوم التشريعي 09/93 المتعلقة بالتحكيم الدولي تفيد بالأخذ بالمعيار الاقتصادي والقانوني معا، حيث ربط بين الصفة الدولية للتحكيم بتعلق المنازعة بمصالح التجارة الدولية، وكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج، إذ تنص المادة 458 مكرر في هذا الشأن على أنه: " يعتبر دوليا، بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج".[1]

أما حاليا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 نجد أن المشرع الجزائري وإن لم يستعمل لفظ مصالح التجارة الدولية إلا أنه اعتمد في المادة 1039 المتعلقة بدولية التحكيم على المعيار الاقتصادي، حيث نص في المادة على أنه:" يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".[2]

فبعد أن كان قد جمع بين المعيارين في المرسوم التشريعي 93-09 لأخذه بالمعيار الاقتصادي لما اشترط تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية، وأخذ بالمعيار القانوني لما اشترط أن يكون مقر أحد الطرفين على الأقل في الخارج، نجده في القانون الأخير قد ركز على المصالح الاقتصادية وإن كان قد ربط الأمر بتعلق النزاع بدولتين على الأقل، ولكن تغليب المعيار الاقتصادي كان واضحا وهو ما يتوافق مع الفكرة الحديثة لعقود التجارة الدولية.

---

[1] المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 3 ذي القعدة 1413 الموافق ل 25 أبريل 1993، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية عدد 27 المؤرخة في 27 أبريل 1993، ص 58.

[2] القانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008، ص 03.

الفرع الرابع: عدم ملاءمة القوانين الوطنية لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية.

حتى وإن كانت عقود التجارة الدولية تجد أساسها في القوانين الوطنية، إلا أنه لا يخفى على أحد أن تطبيق تلك القواعد الوطنية من أجل حل النزاعات الناتجة عن عقود التجارة الدولية ينتهي في أغلب الأحيان بتنازع عدة قوانين وطنية في سبيل معرفة القانون الواجب التطبيق على هكذا عقود.[1]

فحتى لو تمكنا من تحديد القانون الوطني المعين لحل النزاع فإن القوانين الوطنية لا تناسب عقود التجارة الدولية على الأقل في الوقت الحالي، لعدة أسباب.

أولا: تعارض القوانين الوطنية مع عقود التجارة الدولية.

أثبتت التجارب أنه من النادر أن يتم إيجاد حلول للنزاعات التي تطرحها عقود التجارة الدولية في القوانين الوطنية، وإن كان البعض يقول أن الإشكال يكمن في المحكمين وليس في القوانين الوطنية.

يمكن أن نعطي كمثال عن ذلك ما حدث في قضية الشيخ شخبوط شيخ أبو ظبي، حيث أن المحكم قام بتطبيق القانون الإنجليزي عوض القانون الإماراتي بحجة أن القوانين الإنجليزية تمثل تجسيدا للمبادئ العامة للقانون.

وفي نفس الاتجاه وفي قضية أخرى وهي قضية أرامكو قام المحكمين بتطبيق القانون الدولي العام رغم اتفاق الأطراف على الاحتكام للقوانين السعودية، وكان تبرير المحكمين في هذه المرة كون القوانين السعودية مجرد تطبيق للشريعة الإسلامية حسبهم. [2]

[1] **عصام الدين القصبي**، تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية بين الشريعة والقانون ضمن فعاليات مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بالإمارات العربية المتحدة، 2003، ص 1682.

[2] **محمد إبراهيم موسى**، مرجع سابق، ص 69.

ومن ناحية أخرى تظهر القوانين الفرنسية بوضوح عدم ملاءمة القوانين الوطنية لقواعد وقوانين التجارة الدولية، حيث مثلا تنص بصريح العبارة أن القول بتحريم الشروط المقيدة لضمان العيوب الخفية في العلاقات التي يبرمها مهنيين من تخصصات مختلفة في القوانين الوطنية لا يسري ولا يتناسب مع عقود البيع الدولية.[1]

كما أن إعفاء بعض القوانين الوطنية للشروط الجزائية في عقود التجارة الدولية ورغم شيوع هذا النوع من الشروط إلا أن النظام الأنجلوساكسوني يقرر بطلانها حتى ولو تم إدراجها في عقود التجارة الدولية.[2]

ويثير الفقه نقطة أخرى تدل على عدم ملاءمة القواعد والقوانين الوطنية لقواعد التجارة الدولية، وهي تصنيف أغلب التشريعات الوطنية للعقود إلى عقود مسماة وأخرى غير مسماة، وإفراد مجموعة من القواعد الخاصة بها، وهذا التصنيف لا يتلاءم مع عقود التجارة الدولية فهي في أغلب الأحيان عقود مركبة ومعقدة.

وفي الأخير تجب الإشارة إلى أن بعض الفقه الذي ينادي بضرورة حماية ضعف الدول النامية، يقول بأن استبعاد القوانين الوطنية تحت مختلف الحجج، ما هو إلا رغبة من بعض الشركات الدولية في بسط نفوذها على الثروات الطبيعية للدول النامية ورغبة من تلك الشركات في استبعاد القوانين الوطنية الحمائية، وهذا أمر غير برئ حسبهم.[3]

ثانيا: تعارض القواعد المختارة مع القوانين الدولية.

تنص الاتفاقيات الدولية على إعطاء الأولوية للقوانين الدولية والاتفاقيات الدولية والأعراف الدولية في تسوية النزاعات.

في هذا الشأن كانت المادة الثانية من اتفاقية جنيف لسنة 1961 بشأن التحكيم الدولي شديدة الوضوح عندما أعطت الأولوية للقواعد الاتفاقية في التطبيق واعترافها بحق الدولة والأشخاص في اللجوء إلى التحكيم حتى لما تحرم القوانين الوطنية ذلك.[4]

---

[1] **Huetj** : les principaux contrats, L.G.D.J, Paris, 1996,p 300.
[2] **Hanotiau B** : la clause pénale en droit americain, DPCI, Paris, 1982,p518.
[3] **أبو زيد رضوان**، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، مصر، 1981، ص 148.
[4] تنص المادة بهذا الشأن

ويتضح من المادة أنه يتم إعمال الاتفاقية التي تقتضي بالتحكيم واستبعاد القوانين الوطنية حتى ولو كانت تنص على خلاف ذلك.

وفي نفس الشأن تنص المادة التاسعة من اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع على إعطاء الأولوية للعادات والأعراف التجارية الدولية على القواعد الأخرى (يقصد القوانين الوطنية).[1]

وفي هذا المجال يمكن القول أنه لا يمكن للدولة رفض اللجوء إلى التحكيم حتى ولو كانت قوانينها الوطنية لا تجيز لها اللجوء إليه، فهذا المنع يجب أن يفسر على أنه غير منتج لآثاره في مجال العلاقات الدولية.

ففي هذا الشأن أكدت محكمة التحكيم في الحكم الصادر في 1968 في النزاع رقم 1526 أن الدولة لا يمكنها أن ترفض اللجوء إلى التحكيم حتى ولو كانت قوانينها الوطنية لا تجيز لها أن تلجأ إليه.

وقد صدر حكم بهذا الشأن لما التجأ ورثة مواطن بلجيكي إلى التحكيم لمحكمة التحكيم الدولية بباريس، حسب العقد المبرم بين المواطن البلجيكي وإحدى الدول الإفريقية، بينما قامت الدولة الإفريقية بإلغاء العقد لأنه عقد أبرم مع مواطن متوطن في الدولة الأفريقية وهو امتياز لا يعطى لغيره حتى وإن كانوا ورثة.

لذلك نادى الورثة بضرورة إعمال التحكيم وليس القوانين الوطنية مادام أن العقد الذي أبرم بين الدولة الأفريقية والمواطن البلجيكي ينص بصريح العبارة على التحكيم بنصه:

"أي منازعات تتعلق بتفسير أو تنفيذ الاتفاق تكون من اختصاص محكمة التحكيم الدولية بباريس، عدا ما تعلق منها بالنظام العام الوطني للدولة، حيث يقبل الممنوح له الامتياز الاختصاص القضائي لمحاكم هذه الأخيرة".[2]

« dans les cas vises à l'article premier p1 de la présente convention, les personnes morales qualifiées par la loi qui leur est applicable de personnes morales de droit public, ont la faculté de conclure valablement des convention d'arbitrage ».

[1] **Kassis.A** : le nouveau droit européen des contrats internationaux, L.G.D.J, Paris, 1993, P 545.

[2] **محمد إبراهيم موسى**، مرجع سابق، ص 84.

المبحث الثاني: مدى معيارية قانون التجارة الدولية بوصفه قانونا للعقد التجاري الدولي.

الإشكال الذي يمكن أن تطرحه عقود التجارة الدولية، هو مدى تمتع القانون الذي يحكم هذه العقود بطابع الإلزام الذاتي، دون الحاجة إلى أنظمة قانونية داخلية أو نظام قانوني دولي عام، بعبارة أخرى هل تتمتع عقود التجارة الدولية في إطارها القانوني بالطبيعة الوضعية (خاصية الإلزام الذاتي).

ظهرت اتجاهات فقهية مختلفة بخصوص تحديد الطبيعة القانونية للقوانين الناظمة لعقود التجارة الدولية، بين من يعتبرها قوانين تدخل في صلب المجال الوضعي، وبين من ينفي عنها الطبيعة الوضعية، والصعوبة تكمن في تحديد النقطة الفاصلة التي تنتقل فيها هذه القوانين من المجال غير الوضعي إلى المجال الوضعي، أو ما يسمى بـــــــ"العتبة المعيارية".[1]

فالاتجاه الأول يشترط لاعتبار القواعد عبر الدولية، ومنها القوانين التي تحكم عقود التجارة الدولية قواعدا ذات طابع وضعي ضرورة أن يكون مصدرها نظام قانوني لدولة معينة، في حين يرى الاتجاه الثاني أنه يكفي أن يكون مصدر تلك القواعد نظام قانوني لمجتمع معين غير الدولة (أعراف تجارية، منظمات دولية، اتفاقات واتفاقيات دولية، ...).

فهناك فقه يرى أن القوانين التي تخضع لها عقود التجارة الدولية لا يمكن أن تشكل نظاما قانونيا مستقل عن الأنظمة القانونية الوطنية، **(مطلب أول)**، في حين يرى فقه آخر أن النظام القانوني عبر الدولي بصفة عامة، وعقود التجارة الدولية بصفة خاصة يمكن أن تشكل نظاما قانونيا مستقلا ويتمتع بالطبيعة الوضعية، طالما أنه يحتوي على كل من الركن المعياري وكذا الركن المؤسسي المطلوب توافرهما من أجل الاعتراف بالطبيعة الوضعية لأي قانون **(المطلب الثاني).**

---

[1] يشير Fouchard إلى أن :

« il est possible d'admettre même en droit privé que le " seuil " de la normativité n'est que l'harmonisation internationale de droit sur la fondation d'une lex mercatoria ou l'élaboration inter- étatique de nouveaux instruments ne se réalise que lentement et progressivement ».

FOUCHARD Ph & GUILLARD E & GOLDMAN B, Traité de l'arbitrage commercial international, op cit, p 842-843.

ومن أجل التفصيل أكثر في هذا الأمر تم تقسيم هذا المبحث على النحو الآتي ذكره:

المبحث الثاني: مدى معيارية قانون التجارة الدولية بوصفه قانونا للعقد التجاري الدولي.

- المطلب الأول: عدم تمتع القوانين التي تخضع لها عقود التجار الدولية بالطبيعة الوضعية وضرورة خضوعها للأنظمة القانونية الداخلية.
- المطلب الثاني: تمتع القوانين التي تخضع لها عقود التجارة الدولية بالطبيعة الوضعية (الإلزام الذاتي).

المطلب الأول: عدم تمتع القوانين التي تخضع لها عقود التجار الدولية بالطبيعة الوضعية وضرورة خضوعها للأنظمة القانونية الداخلية.

يرى جانب من الفقه أن القوانين التي تخضع لها عقود التجارة الدولية لا ترقى لأن تشكل نظاما قانونيا مستقل عن الأنظمة القانونية الداخلية، لذلك وجب خضوعها كمثلها من العقود المبرمة داخل الدولة للنظام القانوني الداخلي، حيث ينفي أصحاب هذا الرأي وجود نظام قانوني عبر دولي، فهم يرفضون ما ذهب إليه القانون الدولي العام في تعريفه للنظام القانوني في نظرية "الوضعية الاجتماعية"، والتي يكفي بموجبها للاعتراف بالطابع الإلزامي للقاعدة القانونية انتماؤها إلى مجتمع منظم ليس مشترطا بالضرورة أن يوصف ذلك المجتمع بوصف الدولة.

فحسب الفقه الرافض لتمتع قوانين عقود التجارة الدولية بالطبيعة الإلزامية، يجب الأخذ بنظرية "وضعية الدولة" والتي بموجبها يلزم لأي قاعدة قانونية كي تكون ملزمة لذاتها أن تصدر من مجتمع بوصف الدولة لا غير، مستبعدين بذلك إمكانية خضوع عقود التجارة الدولية لقواعد خاصة غير القوانين الداخلية للدولة.

فالاتجاه الذي ينادي بعدم تمتع قوانين عقود التجارة الدولية بالطبيعة الإلزامية يرفض الأخذ بقول **Romano**، الذي يؤكد على إمكانية ارتباط القانون بمجتمعات معينة غير الدولة، وذلك بقوله: "حين كان المجتمع كان القانون".

ويضيف رومانو: "نحن نعتقد أن تعبير (قانون) بمعناه الموضوعي يمكن أن يعني:

أ- نظام في كليته ووحدته، أي المؤسسة.

ب- حكم أو مجموعة أحكام (معيار أو نصوص معينة) مجمعة أو منسقة بشكل متنوع وحتى يمكن تمييزها عن الاحكام غير القانونية فإننا نسميها مؤسسية".[1]

فحدة رفض الفقهاء لوجود قواعد عبر دولية متباينة، بين رفض قاطع متطرف وآراء أخرى رافضة بشكل أقل حدة.

ويتزعم [2] **Francis Mann** أستاذ القانون الأمريكي الاتجاه الفقهي المتطرف، إذ يرفض رفضا قاطعا خضوع عقود التجارة الدولية إلى نظام قانوني مستقل عن القوانين الداخلية.

وهناك اتجاه فقهي أقل حدة من ذلك الذي تبناه فرانسيس، أين يعترف بوجود قواعد عبر دولية إلا أنها لا ترقى حسبهم لأن تكون نظاما قانونيا عبر دولي متكامل، وهو ما ذهب إليه القاضي الإنجليزي اللورد **Mustill**.[3]

كما برز رأي فقهي وسطي، يعترف بوجود قواعد عبر دولية لكنها لا تتمتع بخصائص العمومية والتجريد التي تتمتع بها القواعد الداخلية، لذلك يجب لتطبيقها وجود سياسة تشريعية تفرض من إرادة القوي في سوق الأعمال عبر الدولية.

---

[1] «..nous pensons que l'expression "droit" au sens objectif peut désigner deux choses:
a) un ordre dans son intégralité et son unité, c'est-à-dire une institution;
b) une prescription ou un ensemble de prescriptions (normes ou dispositions particulières) diversement groupées ou agencées, pour les distinguer des prescriptions non juridiques nous les appelons institutionnelles ».

Gian Paolo Romano est, depuis le 1er février 2015, Professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Genève, où il enseigne la procédure civile internationale, le droit international privé de la famille, les relations économiques en droit international privé, le droit comparé.
نقلا عن، **نادر محمد إبراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دراسة حول ماهية وتطبيق الأعراف التجارية الدولية وسوابق التحكيم الاقتصادي الدولي وأهم الأنظمة القانونية المتصلة به، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 213.

[2] **MANN**, Lex Facit Arbitrum, in International Commercial Arbitration, Liber Amicorum for Domke MEHREN Leiden, pays- bas, 1967, p. 160.

[3] A distinguished and often innovative member of the Appellate Committee of the House of Lords, Michael Mustill was, as counsel, judge, and author, a leader in the fields of commercial law and international arbitration. An Honorary Fellow of St John's College, he retained a close association with the Faculty over many years. He was for some time a Yorke Distinguished Fellow and was the Arthur Goodhart Professor in the academic year 2003-2004. He was also Honorary President of the Cambridge University Law Society. He was awarded the LLD degree in 1992.
He passed away on Monday, 27 April 2015.

ومن الحجج التي يتمسك بها أصحاب الفكر الرافض لخضوع عقود التجارة الدولية لقوانين تتسم بالطبيعة الوضعية، في إطار ما يسمى بالقواعد عبر الدولية هو تخلف الركنين المعياري **(فرع أول)** والمؤسسي **(فرع ثان)** للنظام القانوني عبر الدولي بصفة عامة، والنظام القانوني الذي تخضع له عقود التجارة الدولية بصفة خاصة.

ومن أجل التفصيل أكثر في هذا المطلب، فقد تم تقسيمه على النحو التالي:

المطلب الأول: عدم تمتع القوانين التي تخضع لها عقود التجار الدولية بالطبيعة الوضعية وضرورة خضوعها للأنظمة القانونية الداخلية.

- الفرع الأول: تخلف الركن المعياري عن النظام القانوني الذي يحكم عقود التجارة الدولية.
- الفرع الثاني: تخلف الركن المؤسسي في عقود التجارة الدولية.

الفرع الأول: تخلف الركن المعياري عن النظام القانوني الذي يحكم عقود التجارة الدولية.

يتمسك الاتجاه الرافض لخضوع عقود التجارة الدولية لنظام قانوني مستقل بمجموعة من الحجج، أهمها عدم توافر خصائص القاعدة القانونية في النظام القانوني الذي يحكم عقود التجارة الدولية، كضرورة توافر عناصر التجريد أو العمومية وكذا الإلزام، والتي يؤدي غيابها إلى تخلف الركن المعياري.

أولا: عدم التجريد والعمومية.

من المعلوم أن أهم خاصية تتمتع بها القاعدة القانونية هي صفة التجريد، بمعنى ضرورة أن يكون توجه خطاب القاعدة القانونية إلى عموم الأشخاص أو وقائع معينة، حيث يرى المناهضين لفكرة وجود قواعد عبر دولية تصلح لأن تحكم عقود التجارة الدولية مثلا أن المناداة بهكذا قانون هو مجرد خدعة تهدف إلى بسط كبار عناصر قانون التجارة الدولية لنفوذهم على التجار الوطنيين، والأكثر من ذلك هو استبعاد القوانين الوطنية من التطبيق عليهم بخلق نظام قانوني جديد أسموه بالنظام عبر الدولي.

فحسب هؤلاء فإن القواعد القانونية التي تحكم عقود التجارة الدولية لم يتم خلقها بصفة مجردة، بل أنها وضعت أساسا لمراعاة مصلحة الشركات عبر الدولية، وتهدف إلى تحييد القانون الوطني خاصة في الدول النامية.[1]

حيث يرى هؤلاء أنه لا وجود لقانون دولي للتجار ذو طبيعة عامة، فالأعراف التي دفعت إلى وضع قانون في مجال معين للتجارة الدولية إنما وضعت مراعاة لمصالح مجموعات تجارية معينة (تجارة الحبوب، التبغ، النفط، ...).

ثانيا: عدم تمتع القاعدة القانونية في النظام عبر الدولي بالطابع الإلزامي.

لو افترضنا تمتع مختلف قواعد النظام عبر الدولي بخاصيتي التجريد والعمومية، ومنها النظام القانوني الذي تخضع له عقود التجارة الدولية، فإنه غالبا لا يوجد أي جزاء مادي يجبر أطراف عقود التجارة الدولية على احترام تعاقداتهم، فغياب الجزاء المادي يفقد تلك القواعد عنصر الإلزام.

وفي هذا الشأن يقول الدكتور أحد عبد الكريم سلامة:

" أي نظام قانوني لا تقوم له قائمة، مالم تقترن قواعده بجزاء يكفل احترامها وبقاءها، ولا مراء في أن النظام القانوني للدولة يميزه وجود ذلك الجزاء الذي تتكفل السلطة العامة بتوقيعه عند الاقتضاء، وهنا يلاحظ أن القواعد الموضوعية للتجارة الدولية تفتقد هذا الجزاء ".[2]

ومما ذكر أعلاه، يتضح أن من بين الحجج التي وضعها أصحاب الفكر الرافض لتمتع عقود التجارة الدولية بعنصر المعيارية، هو تخلف أهم خصائص القاعدة القانونية من عمومية وتجريد وإلزام، بالإضافة إلى وجود تناقض بين بعض قرارات التحكيم الدولية التي تخضع لها عقود التجارة الدولية مثلا، وهذا ما لا نجده في القوانين الوطنية، أين تسهر أعلى السلطات القضائية في هرم الدولة على توحيد الاجتهاد القضائي طبقا للقانون، وهو الدور الذي تلعبه المحكمة العليا ومجلس الدولة في الجزائر مثلا.

---

[1] **أحمد عبد الكريم سلامة**، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، القاهرة، مصر، 2018، ص 380.

[2] **المرجع نفسه**، ص 370.

فقد يحدث أن يصدر قرار تحكيمي عن غرفة التجارة الدولية يرفض الأخذ بنظرية الظروف الطارئة إعمالا لمبدأ "قدسية العقد" رغم أن هذا المبدأ بدوره يتعارض مع مبدأ "المحافظة على توازن الأداءات ذات التنفيذ المستمر"، وهو أحد مبادئ Lex mercatoria.[1]

كما أن أغلب القواعد عبر الدولية، لاسيما تلك التي تخضع لها عقود التجارة الدولية لها طابع مكمل، ويلزم لتطبيقها اتفاق الأطراف على ذلك، فالقواعد القانونية هنا هي مجرد شروط تعاقدية اتفق الأطراف عليها وليست قواعد قانونية قائمة بذاتها.

حيث يرى الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة أن:

«عادات وأعراف التجارة الدولية، وإن شكلت قواعد قانونية قادرة على حكم وتنظيم العقود الدولية، إلا أن تلك القواعد ليست إلا قواعد تخييرية règles facultatives أو تكميلية، فهي لا تطبق بقوة سريانها، بل لابد أن يقرر الأطراف بإرادتهم الصريحة أو حتى الضمنية رغبتهم في سريان أحكامها» .[2]

---

[1] حيث يقول **KASSIS** أنه:

«On pourra remarquer que ce rejet systématique de la théorie de l'imprévision dans l'arbitrage C.C.I. contredit un autre principe, considéré lui aussi comme faisant partie de la même lex mercatoria, le principe du maintien de l'équilibre des prestations à exécution suivie». Cf. Théorie générale des usages du commerce»

نقلا عن نادر إبراهيم، مرجع سابق، ص 219

[2] **أحمد عبد الكريم سلامة**، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ص 370-424.

الفرع الثاني: تخلف الركن المؤسسي في عقود التجارة الدولية.

يرى أصحاب الاتجاه المنادي بعدم تمتع القوانين التي تحكم عقود التجارة الدولية بالطبيعة الوضعية نظرا لتخلف الركن المعياري أنه حتى ولو فرضا توافر الركن المعياري، فإن تخلف الركن المؤسسي للقوانين عبر الدولية التي تحكم عقود التجارة الدولية ينفي عن هذه القوانين الطبيعة الوضعية.

حيث ينبغي لوجود أي نظام قانوني استيفاء الركن المؤسسي، وهو الأمر الغير موجود في نظرية القواعد عبر الدولية بصفة عامة، والقوانين التي تحكم عقود التجارة الدولية بصفة خاصة، حسب بعض الفقهاء.

ويتمثل الركن المؤسسي في المجتمع الذي تنتمي إليه القواعد القانونية، وإن كان البعض يرى أنه يمكن أن يوجد مجتمع خاص تنتمي إليه القواعد عبر الدولية هو المجتمع التجاري، وهو ما يشار إليه باللاتينية بـ **sociatus mercatorum** إلا أن هذا المجتمع وصف بعدم الانسجام وعدم التنظيم.

ويرجع عدم الانسجام الى اتساع مجال الأعمال عبر الدولية وتعددها، ما يؤدي حتما إلى تعارض مصالح أفرادها، حيث تسعى أطراف تنتمي إلى الدول المتقدمة إلى السيطرة على مقدرات واقتصاديات العالم الثالث، فالنظام القانوني عبر الدولي حسب الدكتور محمد درويش في كتابه قانون التجار وباعتراف أنصاره قد وضعه أشخاص ينتمون للدول المتقدمة.

ويتجلى عدم تنظيم تجمعات أشخاص الأعمال عبر الدولية في تعدد واختلاف التوجهات القانونية والفقهية لهذه التجمعات، إذ أن اختلاف أشخاص القانون عبر الدولي وتعددهم يجعل هذه التجمعات تتأثر بأنظمة قانونية مختلفة حسب الأنظمة القانونية الداخلية التي ولدت في أحضانها.[1]

[1] **نادر محمد إبراهيم**، مرجع سابق، ص 225.

ويرى **Laggard** [1]في هذا الشأن وجود اختلاف شاسع داخل الوسط الذي تنمو فيه عقود التجارة الدولية، حيث يقول أن:

"الوسط الذي تنمو فيه التجارة الدولية، يتسم في ذاته بشدة الاتساع، وشدة التنوع والتشرذم لدرجة تدفعنا إلى التشكيك في استطاعته أن يكون إطارا يخدم مجتمع محروم من أدنى تنظيم على غرار الأمثلة الأخرى للنظم القانونية التي عرفت سابقا".[2]

المطلب الثاني: تمتع عقود التجارة الدولية بالطبيعة الوضعية (الإلزام الذاتي).

بعد أن وضحنا في المطلب الأول الرأي الذي ينفي تمتع عقود التجارة الدولية بخاصية الإلزام الذاتي (الطبيعة الوضعية)، نظرا لتخلف الركنين المعياري والمؤسسي، سنوضح في هذا المطلب الرأي الثاني، والذي يرى عكس ذلك.

حيث يرى أصحاب الرأي الثاني أن عقود التجارة الدولية تستوفي الركن المعياري إذ أن القواعد التي تخضع لها عقود التجارة الدولية تمتاز بالطابع العام والمجرد والصيغة الإلزامية **(فرع أول)**، بالإضافة أيضا إلى استيفائها للركن المؤسسي **(الفرع الثاني).**

[1]Né le 3 mars 1934 à Rennes (France)
Agrégé des Facultés de Droit , Droit privé (1961)
Professeur successivement aux universités de Nancy (1961-1969), de Nanterre (1969-1971) et de Paris I Panthéon-Sorbonne (1971-2001) ; Professeur émérite depuis octobre 2001.
Président du Comité français de droit international privé (1987-1990)
Membre du Groupe européen de droit international privé (Gedip) depuis sa fondation (1991) et jusqu'en 2015. Membre honoraire depuis cette date.
Membre de l'Institut de Droit International (depuis 1995).
Conseiller d'Etat en service extraordinaire (1997-2001).

[2] « Bref, le milieu dans lequel se développe le commerce international est lui-même si entendu, si diversifié et si cloisonné qu'on en viens à douter qu'il puisse servir de carde à une communauté pourvue d'un minimum d'organisation, à l'instar des autres exemples d'ordres juridiques déjà rencontres».
نقلا عن نادر محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 226.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أنه طبقا لمفهوم الوضعية الاجتماعية للفقيه **Romano** فإن النظام القانوني عبر الدولي بصفة عامة وعقود التجارة الدولية بصفة خاصة، تحتوي على كل من الركن المعياري وكذا الركن المؤسسي المطلوب توافرهما من أجل الاعتراف بالطبيعة الوضعية لأي قانون.

من أجل توضيح كل ذلك، سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

المطلب الثاني: تمتع عقود التجارة الدولية بالطبيعة الوضعية (الإلزام الذاتي).

- الفرع الأول: وجود الركن المعياري في عقود التجارة الدولية.
- الفرع الثاني: وجود الركن المؤسسي في عقود التجارة الدولية.

الفرع الأول: وجود الركن المعياري في عقود التجارة الدولية.

لما نتطرق إلى وجود الركن المعياري في عقود التجارة الدولية، فإننا نقصد النظام القانوني عبر الدولي بصفة عامة والذي تعد عقود التجارة الدولية جزءا خاصا منه.

من أهم ما أعيب على النظام القانوني عبر الدولي من أجل نفي الركن المعياري عنه، حسب أنصار الفقه المناهض لنظرية القواعد عبر الدولية، هو عدم تمتع مثل هذه القوانين بخصائص القواعد القانونية من تجريد وعمومية وإلزام، وسنرى أدناه مجموعة من الحجج حضت هذا الأمر آخذين كمثال عقود التجارة الدولية.

أولا: خضوع عقود التجارة الدولية لقوانين عامة ومجردة.

ما يعاب على أصحاب الفكر المناهض لفكرة القواعد عبر الدولية، أن قولهم بعدم اتصاف تلك القواعد بخاصيتي التجريد والعمومية ناتج عن توهمهم أن تلك القواعد، لو أخذنا على سبيل المثال لا الحصر القوانين التي تحكم عقود التجارة الدولية، إنما وضعت حسبهم من أجل حماية مصلحة الطرف الغربي ضد الطرف القابع في دول العالم الثالث.

فلو أخذنا على سبيل المثال نظرية الظروف الطارئة في عقود التجارة الدولية، فإن عدم إعمال هذه النظرية في حالات معينة في عقود التجارة الدولية ليس رغبة في ترجيح كفة طرف على آخر، بل مجرد احترام لمبدأ "قدسية العقد"، والذي قد يكون في صالح الطرف الغربي كما قد يكون في صالح الطرف النامي الضعيف، بل ويمكن التغلب على هذا الاختلاف بمجرد تضمين الاتفاق بندا ينص على الأخذ بنظرية الظروف الطارئة لمواجهة أي اشكال لاحق للتعاقد، خاصة أن أغلبية القواعد عبر الدولية ذات طبيعة مكملة.

فالقواعد عبر الدولية بصفة عامة، والقوانين التي تحكم عقود التجارة الدولية سواء كان مصدرها الأعراف التجارية أو المبادئ العامة المستقرة في قضاء التحكيم الاقتصادي الدولي، وإن كانت قد تبدوا في ظاهرها أنها لا تتصف في الكثير من الأحيان بالعمومية نظرا لكونها تخص فئة معينة، كفئة التجار، أو الناقلين الدوليين، أو أي مجتمع آخر إلا أن هذا لا يعني نفي صفة التجريد عنها، فحتى القواعد الوطنية الداخلية قد تخاطب فئات معينة أو حتى شخصا واحدا إلا أن هذا لا ينفي صفة التجريد عنها، ومثاله مخاطبة قاعدة قانونية وطنية للأشخاص الراغبين في الترشح لمنصب رئيس الجمهورية لا ينفي عنها صفة العمومية والتجريد، وهذا نفس الأمر لما تخاطب قاعدة عبر دولية أشخاص دوليين محصورين في مجال معين.

ولعل ما ساهم في ترسيخ فكرة عدم عمومية وتجريد القواعد عبر الدولية لدى أذهان الرافضين لها، هو اتصاف القواعد عبر الدولية بأنها منهج متجدد، حيث يسعى المحكم مثلا في العديد من الأحيان إلى خلق حل ملائم للإشكال الواقع، وهو ما قد يبدوا متعارضا مع فكرة العمومية والتجريد، فهذا التجديد هو الذي يساهم في خلق حل ذاتي للنزاع، والحلول الذاتية لا تكون حلولا مجردة، على الأقل طالما ظلت انفرادية ولم تتكرر في فضاء التحكيم بشكل يجعل منها حلولا موضوعية صالحة للانطباق العام.[1]

فالقول مثلا أن عقود التجارة الدولية خاضعة لقوانين غير عامة ومجردة تفرض وتكرس سيطرة الدول المتقدمة على الدول الضعيفة غير صحيح، فعلى سبيل المثال قضت غرفة التحكيم البحرية

[1] **نادر محمد إبراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، مرجع سابق، ص 232.

في باريس سنة 1995 بتطبيق مبدأ قدسية العقد ومبدأ المعقولية في عقد بناء سفينة بشكل يحقق مصالح الطرف الضعيف والذي كان من دولة مدغشقر ضد الطرف الآخر الفرنسي.[1]

ثانيا: تمتع القواعد التي تحكم عقود التجارة الدولية بالطابع الإلزامي.

يتفق المجتمع الدولي على أن القواعد عبر الدولية بصفة عامة وتلك التي تحكم عقود التجارة الدولية تتمتع بالطابع الملزم، وإن كان هذا الطابع الإلزامي له طبيعة خاصة، إذ يتأثر بطبيعة المجتمع عبر الدولي وطبيعة علاقات الأعمال عبر الدولية.[2]

وفي هذا الشأن يشير **FOUCHARD** إلى تمتع القواعد عبر الدولية بنوعين من الجزاءات:

1- جزاءات نقدية les sanctions pécuniaire .

وتتمثل هذه الجزاءات في ضرورة تغطية مصاريف التحكيم، والالتزام أيضا بمبلغ التعويض الذي ينص عليه حكم المحكم في قرار التحكيم.

2- جزاءات معنوية les sanctions morales .

ويتمثل هذا الجزاء خاصة في التشهير بأسماء الأطراف التي تمتنع عن تنفيذ أحكام التحكيم، ونعلم جيدا ما للسمعة الدولية من تأثير بالغ الأهمية في عقود التجارة الدولية، كما قد يتمثل الجزاء

---

[1] «la stipulation contractuelle relative à la garantie, si elle avait de nombreux objets - notamment les vices garantis, l'effet et la durée de la garantie, la responsabilité du fait des sous-traitants et l'obligation de faire constater les revendications par une société de classification-, ne fixait pas de durée pour saisir le juge.

Considérant que la saisine du juge devait, selon les principes généraux du commerce international, se situer à l'intérieur d'un délai satisfaisant pour que le défendeur ne pâtisse pas d'un délai trop long et constatant que le juge avait été saisi quelques mois seulement après le dépôt du rapport de l'expert, l'attitude du demandeur a jugée satisfaisante et l'action en justice non prescrite.

S'agissant de l'indemnisation du préjudice matériel et direct, c'est-à-dire du préjudice dû aux reparations, les arbitres ont fait le partage des désordres devant être considérés comme repondant aux conditions de la garantie et ceux qui devaient être exclus. La question concerne la prise en charge du préjudice dû à l'immobilisation du navire. A ce propos, le tribunal arbitral ont écartées les conséquences financières de la prise des désordres que l'acheteur avait connus avant la recette du navire» .

D.M.F 48e année, février, 1996, n 557, p 235.

[2] **FILALI Osman**, les principes généraux de la lex Mercatoria-Contrebutions a l'étude d'un ordre juridique anational, Ed, LGDJ, Paris, 1992, PP 437-438 .

الأدبي في إسقاط العضوية من بعض الجهات والأجهزة الدولية والحرمان من اللجوء إلى التحكيم مستقبلا، بالإضافة إلى المنع من العمل في الأسواق التي تتحكم فيها الطائفة.[1]

فالجزاءين السابقين (النقدي والمعنوي) كافيين للاعتراف للقواعد عبر الدولية بالتمتع بالجزاء والطابع الإلزامي، وإن كان هذا الجزاء مختلف عن الجزاء المادي الذي توقعه السلطات العامة في القانون الداخلي للدول، إلا أن العبرة بالفعالية وليس بطبيعة الجزاء، فالجزاء المعنوي في القانون الدولي قد يكون أكثر ردعا وتأثيرا من الجزاء المادي داخل الدولة، والذي قد يترك في العديد من الأحيان أحكاما قانونية دون تنفيذ رغم توقيع الجزاء المادي، كالتخلف عن تأدية التزامات معينة رغم توقيع الإكراه البدني كجزاء مادي مثلا.

وفي هذا الشأن يؤكد الأستاذ الدكتور هشام علي صادق على أن:

"قواعد القانون الدولي العام على سبيل المثال قد أثارت مثل هذا الجدل لغياب سلطة عامة للمجتمع الدولي يمكن لها توقيع جزاء مادي عند مخالفة هذه القواعد خلافا للوضع في المجتمعات الداخلية. ومع ذلك فإن الفقه الغالب لم يعد ينكر على أحكام القانون الدولي العام صفتها القانونية الملزمة".[2]

ويرى المناهضين لتمتع القواعد عبر الدولية بالطبيعة الوضعية نتيجة فقدانها لعنصر الإلزام وبالتالي معياريتها، يرون إمكانية حل هذا الإشكال في اندماج تلك القواعد عبر الدولية في الأنظمة القانونية الداخلية كي تضمن توقيع الجزاء المادي الداخلي.

ورغم موافقة الدكتور نادر إبراهيم على هذا الطرح، إذ يرى أن اندماج القواعد عبر الدولية في الأنظمة القانونية الداخلية يوفر لها عنصر الإلزام، إلا أن هذا الاندماج ليس شرطا لازما لتمتع القواعد عبر الدولية بالطبيعة الوضعية، والقول بإلزامية ذلك سيحول القواعد عبر الدولية إلى قواعد داخلية، وهذا خارج عن نطاق دراستنا.[3]

---

[1] **FOUCHARD Ph & GUILLARD E & GOLDMAN B**, Traité de l'arbitrage commercial international, op cit, p 423-445.

[2] **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 123.

[3] **نادر محمد إبراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، مرجع سابق، ص 238.

وبخصوص القول بوجود تناقض بين مختلف القواعد عبر الدولية، كما سبق أن أشرنا إليه، حينما قال **kassis** بوجود تناقض بين "مبدأ قدسية العقد" وما يترتب عنه من رفض لتعديل العقد رغم الظروف الطارئة من جهة، ومبدأ "توازن الأداءات ذات التنفيذ المستمر"، فإنه يرد على هذا النقد بكون مبدأ "تعديل العقد لملاءمة الظروف الطارئة" هو مبدأ غير معترف به كمبدأ من المبادئ العامة عبر الدولية إلا في مجال العقود طويلة الأجل،[1] وبالتالي فإن الانتقاد الذي يتحجج به **kassis** مردود عليه من هذه الناحية.

ومن جهة أخرى فلو اعترفنا بمبدأ " تعديل العقد لملاءمة الظروف الطارئة" كمبدأ عام عبر دولي فهو استثناء لمبدأ عام عبر دولي آخر هو " مبدأ قدسية العقد"، وهذا الأمر موجود حتى في الأنظمة القانونية الداخلية، ولا يعد تناقضا ينفي الركن المعياري عن القوانين عبر الدولية.

كما أن القول بأن أغلبية القواعد القانونية عبر الدولية هي قواعد ذات طابع مكمل لا يعد انتقاصا من قيمتها الملزمة، ولا يعد سببا كافيا لمنع اتصاف القواعد عبر الدولية بالطبيعة الوضعية بوصفها قواعد قانونية قائمة بذاتها.

ولما ينادي kassis بعدم وجود أعراف تجارية دولية بل مجرد عادات اتفاقية نظرا لأنها ذات طبيعة مكملة،[2] فإن الأستاذ الدكتور هشام علي صادق يرد على kassis بالقول:

"هذا الاتجاه ينكر على القواعد القانونية المكملة القدرة على السريان الذاتي، ويستلزم لتطبيقها أن يعلن الأطراف عن إرادتهم في هذا التطبيق صراحة أو ضمنا، وهو ما يخالف الفقه المعتمد في النظرية العامة للقانون، والذي يؤكد التزام القاضي بتطبيق القواعد المكملة من تلقاء نفسه. فهذه القواعد تتمتع بالصفة القانونية، أي بالقوة الملزمة، أسوة بالقواعد الآمرة، مما يقتضي تطبيقها التلقائي.

كل ما في الأمر أن شرط تطبيق القواعد المكملة هو عدم استبعاد الافراد حكمها. وهذا الموقف السلبي وحده يوفر للقاعدة القانونية شروط تطبيقها وتكون أحكامها منطبقة على الأفراد مباشرة.

---

[1] **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 182.
[2] **أحمد عبد الكريم سلامة**، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي وقانون التجارة الدولية، مرجع السابق، ص 429.

فالقواعد المكملة لا تحتاج لتمسك الأفراد بها أو إعلان رغبتهم في تطبيقها صراحة أو ضمنا ".[1]

وهذا الأمر هو نفسه ما هو معتمد عليه بخصوص القواعد الآمرة في القواعد القانونية الداخلية، أما بخصوص قول kassis أن القواعد عبر الدولية مجرد عادات اتفاقية، فنرد على هذا القول بأن العادة الاتفاقية يستلزم للأخذ بها اتفاق الأطراف صراحة أو ضمنا على ذلك، بينما القاعدة القانونية المكملة يكفي لتطبيقها عدم اتفاق الأطراف على استبعادها، فالعادة الاتفاقية تتطلب للأخذ بها اتخاذ موقف إيجابي، بينما يكفي للأخذ بالقاعدة القانونية المكملة اتخاذ موقف سلبي من الأطراف بالسكوت عن مخالفتها.

الفرع الثاني: وجود الركن المؤسسي في عقود التجارة الدولية.

يستند الفقه المناهض للاعتراف بالطبيعة الوضعية للقواعد عبر الدولية اضافة إلى عدم توافر الركن المعياري حسبهم، إلى تعدد الأشخاص المعنيين بالقواعد عبر الدولية وعدم إمكانية جمعهم تحت مجتمع واحد مثل ما تقوم به الدولة بخصوص أفرادها لما تخضعهم جميعا للقانون الوطني.

لكن يجب التأكيد أن المجتمع الذي تبسط القواعد عبر الدولية نفوذها عليه هو مجتمع متعدد النظم، يطلق عليه اصطلاحا "Societas mercatorum" أي "المجتمع التجاري"[2] ويوصف بأنه "مجتمع دولي حقيقي"، "une véritable communauté internationale".[3]

إنه باختصار المجتمع الذي نطلق عليه "المجتمع عبر الدولي" نسبة إلى معاملاته التي تتعلق بالأعمال عبر الدولية.[4]

---

[1] **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 207.

[2] **GOLDMAN Berthold**, Lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalités et perspectives, JDI, n°3, Paris, France, 1979, spec, p 573.

[3] **KAHN Philippe,** Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux : l'expérience Française, in le contrat économique international, Ed Brulant, Bruxelles, 1975, p 475.

[4] **نادر محمد إبراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، مرجع سابق، ص 249.

فهو مجتمع منظم رغم تعدد الجماعات داخله، فهذا لا ينفي وحدته وتنظيمه، كما أن تعارض مصالح تلك الجماعات فيما بينها لا يفقد القوانين عبر الدولية طبيعتها الوضعية حسب الاتجاه المعارض، فقد يتشكل المجتمع من شركات عبر دولية ومؤسسات تمويل دولية، كما قد يتشكل من أشخاص دولية أخرى تنتمي إلى عالم موصوف بأنه عالم فقير ينتمي إلى دول العالم الثالث أو حتى إلى القطاع العام كمنظمة الأمم المتحدة للتنمية الاقتصادية ومفوضية الأمم المتحدة الاقتصادية لأوروبا،....فالمجتمع الدولي مجتمع خاضع للقوانين عبر الدولية شأنه شأن مجتمع الدولة بالنسبة للقانون الداخلي.

كما أن تعدد افراد المجتمع الدولي وفقا لأركان نظرية تعدد النظم القانونية لا يعني عدم انسجام هؤلاء فيما بينهم، فسوق التجارة الدولية مثلا التي تحتوي على بائعين ومشترين ضمن مجتمع عبر دولي للبائعين والمشترين يجمعهم وحدة الهدف، ألا وهو "المصلحة الاقتصادية".[1]

[1] **KAHN Philippe,** Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux, op cit p 99.

خلاصة الباب الأول

إن الميزة التي تتصف بها عقود التجارة الدولية، وهي أنها عقود مستمرة يتراخى تنفيذها، فغير مستبعد أن تمر سنوات بين فترة انعقادها ووقت تنفيذها جعلها عرضة لتغير الظروف، وهو ما جعل من هذه العقود المجال الخصب لإعمال نظرية الظروف الطارئة.

و نظرا لاتصال عقود التجارة الدولية بأكثر من نظام قانوني واحد[1]، فقد ثار خلاف بين الأنظمة التي تأخذ بنظرية الظروف الطارئة وتلك التي لا تأخذ بها من جهة، بالإضافة الى الخلاف الموجود بين تكييف العقود الدولية إلى عقود تجارية ومدنية، دون إغفال وجود إشكال في تحديد الطبيعة الدولية للعقد التجاري، فضلا عن الصعوبات الموجودة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، بين من يعترف بوجود نظام قانوني قائم بذاته تخضع له عقود التجارة الدولية ، وبين من لا يعترف بوجود نظام قانوني عبر دولي، ويرى بوجوب اخضاع عقود التجارة الدولية إلى القوانين الوطنية الداخلي، وكل ما في الأمر أنه يجب إخضاعها إلى قواعد التنازع لتحديد القانون الواجب التطبيق.

فإذا كانت مختلف التشريعات قد اتفقت على إعمال نظرية القوة القاهرة إذا أصبح تنفيذ العقد أمرا مستحيلا، فإن الأمر لم يكن بذات السهولة في حالة الظروف الطارئة.

فلو أخذنا المشرع الفرنسي على سبيل المثال، نجد أنه لم يعترف بنظرية الظروف الطارئة إلا سنة 2016، رغم أن المحاكم الفرنسية حاولت مرارا وتكرارا الأخذ بنظرية الظروف الطارئة من أجل رفع الإرهاق الواقع على أحد الأطراف عن طريق تعديل العقد إلا أن محكمة النقض الفرنسية كانت لها بالمرصاد، رافضة ذلك بصورة مطلقة مسايرة لموقف المشرع الفرنسي والقوانين المدنية.

وحتى الموقف الإنجليزي في بداية الأمر كان رافضا للأخذ بنظرية الظروف الطارئة بحجة تطبيق مبدأ قدسية العقد، ورفض تعديل العقد مهما أثرت الظروف الطارئة على التزامات

[1] **بن احمد الحاج**، العولمة الاقتصادية وأثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 2، العدد 1، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، ص 87.

المتعاقدين، ثم بدأ الموقف الإنجليزي في اللين شيئا فشيئا، عندما أخذ بالاستحالة المادية في بداية الأمر ثم لاحقا بالاستحالة الشخصية ليعترف في آخر المطاف بالاستحالة الاقتصادية كصورة مشابهة وأقرب ما تكون للظروف الطارئة.

أما المشرع الألماني كان أقل تشددا من نظيره الفرنسي بخصوص نظرية الظروف الطارئة، وبالرغم من أن النظام الألماني ينتمي إلى نفس النظام القانوني الفرنسي (الروماني الجرماني)، إلا أن ظروف الحرب العالمية الأولى جعلت المشرع والقضاء الألمانيين يرون إلى مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين " بصفة مغايرة نظرا لظروف الحرب التي جعلت من ظروف التعاقد التي تمت قبل الحرب والتنفيذ بعده أمرا شاقا، فابتدع القانون الألماني نظرية الاستحالة كنظام سابق لنظرية الظروف الطارئة.

أما التشريعات العربية فكانت سباقة في الاعتراف بنظرية الظروف الطارئة، بخلاف التشريعات الغربية التي تأخر اعترافها بها كما سبق القول أعلاه

ونلاحظ أن المشرع الجزائري قد نص في المادة 107 على ضوابط واضحة لتبيان المقصود بالظروف الطارئة دون أن يكتفي بذكر تلك الظروف الطارئة كما حدث لدى أغلب التشريعات الأجنبية.

أما بخصوص تجارية العقود الدولية فالواقع أثبت أن العقد الدولي لم يعتمد نفس المعايير التي نادى بها المشرع الوطني لاعتبار العقد تجاريا أو مدنيا، حيث لم تقتضي الاتفاقيات الدولية في مجال التجارة الدولية كي يكون العقد تجاريا أن يكون أطرافه تجارا (من حيث الصفة) أو أن يكون العمل تجاريا (من حيث الطبيعة)، وهذا ما تنص عليه المادة الأولى من اتفاقية فيينا في فقرتها الثالثة [1]

حيث أن اتفاقية فيينا المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع لم تعتد بصفة أطراف عقد البيع أو بطبيعة العمل لتحديد نطاقها، وقد استحسن الفقه هذا الأمر نظرا لصعوبة تحديد الأعمال التجارية من

[1] Neither the nationality of the parties mor the civil or commercial character of the parties or of the contract is to be taken into consideration in determining the aplication of this convention.
الموقع الرسمي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg
Consulté le 02/02/2020 a 23h53.

الناحية الواقعية على المستوى الوطني، فكيف بالأمر على المستوى الدولي، بالإضافة إلى كون بعض الدول لا تفرق بين الأعمال المدنية والتجارية وتخضعها لقانون موحد كانجلترا وسويسرا وإيطاليا.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن معايير التفرقة بين الأنشطة التجارية والمدنية تختلف من دولة لأخرى، فالدول التي تأخذ بالمعيار الشخصي تقضي بتطبيق القانون التجاري على من يحمل صفة التاجر وتلك التي تأخذ بالمعيار الموضوعي تضفي الصبغة التجارية على الأعمال التجارية بغض النظر عن القائم بها.

سبق القول بأن العقود التجارية الدولية تسري عليها نفس أحكام العامة للعقود المدنية، حتى في شكل العقود، فمثلما أن العقود المدنية تكون في شكل ورقي فإن عقود التجارة الدولية كانت في بداياتها تتم بشكل ورقي، إلا أن التطور الرهيب الذي شهدته عقود التجارة الدولية غير من الصيغة الورقية إلى صيغ أخرى غير تقليدية كالصيغة الإلكترونية للعقود وعلى إثرها ظهر ما يسمى بالعقد الإلكتروني.

وقد أثبتت التجربة أن الموقف المتخذ من هذين المعيارين يختلف بحسب الجهة المطروح النزاع أمامها، حيث تميل جهات التحكيم إلى اعتناق النظرية الشخصية والاعتماد على رأي الأطراف، بينما يأخذ القاضي الداخلي في العديد من الأحيان بالنظرية الموضوعية والتي لا تعتد بمطلق سلطان الإرادة بل تعتمد على سلطان المشرع الذي سمح لها بهذا الاختيار وفق قواعد الإسناد.[1]

تطرح مسألة تكييف عقود التجارة الدولية أهمية بالغة من أجل تحديد القانون الواجب الخضوع إليه من تلك العقود ولقد ثار خلاف حول كون بعض العقود التجارية دولية أم غير ذلك.

ولعل هذه الصعوبة في تكييف عقود التجارة الدولية هي التي أثرت وصعبت مهمة إيجاد تعريف مانع وشامل لعقود التجارة الدولية، فهناك جانب يعرفها بالنظر إلى ضوابط إسناد قانونية تتصل بالعقد وتجعل منه عقدا دوليا كمكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه مثلا وهو يعرف بالمعيار القانوني.

[1] غالبية العقود الدولية تتضمن شرط التحكيم، ونحن نعلم أن أصحاب النظرية الشخصية ينزلون هذه الشروط منزلة الشروط التعاقدية استجابة لمصالح القوى الرأسمالية الكبرى، وبالتالي تخرج هذه العقود عن مجال تدخل التشريعات الوطنية وفق النظرية الموضوعية وقواعد الاسناد الخاصة بالقانون الدولي الخاص.

وهناك جانب آخر يضفي الصفة الدولية على العقد ليس بالنظر إلى هذا المعيار القانوني، بل يأخذ بعين الاعتبار علاقة ذات العقد بمصالح التجارة الدولية من الناحية الاقتصادية وهذا المعيار يدعى بالمعيار الاقتصادي أو النظرية الموضوعية.[1]

وبخصوص معيارية عقود التجارية الدولية فإن جانب من الفقه وعلى رأسهم Romano ينفي تمتع عقود التجارة الدولية بالطبيعة الإلزامية، حيث يرون أن عقود التجارة الدولية لا ترقى لأن تشكل نظاما قانونيا مستقل عن الأنظمة القانونية الداخلية، لذلك وجب خضوعها كمثلها من العقود المبرمة داخل الدولة للنظام القانوني الداخلي.

وحجتهم في عدم تمتع عقود التجارة الدولية بالطبيعة الوضعية هو تخلف الركنين المعياري والمؤسسي للنظام القانوني عبر الدولي بصفة عامة، والنظام القانوني الذي تخضع له عقود التجارة الدولية بصفة خاصة.

بينما يعترف فقه آخر ومن أبرزهم فرانسيس بوجود قواعد عبر دولية إلا أنها لا ترقى حسبهم لأن تكون نظما قانونيا عبر دولي متكامل.

كما حاول بعض الفقه التوفيق بين الرأيين المذكورين أعلاه، وذلك بالقول بوجود قواعد عبر دولية لكنها لا تتمتع بخصائص العمومية والتجريد التي تتمتع بها القواعد الداخلية، لذلك يجب لتطبيقها وجود سياسة تشريعية تفرض من إرادة القوي في سوق الأعمال عبر الدولية.

مما قيل أعلاه يتضح أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود التجارة الدولية تحكمه عدة ضوابط، فالتباين الواضح بين مختلف الأنظمة حول الأخذ بالنظرية من عدمها، يجعل من ضرورة تحديد طبيعة عقود التجارة الدولية والقانون الذي تخضع له من أجل تبيان مدى تأثرها بنظرية الظروف الطارئة.

[1] **بلاق محمد**، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ص 23.

الباب الثاني

نظرية الظروف الطارئة في النظام القانوني عبر الدولي.

الباب الثاني: نظرية الظروف الطارئة في النظام القانوني عبر الدولي.

يترتب عن تأثر عقود التجارة الدولية بنظرية الظروف الطارئة في المجال الدولي عدة نتائج، وتختلف النتائج حسب القانون الخاضع لها هذه العقود، فالنظام عبر الدولي يختلف عن الأنظمة الوطنية. فالننتائج التقليدية قد تكون في بعض الأحيان شبيهة بتلك التي تلحق بالعقود الوطنية، مثل وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية بسبب الظروف الطارئة، أو تعديلها أو حتى فسخها في أسوأ الحالات وهو أخشى ما تخشاه الأطراف الفاعلة في مجال عقود التجارة الدولية **(فصل أول).**

كما تم استحداث وسائل أكثر ملاءمة لمعالجة الظروف الطارئة التي قد تلحق بعقود التجارة الدولية لعل من أبرزها شرط إعادة التفاوض كوسيلة لمجابهة الظروف الطارئة في النظام القانوني عبر الدولي **(فصل ثان).**

ويطرح وقف التنفيذ إشكالا بين الأنظمة القانونية التي تأخذ بنظرية الظروف الطارئة وتلك التي لا تعترف بها، حيث أن وقف التنفيذ متوقع الحدوث لدى الأنظمة التي تطبق نظرية الظروف الطارئة، بينما الأنظمة التي تأخذ بنظرية القوة القاهرة فقط كانت إلى وقت قريب لا ترى ضرورة في اتخاذ أي إجراء بسبب تغير الظروف، بل وتنادي إلى ضرورة مواصلة تنفيذ العقد طبقا لمبدأ قدسية العقد، إلا في حالة الاستحالة المطلقة لتنفيذ العقد أين يتم اللجوء إلى فسخ العقود، بينما إذا لم يستحل تنفيذ العقد فلا بد من تنفيذه مهما كام مرهقا ، إلا أنه مؤخرا تراجعت أكثر الدول مغالاة في تقديس مبدأ القوة الملزمة للعقد عن هذا الأمر بفضل تطور نظرية الاستحالة التي تعترف في صورتها المخففة بالاستحالة النسبية والتي تقترب بصفة كبيرة من نظرية الظروف الطارئة.

ولا يعد وقف التنفيذ الإجراء الوحيد الذي يتم اتخاذه في سبيل معالجة تغير الظروف التي تلحق بالعقد التجاري الدولي، فبما أن هذه العقود عادة ما تستمر لفترة طويلة جدا ما يجعلها عرضة لتقلبات الأسواق الدولية أين يصير تنفيذها حسب ما تم التعاقد عليه أمرا مرهقا إن لم يكن مستحيلا، ومن أجل تفادي فسخ هذه العقود احتراما لمبدأ قدسية العقد وكذا مبدأ آخر تعرفه عقود التجارة الدولية وهو مبدأ استمرار العقود التجارة الدولية كان لزاما العمل على تعديلها بما يمكن من استمراريتها.

وهناك تباين واضح بين مختلف الإجراءات الخاصة بمعالجة تغير الظروف التي قد تلحق بعقود التجارة الدولية، إذ يعطي المشرع الجزائري للقاضي وحده سلطة تعديل العقد قصد رفع الإرهاق

الذي قد يلحق بأحد الافراد، بينما كان المشرع الفرنسي وإلى وقت قريب يرفض أصلا الأخذ بفكرة تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة، وينادي بمواصلة تنفيذ العقد مهما تغيرت الظروف، ولم يغير من هذا الأمر إلا مؤخرا.

بينما يحاول كل من المعهد الدولي لتوحيد القانون الدولي الخاص (اليونيدروا) عن طريق المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عن طريق الأونسيترال، والنصوص الصادرة عنها مثل اتفاقية الأمم المتحدة بشأن بيع البضائع الدولية وضع تشريعات تراعي الصبغة الخاصة لعقود التجارة الدولية بما لا يتعارض مع القوانين الوطنية قصد تسهيل تقبل عقود التجارة الدولية، وحل كل المشاكل التي يمكن أن تنتج أثناء تنفيذها بما يتماشى مع الطبيعة الخاصة لها.

ويعد شرط إعادة التفاوض أفضل وسيلة لتفادي الاختلافات الموجودة بين التشريعات الوطنية والدولية، لأنه غالبا ما يكون شرط اتفاقي، حيث يفصل الأطراف بوضوح أثناء وضع العقد الحلول التي سينتهجها الأطراف في حال واجهتهم ظروف تجعل من تنفيذ العقد التجاري الدولي أمرا مرهقا، وهذا التفصيل يسمح بتنوع الحلول الخاصة بمعالجة الظروف الطارئة المختلفة سواء كانت ظروفا اقتصادية، ظروف سياسية، مالية، قانونية.

بالإضافة إلى شرط إعادة التفاوض الاتفاقي، قد يتم اللجوء إلى إعادة التفاوض حتى دون أن يتفق الأطراف على ذلك، فعند غياب شرط إعادة التفاوض يمكن أن يتم اللجوء إلى إعادة التفاوض قصد رفع الإرهاق استنادا إلى مبدأ حسن النية.

ومن أجل التفصيل بدقة في الباب الثاني، تم تقسيمه إلى فصلين، حسب ما هو مبين أدناه:

الباب الثاني: نظرية الظروف الطارئة في النظام القانوني عبر الدولي.

- الفصل الأول: الآثار التقليدية المترتبة عن إعمال نظرية الظروف الطارئة.
- الفصل الثاني: الالتزام بإعادة التفاوض كأثر مستحدث للظروف الطارئة في مجال عقود التجارة الدولية.

الفصل الأول

الآثار التقليدية المترتبة عن إعمال نظرية الظروف الطارئة.

الفصل الأول: الآثار التقليدية المترتبة عن إعمال نظرية الظروف الطارئة.

ينتج عن الظروف الطارئة التي تلحق بالعقد التجاري الدولي عدة آثار، فكما تمت الإشارة إليه أثناء التطرق إلى الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة والآثار الناتجة عنهما، فإنه إذا كان من المتفق عليه أن القوة القاهرة تؤدي إلى فسخ العقد بسبب استحالة تنفيذه، فإن الظروف الطارئة لا تؤدي إلى فسخ العقد، بل توجد وسائل أخرى لمعالجة أثر هذه الظروف منها وقف تنفيذ العقد مؤقتا، أو تعديله.

حيث أنه من آثار الظروف الطارئة وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية، وفي نفس الوقت يعد وقف التنفيذ أحد أهم الوسائل التي يستعملها الأطراف من أجل معالجة هذه الظروف، إلا أن هذا الوقف لا يكون بصفة تلقائية لمجرد تأثر العقد التجاري الدولي بالظروف الطارئة، إذ تشير في هذا الشأن المادة 1.2.6 من المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية إلى ضرورة الاستمرار في تنفيذ مختلف الالتزامات الخاصة بالأطراف الدولية رغم الظروف الشاقة حتى وإن صار تنفيذ العقد أكثر كلفة بالنسبة لأحد الأطراف.

بالإضافة إلى وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي فإنه في العديد من الأحيان يتم اللجوء إلى تعديل العقد، وذلك بالتخفيف من التزامات الأطراف قصد رفع الإرهاق الواقع على أحدهما من أجل الاستمرار في تنفيذ العقد التجاري الدولي، لذلك سيتم التطرق إلى وقف تنفيذ وتعديل عقود التجارة الدولية بسبب الظروف الطارئة في **المبحث الأول.**

وإذا كان المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص قد تعرض إلى نظرية الظروف الطارئة بصفة واضحة تحت اسم الظروف الشاقة (**hardship**)[1] مع ضرورة مواصلة تنفيذ العقد، وأعطى إمكانية تعديل العقد ، فإن اتفاقية فيينا لم تتعرض إلى الظروف الطارئة ووقف التنفيذ أو تعديل العقد بل ركزت على فسخ العقد بسبب الاستحالة المطلقة، وإن كان ذات الاتفاقية قد تعرضت إلى الاستحالة الموقتة حين أشارت إلى وقف تنفيذ العقد طيلة فترة العائق إذا كان مؤقتا، فبالرجوع إلى المادة

[1] **بن احمد الحاج**، التحولات الاقتصادية وأثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، ص 180، 2011.

79 من اتفاقية فيينا نجد أنها تحدثت عن العائق "empêchement" ولم تتحدث عن نظرية الظروف الطارئة وهذا ما سنوضحه بالتفصيل في **المبحث الثاني.**

ومن أجل ذلك، جاء هذا الفصل في مبحثين:

الفصل الأول: الآثار التقليدية المترتبة عن إعمال نظرية الظروف الطارئة.

- المبحث الأول: وقف تنفيذ وتعديل عقود التجارة الدولية بسبب الظروف الطارئة.
- المبحث الثاني: العائق وفق اتفاقية فيينا كوسيلة لمعالجة استحالة تنفيذ العقد التجاري الدولي.

المبحث الأول: وقف تنفيذ وتعديل عقود التجارة الدولية بسبب الظروف الطارئة.

تجدر الإشارة إلى أن وقف تنفيذ العقد قد يكون باتفاق الأطراف أو بقوة القانون، كما أن ذات الوقف قد يكون كأثر منطقي للظروف الطارئة ينتج عنها وقف تنفيذ العقد مؤقتا.

ومنه فقد يكون وقف التنفيذ اختياريا، كما قد يكون كأثر للظروف الطارئة، وهذا ما عالجته مختلف القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية.

وسنعالج في هذا المبحث مفهوم وقف التنفيذ وما يترتب عليه من آثار **(مطلب أول)**، ثم نبين محاولة مختلف القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية عن طريق تعديل تلك العقود **(مطلب ثان)**.

وقد تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المبحث الأول: وقف تنفيذ وتعديل عقود التجارة الدولية بسبب الظروف الطارئة.

- المطلب الأول: المقصود بوقف التنفيذ.
- المطلب الثاني: تعديل عقود التجارة الدولية بسبب الظروف الطارئة.

المطلب الأول: المقصود بوقف التنفيذ.

دراستنا في هذا المطلب ستقتصر على محاولة معالجة عقود التجارة الدولية التي اختل توازنها بسبب الظروف الطارئة أو حتى القوة القاهرة اعتمادا على نظرية الاستحالة في صورتها المخففة[1] والتي تكون أقرب إلى الظروف الطارئة منها إلى القوة القاهرة.

[1] نقصد الاستحالة المؤقتة أو بعض صور الاستحالة كالاستحالة الاقتصادية، لأن الاستحالة المطلقة تؤدي إلى فسخ العقد في إطار القوة القاهرة.
أنظر بهذا الخصوص الصفحة ص ص 94-98 أين تم تفصيل مختلف صور الاستحالة.

ونستبعد من الدراسة وقف تنفيذ العقد التي تكون نتيجة فعل إرادي لأحد الطرفين تحت ما يسمى بعدم التنفيذ الذي نتطرق إليه بصفة عرضية فقط كوسيلة لإجبار الطرف الآخر على مواصلة تنفيذه للعقد.

لذلك سيتم التطرق إلى مفهوم وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية **(فرع أول)**، ثم بعد ذلك سيتم بيان أساس وقف التنفيذ وفق المشرع الجزائري أولا، ثم وفق كل من اتفاقية فيينا وكذا المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص **(فرع ثان)**، ليتم بعده التفصيل في مختلف حالات وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية، وقف قد يكون نتيجة حتمية للظروف الطارئة، كما قد يكون قصد إتمام إجراءات التفاوض المتخذة في سبيل رفع الإرهاق **(فرع ثالث)**.

وفي الأخير سوف تتم الإشارة إلى مختلف الآثار التي تنتج عن وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية،كوقف تنفيذ الالتزامات المتقابلة طيلة فترة وقف التنفيذ، وكذا إعفاء مسؤولية المدين بسبب عدم التنفيذ بالإضافة إلى ضرورة مواصلة التنفيذ بمجرد زوال الظرف الطارئ أو الشاق **(فرع رابع)**.

من أجل التفصيل في هذا المطلب، تم تقسيمة إلى أربعة فروع، على النحو المذكور أدناه:

المطلب الأول: المقصود بوقف التنفيذ.

- الفرع الأول: مفهوم وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية بسبب الظروف الطارئة.
- الفرع الثاني: أساس وقف التنفيذ.
- الفرع الثالث: وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية بسبب الظروف الطارئة.
- الفرع الرابع: الآثار المترتبة عن وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية.

الفرع الأول: مفهوم وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية بسبب الظروف الطارئة.

قد يكون وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية أثرا من آثار الظروف الطارئة، وفي نفس الوقت أحد أهم الوسائل التي يستعملها الأطراف من أجل معالجة هذه الظروف.

كما أن وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية بسبب تغير الظروف وارد الحدوث بصورة أكبر لدى الأنظمة التي تطبق نظرية الظروف الطارئة، بينما الأنظمة التي تأخذ بنظرية القوة القاهرة فقط كانت إلى وقت قريب لا ترى من حل لتغير الظروف والاستحالة المطلقة لتنفيذ العقد إلا فسخ العقود، بينما إذا لم يستحل تنفيذ العقد فلا بد من تنفيذه مهما كام مرهقا استناد إلى القوة الملزمة للعقود، إلا أنه مؤخرا تراجعت عن هذا الأمر، وتم التخفيف من حدة نظرية الاستحالة المطلقة كصورة مخففة للقوة للقاهرة في إطار ما يسمى بالاستحالة الاقتصادية.[1]

وفي هذا الشأن يقول الأستاذ **فونتان fontaine** أنه:

" والجدير بالذكر أن النظرية التقليدية للقوة القاهرة تسمح بوقف تنفيذ العقد في حالة الاستحالة المؤقتة، إلا أن هذا الغرض ليس إلا حالة خاصة، ويمكن أن يكون استثنائيا، وقد تحول هذا الاستثناء إلى قاعدة في عقود التجارة الدولية".[2]

والوقف هو وقف تنفيذ العقد بسبب ظروف طارئة خارجة عن إرادة الأطراف، لمدة معينة قصد الحفاظ على العقد من الفسخ وإمكانية استئنافه مرة أخرى بعد انتهاء الظروف الطارئة.

ويعرف الوقف بأنه: " فترة من الوقف يسكن فيها تنفيذ العقد لحين انتهاء الظروف التي تواجهه، ثم يعود بعدها إلى السريان العادي".[3]

ويرى الفقيه **ساروت SARRAUTE** أن الوقف هو أثر موسع للقوة القاهرة يسنح بتوقي فسخ العقد، مستبعدا أن يكون فسخ جزئي للعقد كما يدعي بعض الفقهاء أمثال الفقيه **ليبيريه LEBRET.** [4]

---

[1] أنظر الصفحة 98 بخصوص الاستحالة الاقتصادية.

[2] **شريف محمد غنام**، مرجع سابق، ص 346.

[3] **عبد الوهاب بن سعد الرومي**، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، (دون دار نشر)، القاهرة، مصر، 1994، ص 754.

4 **محمود نديم الخضر**، مرجع سابق، ص 346.

ويعد وقف التنفيذ أحد أبسط الحلول التي تسمح بتجاوز تغير الظروف التي تجعل من تنفيذ العقد أمرا مرهقا لأحد الطرفين، فقد يسمح وقف التنفيذ بسبب الارتفاع الفادح لأسعار المواد الأولية الى استقرار الأسعار من جديد بعد مدة، مما يسمح معه مواصلة تنفيذ العقد بأريحية.

الفرع الثاني: أساس وقف التنفيذ.

نصت بعض القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية على نظام وقف التنفيذ كأثر طبيعي ينتج عن الظروف الطارئة، وأحيانا كوسيلة لمعالجة الظرف الطارئ بانتظار زوال تلك الظروف.

وأحيانا أخرى يكون وقف التنفيذ وسيلة لإجبار الطرف الآخر على تنفيذ التزامه، وهو ما يسمى بالدفع بعدم التنفيذ.

والإشكال المطروح في وقف التنفيذ، هو عدم إشارة بعض النصوص إلى هذا الإجراء بسبب تغير الظروف، كما لم تتم الإشارة إليه في حالة القوة القاهرة أيضا، وإن كان عدم النص على ذلك في القوة القاهرة لا يطرح اشكالا بما أن القوة القاهرة لا تتعلق بالنظام العام، فإذا كان بإمكان الأطراف الاتفاق على استبعاد القوة القاهرة وتحمل أحد الأطراف عبئ القوة القاهرة فمن باب أولى يمكنهما الاتفاق على استبعاد وقف التنفيذ، أو على العكس من ذلك الاتفاق على وقف التنفيذ لمدة معينة.[1]

1 تتفق أغلب التشريعات على جواز اتفاق الأطراف على ما يخالف نصوص القوة القاهرة، إذ لا تعتبر النصوص المنظمة للقوة القاهرة من النظام العام، حيث تنص المادة 178 ق.م.ج على أنه" **يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة"**، بينما هناك اختلاف على اعتبار الظروف الطارئة من النظام العام أم لا.
فالمشرع الجزائري يرى أن نظرية الظروف الطارئة من النظام العام في القانون المدني الجزائري فلا يمكن الاتفاق على استبعادها كأن يتم الاتفاق في العقد التجاري الدولي مثلا على تحمل أحد الأطراف تبعات ظهور ظرف طارئ كوباء محاولين إبعاد تدخل القاضي لتعديل العقد مثلا، فالمادة 107 منعت ذلك صراحة بقولها: **" ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"**، عكس القوة القاهرة.
بينما في القانون المدني الفرنسي، يمكن تصور اتفاق الأطراف على تحمل المخاطر واستبعاد نظرية الظروف الطارئة، طالما أن المشرع ربط تفعيل النظرية بأن لا يكون هناك طرف قد تحمل تبعات الظرف الطارئ، وهو ما نص عليه في المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي:
"pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque".

ويعود للأطراف حرية اختيار وتحديد مصير العقد طيلة هذه المدة وبعدها، بأن تضاف مثلا مدة الوقف إلى مدة العقد، فيتم النص مثلا على أنه:

" في حالة وقوع الأحداث المشار إليها بوقف تنفيذ العقد تضاف مدة الوقف إلى مدة العقد".

أو النص على أنه:

" في حالة إعاقة الأطراف عن تنفيذ التزاماهم بصفة كلية أو جزئية توقف الحقوق والالتزامات الناتجة عن هذا العقد، وتمتد مدة العقد مدة مساوية لمدة الوقف".[1]

ويعتبر العقد الموقوف عقدا صحيحا من حيث تكوينه القانوني أو الشرعي، لكنه لا ينتج بصفة مؤقتة آثاره في مواجهة كل من المتعاقد والغير معا.[2]

مما سبق يتضح أن أساس وقف التنفيذ قد يكون ذو أساس عقدي إذا تم النص عليه في العقد، كما أنه قد يكون بنص قانوني أو اتفاقية دولية.

أولا: وقف تنفيذ العقد وفق المشرع الجزائري.

من أهم أسباب وقف تنفيذ العقد هو الدفع بعدم التنفيذ، ويتمثل في امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه ما لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، حيث تنص المادة 123 ق.م.ج على أنه:

" في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إلا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به".[3]

---

[1] **محمود نديم الخضر**، مرجع سابق، ص 348.

[2] **محمد المظفر**، نظرية العقد، دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، دار حافظ للنشر، ط3، المملكة العربية السعودية، 2011، ص 299.

[3] الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، مرجع سابق، المادة 123.

ويتضح جليا من هذه المادة أن التوقف عن تنفيذ العقد لم يكن بسبب ظروف طارئة خارجة عن إرادة الأطراف، بل كان وسيلة لإجبار الطرف الآخر على مواصلة تنفيذ التزامه الذي قد يكون توقف عن تنفيذه إما بإرادته أو بسبب ظروف طارئة.

كما تنص أيضا المادة 119 ق.م.ج على الآجال التي يمكن أن تعطى للمدين حسب الظروف من أجل الوفاء بالتزاماته.[1]

إذا كان المشرع الجزائري لم ينص على وقف التنفيذ صراحة في حالة الظروف الطارئة، فإن هذا الوقف قد يكون أثرا من آثار الظروف الطارئة لا يمكن تجنبه، وقد يكون في العديد من الأحيان تدخل القاضي لرد الإرهاق إلى الحد المعقول سببا أساسيا لوقف التنفيذ.

بينما في القوة القاهرة هناك نصوص أشارت إلى إمكانية منح آجال إضافية إذا تأخر المدين عن تنفيذ التزاماته، [2]فيعفى من مسؤوليته إذا أثبت أن هذا التأخر كان بسبب استحالة لا يد له فيه.

وإذا كان من الجائز للمدين أن يتحمل تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، فمن باب أولى يجوز الاتفاق على أن يتحمل أي تأخر أو توقف في التنفيذ إلى غاية زوال الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة.[3]

---

[1] تنص المادة 119 على أنه:" في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك.
ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كل الالتزامات".

[2] تنص المادة 176 ق.م.ج على أنه" إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

[3] تنص المادة 1/178 ق.م.ج على أنه:" يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة"

ثانيا: وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية بسبب العائق طبقا لاتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع.

تضمنت المذكرة التفسيرية التي أعدتها أمانة الأونسيترال حول اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع التي تم إعدادها بغرض الإعلام عن محتوى الاتفاقية توضيحا حول وقف التنفيذ، إذ تنص على أنه:

"تتضمن الاتفاقية قواعد خاصة للوضع الذي يتبين فيه، قبل حلول ميعاد التنفيذ أن أحد الطرفين لن ينفذ جانبا هاما من التزاماته أو أنه سوف يرتكب مخالفة جوهرية للعقد، وهناك تمييز بين الحالات التي يجوز فيها للطرف الآخر أن يوقف تنفيذه للعقد ولكن العقد يظل قائما في انتظار التطورات اللاحقة، وبين الحالات التي يجوز له فيها أن يعلن فسخ العقد".[1]

ويتضح من النص أن العقد قد لا يتم فسخه بل يظل قائما في انتظار استئنافه، وهذا هو وقف تنفيذ العقد.

كما تنص المادة 47 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، أنه يمكن للمشتري أن يعطي أجلا إضافيا للبائع من أجل تنفيذ التزامه.

وطيلة الأجل الممنوح للبائع لا يجوز للمشتري أن يقوم بأي إجراء ضد البائع بسبب تأخره كطلب فسخ البيع مثلا، إلا أنه يمكنه التمسك بالتعويض عن التأخير في التنفيذ.[2]

---

[1] المذكرة التفسيرية الخاصة باتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، الموقع الرسمي للأونسيترال
https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg
Consulté le 26/04/2020 a 23h49

2 تنص المادة 47 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع على أنه:
"1 - يجوزُ للمشتري أن يحدِّد للبائع فترةً إضافية تكونُ مدتها معقولة لتنفيذ التزاماته.
2- فيما عدا الحالات التي يتلقَّى فيها المشتري إخطاراً من البائع بأنه لن ينفِّذَ التزاماته في الفترة الإضافية المحدَّدة لا يجوز للمشتري قبل انقضاء هذه الفترة أن يستعملَ أيَّ حقٍّ من الحقوق المقرَّرة له في حالة مخالفة العقد .غير أنَّ المشتري لا يفقد بسبب ذلك حقَّه في
طلب تعويضات عن التأخير في التنفيذ".

ونفس الأمر يتعلق بالمشتري، إذ يمكنه أن يتحصل على أجل إضافي من البائع بنفس الشروط طبقا للمادة 63 من الاتفاقية.[1]

إذ لا يمكن للبائع أن يقوم بأي إجراء ضد المشتري في تلك الفترة إلا إذا أخطره أنه سوف لن يتمكن من تنفيذ التزاماته رغم الفترة الإضافية الممنوحة له.

وقد جاءت المادة **79** من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع في فقرتها الثالثة واضحة بخصوص وقف التنفيذ بسبب العائق، مع التأكيد بأن وقف التنفيذ هو إجراء مؤقت عندما نصت على أنه:

" يحدث الإعفاء المنصوص عليه في هذه المادة أثره خلال المدة التي يبقى فيها العائق قائما".[2]

فطبقا لذات المادة، فإن الطرف الذي يمتنع عن تنفيذ التزاماته بسبب ظروف خارجة عن إرادته لم يكن يتوقع حدوثها يعفى من أي مسؤولية طيلة بقاء تلك الظروف قائمة، أي أن الإعفاء يكون مؤقتا وليس فسخا للعقد.

وإذا ما قام أحد طرفي العقد بتكليف طرف ثالث بتنفيذ جزء من الالتزامات نيابة عنه وتعرض ذلك الطرف هو الآخر لظروف طارئة استحال معها تنفيذه لالتزاماته، فإن الطرف الأصلي في العقد يعفى أيضا من التزامه نتيجة لعدم تنفيذ الغير الذي عهد إليه بتنفيذ جزء من العقد أو كله.

---

1 تنص المادة 63 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع على أنه:
"1- يجوز للبائع أن يحدِّدَ للمشتري فترةً إضافية تكون مدتها معقولة لتنفيذ التزاماته.
2- فيما عدا الحالات التي يتلقَّى فيها البائعُ إخطاراً من المشتري بأنه لن ينفِّذَ التزاماته في الفترة الإضافية المحدَّدة، لا يجوز للبائع قبل انقضاء هذه الفترة أن يستعمل أيَّ حقٍّ من الحقوق المقرَّرَة له في حالة مخالفة العقد. غير أنَّ البائعَ لا يفقد بسبب ذلك حقَّه في طلب
تعويضات عن التأخير في التنفيذ".

2 " The exemption provided by this article has effect for the period during which the impediment exists".

ويجب على الطرف الذي تعرض لظرف أو عائق يمنعه من تنفيذ التزاماته أن يخطر الطرف الآخر بالعائق وإلا كان مسؤولا عن الأضرار الناتجة عن عدم إخطار في الاجل المناسب، دون الإخلال بأي تعويضات أخرى.[1]

ثالثا: وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية وفق اليونيدروا (المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص).

لقد كان موقف اليونيدروا[2] متابينا بخصوص وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية بسبب تغير الظروف، فقد ميز اليونيدروا بين الظروف الشاقة من جهة والتي أجبر برغم توافرها الطرف المتضرر بمواصلة تنفيذه للعقد مع بعض الآثار كالسماح له بإعادة التفاوض أو إنهاء العقد أو تطويعه.

---

[1] تنص تنص المادة 79 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع على أنه:
" 1- لا يُسأَل أحدُ الطَّرفين عن عدم تنفيذ أيٍّ من التزاماته إذا أثبت أنَّ عدمَ التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته وأنه لم يكن من المتوقَّع بصورة معقولة أن يَأخُذ العائقَ في الاعتبار وقت انعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه تجنُّبه أو تجنُّب عواقبه أو التغلُّب عليه أو على عواقبه.
2- إذا كان عدمُ تنفيذ أحد الطرفين نتيجةً لعدم تنفيذ الغير الذي عُهد إليه بتنفيذ العقد كلاًّ أو جزءًا فإنَّ ذلك الطَّرف لا يُعفَى من التَّبعة إلاّ إذا:
أ- أُعفِيَ منها بموجب الفقرة السابقة؛
ب- كان الغيرُ سيُعفَى من المسؤولية فيما لو طُبِّقت عليه أحكامُ الفقرة المذكورة.
3- يُحدِثُ الإعفاءُ المنصوصُ عليه في هذه المادة أثَرَه خلال المدّة التي يبقى فيها العائقُ قائماً.
4- يجب على الطرف الذي لم ينفِّذ التزاماته أن يوجِّه إخطاراً إلى الطرف الآخر بالعائق وأثره في قدرته على التنفيذ. وإذا لم يصل الإخطارُ إلى الطرف الآخر خلال مدة معقولة بعد أن يكون الطرفُ الذي لم ينفِّذ التزاماته قد عَلِمَ بالعائق أو كان من واجبه أن يعلم به فعندئذ يكون مسؤولاً عن التعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم استلام الإخطار المذكور.
5- ليس في هذه المادة ما يمنع أحدَ الطرفين من استعمال أيٍّ من حقوقه الأخرى خلاف طلب التعويضات وفقا لأحكام هذه الاتفاقية".
الموقع الرسمي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.
https://uncitral.un.org/ar/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg
تم الاطلاع على الموقع بتاريخ 2020/09/18 في الساعة 20.30

2 L'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) est une organisation intergouvernementale indépendante dont le siège est à Rome dans la Villa Aldobrandini. Son objet est d'étudier des moyens et méthodes en vue de moderniser, harmoniser et coordonner le droit privé - en particulier le droit commercial - entre des Etats ou des groupes d'Etats et, à cette fin, d'élaborer des instruments de droit uniforme, des principes et des règles. Sont membres d'UNIDROIT les Etats qui ont adhéré à son Statut organique. UNIDROIT compte parmi ses membres des Etats des cinq continents représentant divers systèmes juridiques, économiques et politiques, ainsi que des traditions culturelles différentes. UNIDROIT compte 63 Etats membres.
الموقع الرسمي للمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص اليونيدروا
https://www.unidroit.org/fr/presentation/presentation
تم الاطلاع على الموقع بتاريخ 2020/03/11 في الساعة 21.41

ومن جهة أخرى تحدث اليونيدروا عن وقف التنفيذ في حالة القوة القاهرة عندما نص أن الإعفاء يظل منجا لأثره خلال مدة معقولة إذا كان الحادث مؤقتا فحسب.

أ- مصير عقود التجارة الدولية في حالة الظروف الشاقة.

تنص المادة 1.2.6 من المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية على أنه:" عندما يصبح تنفيذ العقد أكثر كلفة بالنسبة لأحد الأطراف، يظل هذا الطرف ملتزما بتنفيذ التزاماته وفقا للأحكام الواردة أدناه في شأن الظروف الشاقة".[1]

ويتضح من المادة أنه تم اعتماد مبدأ القوة الملزمة للعقد، وقد أكدت المادة 3.1 ذلك عندما نصت على:

" إن العقد الذي أبرم صحيحا يلزم أطرافه، ولا يجوز تعديل العقد أو إنهائه إلا وفقا لما ورد فيه من أحكام أو بالاتفاق أو بأي طريق آخر ورد بيانه في هذه المبادئ".[2]

فلا يمكن مثلا حسب المادة لناقل البضائع الذي اتفق على سعر معين، طلب زيادة في تكلفة النقل بسبب زيادة أسعار الوقود بفعل حرب إقليمية، ولو زاد ذلك في تكلفة النقل وأضعف من ربحه.

وفي تعريفها للظروف الشاقة نصت المادة 2.2.6 من المبادئ العامة لليونيدروا على أن الظروف الشاقة:

" تتوافر الظروف الشاقة إذا وقعت أحداث تخل بصورة جوهرية بتوازن العقد إما بدفع تكاليف التنفيذ على أحد الأطراف، وإما بخفض قيمة ما يتلقاه احد الأطراف....."[3]

---

[1] الظروف الشاقة هو المصطلح الذي استعمله اليونيدروا، وقد يستعمل مصطلح imprévision أو frustration، وقد تم استعمال الظروف الشاقة نتيجة انتشار بنود الظروف الشاقة في عقود التجارة الدولية " hardship clauses".

2 "A contract validly entered into is binding upon the parties. It can only be modified or terminated in accordance with its terms or by agreement or as otherwise provided in these Principles".

الموقع الرسمي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf

تم الاطلاع على الموقع بتاريخ 2020/09/19 في الساعة 23.29

[3] "There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished,..... "

وحسب المادتين المشار إليهما أعلاه، فإن للعقد قوة ملزمة يجب على الأطراف احترامها، لكن الأثر الملزم للعقد ليس مبدأ مطلقا، إذ يؤخذ بالظروف الشاقة حسب ما سنراه أدناه.

ولتوافر الظروف الشاقة حسب المادة 6 من اليونيدروا يجب توافر ما يلي:

أ- وقوع الظروف الشاقة بعد إبرام العقد.

ب- عدم إمكانية توقع هذه الظروف عند إبرام العقد.

ج- عدم إمكانية دفع تلك الأحداث من قبل الطرف الذي تعرض إليها، أي خروجها عن سيطرته.

د- عدم قبول الطرف الذي يتعرض لهذه الأحداث لمخاطر وقوع هذه الظروف (تحمل التبعة).[1]

وتتمثل النقطة الأخيرة، في الحالة التي يقبل فيها أحد أطراف العقد أثناء إبرامه للعقد التجاري الدولي تحمل المخاطر التي قد تنتج عن العقد، ويمكن أن يكون تحمل التبعة بصورة ضمنية كأن تقوم شركة تأمين من حوادث الملاحة بإضافة بند يخص الحماية في حالة اندلاع حرب في العقد مقابل أقساط إضافية، فيستخلص من العقد أن شركة التأمين قبلت تحمل التبعة في حالة اندلاع حرب أثناء فترة عقد التأمين.

قد تؤول الظروف الشاقة في العديد من الأحيان إلى قوة قاهرة، أو قد يكون لهما نفس الظروف، ففي هذه الحالة يمكن للطرف المتضرر أن يتمسك بأحدهما، فإذا كان يهدف إلى إنهاء العقد دفع بالقوة القاهرة، أما إذا كان يرمي إلى رفع الإرهاق وإعادة التفاوض دفع بتوافر الظروف الشاقة.

1" (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;
(b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;
(c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and
(d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party".

فآثار الظروف الشاقة حسب مبادئ اليونيدروا لا تتمثل فقط في إعادة فرض التوازن العقدي حسب ما هو منصوص عليه في بعض النصوص القانونية[1]، بل تعطي مجموعة من الحلول حسب نص المادة 3.2.6 التي تنص على أنه:

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

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

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

4- إذا توصلت المحكمة إلى توافر الظروف الشاقة، فيمكن لها أن تقضي مادام ذلك معقولا، بأي مما يلي:

أ- إنهاء العقد في التاريخ ووفقا للشروط التي يتم تحديدها، أو

ب- تطويع العقد بالتعديل، بهدف إعادة توازن الأداءات ".[2]

يتضح جليا من المادة أعلاه، أنه من نتائج الظروف الشاقة ما يمكن اعتباره يصلح أن يكون نتيجة للقوة القاهرة كإنهاء العقد مثلا، وإن كان هذا لا يأتي إلا في المرحلة الأخيرة إذ يسبقه عدة إجراءات كإعادة التفاوض مثلا.

---

1 على سبيل المثال، فإن نص المادة 107 ق.م.ج وضعت حلا وحيدا لا يمكن الاتفاق على غيره، وهو إمكانية تدخل القاضي من أجل رفع الإرهاق، وتنص المادة على أنه:
"غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، 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"

2 "(1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.
(2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.
(3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.
(4) If the court finds hardship it may, if reasonable,
(a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or
(b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium"

كما يبدوا واضحا أنه تم استبعاد وقف التنفيذ التلقائي خوفا مما قد يترتب عن ذلك من تعسف في استعماله، إذا لا يعني توافر الظروف الشاقة الوقف التلقائي لتنفيذ العقد، دون الإخلال بالحالات التي يمكن فيها وقف التنفيذ لأسباب أخرى ذكرتها المبادئ العامة لليونيدروا[1]، إلا أنه لا مانع من وقف التنفيذ في إطار التفاوض خصوصا إذا اتفق الأطراف على ذلك، أو قرره القاضي إذا سمح القانون بتدخله.

ب- وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية بسبب القوة القاهرة.

إذا كانت الظروف الشاقة لا تسمح بوقف تنفيذ عقود التجارة الدولية، فإن القوة القاهرة حسب المبادئ العامة لليونيدروا تسمح بذلك إذا كانت هذه القوة القاهرة ناتجة عن حادث مؤقت، وهي تشبه في هذه الحالة الاستحالة المنصوص عليها لدى الأنظمة الأنجلوساكسونية أو ما يعرف بـــــ frustration لما تكون الاستحالة مؤقتة.[2]

في هذا الشأن تنص المادة 7.1.7 من اليونيدروا في فقرتها الثانية على أنه:

" إذا كان الحادث مؤقتا فحسب، فيظل الإعفاء منتجا لأثره خلال مدة معقولة يراعى فيها أثر الحادث على تنفيذ العقد ".[3]

ومن هذه المادة نستنتج أنه يمكن أن يكون وقف التنفيذ مؤقتا ريثما يزول الحادث المؤقت، وحسب المادة فإنه يعفى المدين من المسؤولية عن عدم التنفيذ إذا أثبت أن عدم التنفيذ راجع إلى حادث لا سيطرة له عليه وغير متوقع، شرط إخطار الدائن بالحادث.

---

1 تنص المادة 3.1.7 من اليونيدروا على أنه :
" 1- يجوز للطرف الملتزم بتنفيذ أدائه، بشكل متزامن مع أداء الطرف الآخر أن يتوقف عن التنفيذ حتى يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ.
2- يجوز للطرف الملتزم بتنفيذ أدائه، بعد أداء الطرف الآخر لالتزامه أن يتوقف عن التنفيذ ما دام الطرف الآخر لم ينفذ التزامه".

2 أنظر الصفحة 98 بخصوص الاستحالة المؤقتة لا سيما الاستحالة الاقتصادية.

3 "When the impediment is only temporary, the excuse shall have effect for such period as is reasonable having regard to the effect of the impediment on the performance of the contract".

كما أنه يمكن حسب المادة لأي طرف لا سيما الدائن في هذه الحالة المطالبة ببقية الحقوق الأخرى إذا توقف المدين عن الدفع كالمطالبة بفوائد أو التوقف عن التنفيذ أو إنهاء العقد.[1]

الفرع الثالث: حالات وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية بسبب الظروف الطارئة.

كما تمت الإشارة إليه آنفا، فإن تعرض العقود الدولية خصوصا التجارية منها إلى ظروف تمنع المواصلة في تنفيذها يؤدي غالبا إلى وقف تنفيذه، وليس فسخه، تطبيقا لمبدأ بقاء العقد الذي أصبح مبدأ عام في مجال عقود التجارة الدولية.

ويمكن أن نميز بين حالتين لوقف التنفيذ، وقف التنفيذ أثناء الاستحالة المؤقتة التي تمنع المواصلة في تنفيذه وليس الاستحالة الدائمة التي تؤدي إلى فسخ العقد بسبب القوة القاهرة (الظروف الشاقة، الظروف الطارئة، ....)، أما الحالة الثانية هي وقف العقد أثناء إعادة التفاوض.

أولا: حالة وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية بسبب الظروف الشاقة.

إذا تعرضت العقود التجارة الدولية أثناء تنفيذها إلى قوة قاهرة، أو ما يسمى لدى دول الكومنويلت بالاستحالة المطلقة، فإنه من المعلوم أن النتيجة التي تترتب على ذلك هي فسخ العقد.

لكن في حالة ما إذا كانت الظروف المحيطة بتنفيذ العقد لم تجعل من تنفيذه أمرا مستحيلا بل مرهقا فقط، كما هو الشأن في حالة الظروف الطارئة، فلا يتصور فسخ العقد.

1 " (1) Non-performance by a party is excused if that party proves that the non-performance was due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.
(2) When the impediment is only temporary, the excuse shall have effect for such period as is reasonable having regard to the effect of the impediment on the performance of the contract.
(3) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on its ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, it is liable for damages resulting from such non receipt.
(4) Nothing in this Article prevents a party from exercising a right to terminate the contract or to withhold performance or request interest on money due."
UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law
UNIDROIT ,PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS
https://www.unidroit.org/publications/unidroit-publications
تم الإطلاع على الموقع بتاريخ 2020/08/11 في الساعة 21.32

فبخصوص الاستحالة النسبية مثلا تطرق المشرع الجزائري إلى الإرهاق إذ نصت المادة 107 من ق.م.ج على أنه : " غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين 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".[1]

بينما أشار اليونيدروا إلى ما يسمى بالظروف الشاقة حيث نص في المادة 3.2.6 على أنه:" في حالة الظروف الشاقة ..... تطويع العقد بالتعديل، يهدف إعادة توازن الأداءات".[2]

وتنص المادة 1195 ق.م.ف بعد تعديلها على أنه: " إذا تسببت ظروف طارئة غير متوقعة أثناء إبرام العقد في جعل تنفيذ العقد أمرا مكلفا ومرهقا لأحد الأطراف ..... يمكن طلب إعادة تكييفه "[3]

ونصت المادة 79 من اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع على أنه: " لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذا اثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته وأنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت الانعقاد،.....

يحدث الإعفاء المنصوص عليه في هذه المادة أثره خلال المدة التي يبقى فيها العائق قائما".[4]

---

1 الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المتمم والمعدل، مرجع سابق، المادة 107.

2 " In case of hardship..... adapt the contract with a view to restoring its equilibrium".
UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law
UNIDROIT ,PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS
https://www.unidroit.org/publications/unidroit-publications
consulté le 19/09/2020 a 11h.12

3 Art 1195(Modifié par L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 entré en vigueur au 1 octobre 2016) dispose :
" Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation".

4 "A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it, or its consequences…. The exemption provided by this article has effect for the periodduring which the impediment exists ".
الموقع الرسمي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf
تم الإطلاع بتاريخ 2020/09/20 في الساعة 22.13

من المواد التي تم ذكرها أعلاه نجد أن التشريعات الوطنية وحتى اليونيدروا لم تتطرق إلى وقف تنفيذ العقود بصفة عامة، ومنها عقود التجارة الدولية بصفة خاصة، لكنها وبما أنها قد أعطت للقاضي أو الأطراف إمكانية تعديل العقد أو تطويعه فإنه من الممكن توقع اتفاق الأطراف أو أمر القاضي وقف تنفيذ العقد مؤقتا حتى زوال العائق أو الحادث المفاجئ.

كما يتضح جليا من نص المادة 79 من اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع وجود وقف تنفيذ إذ تمت الإشارة إلى العائق كسبب لانتفاء مسؤولية الطرف الذي لم ينفذ التزاماته، ونصت صراحة إلى استمرار الإعفاء طالما كان العائق قائما، في إشارة إلى أن الطرف الذي يتوقف عن تنفيذ التزاماته يكون معفيا لمدة مؤقتة من المسؤولية.

لطالما كانت القوة القاهرة سببا في فسخ العقد، ولم تكن هناك تفرقة بين الاستحالة المؤقتة والاستحالة الدائمة خصوصا لدى المشرع الفرنسي، لكن يمكن القول بوضوح أن الأمر قد تغير بعد تعديل القانون المدني الفرنسي، حيث تم اعتماد نظرية الظروف الطارئة لأول مرة عن طريق المادة 1195، كما سبق هذا الاعتراف تطور نظرية الاستحالة لدى التشريع الأنجلوساكسوني فتم الاعتماد على الاستحالة المؤقتة كالاستحالة الشخصية والاستحالة الاقتصادية.

غالبا ما يشترط الأطراف أثناء إبرام عقود التجارة الدولية التوقف مؤقتا كسبيل لمواجهة أي عائق يطرأ على التزامات الأطراف، لذلك وجب على القاضي أو المحكمين في حالة عدم وجود شرط الوقف المؤقت للعقد محاولة تطويع العقد حسب ما تسمح به مختلف القوانين خاصة القوانين الوطنية إذا كانت هي المختصة التطبيق على العقد، وقد يكون وقف تنفيذ العقد مؤقتا أنسب حل من أجل تجاوز الظرف الطارئ وانتظار زوال العائق.

ثانيا: وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية من أجل إعادة التفاوض.

ينتج عن إعادة التفاوض غالبا وقف مؤقت لتنفيذ العقد، وقد يكون هذا التوقف ذو أساس عقدي بأن تشترط الأطراف أثناء إبرام العقد أنه في حالة اللجوء إلى تفعيل شرط إعادة التفاوض أن يتم وقف تنفيذ العقد مؤقتا.

وقد يكون سبب التوقف كنتيجة حتمية للظروف التي تجعل من مواصلة تنفيذ العقد مستحيلا وأمر مناف لمبادئ حسن النية على الأقل قبل إعادة التفاوض وإزالة ما جعل تنفيذه مرهقا.

وتجدر الإشارة إلى أن مجرد تفعيل شرط إعادة التفاوض لا يعني بالضرورة وقف تنفيذ العقد، وهذا ما اشارت إليه بصريح العبارة المادة 3.2.6 من اليونيدروا عندما نصت على أنه:

" في حالة الظروف الطارئة يحق للطرف الذي تعرض لها طلب إعادة التفاوض، ويتعين توجيه هذا الطلب مسببا دون تأخير غير مبرر....

2- لا يخول إعادة التفاوض في حد ذاته، للطرف المضرور من الظرف الشاق الحق في **الامتناع عن التنفيذ**".[1]

وفي نفس الشأن، كان المشرع الفرنسي أكثر وضوحا، حيث أشار صراحة إلى ضرورة مواصلة الأطراف التي تتعرض إلى ظروف طارئة في تنفيذ التزاماتهم طيلة فترة إعادة التفاوض.[2]

1" (1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.
(2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance ".
UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law
UNIDROIT ,PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS
https://www.unidroit.org/unidroit-principles-2016/unidroit-principles-2016-over
consulté le 19/09/2020 a 16h40.

[2] Art 1195(Modifié par L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 entré en vigueur au 1 octobre 2016) dispose :
" Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse ..... celle-ci peut demander une renégociation du contrat ..... **Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation**".

لقد كان لتأخر المشرع الفرنسي في الأخذ بنظرية الظروف الطارئة الفرصة لمراعاة كافة الشروط والنتائج قبل تعديله للقانون المدني، حيث اعتمد على إعادة التفاوض بشكل صريح عكس بقية القوانين الوطنية[1]، كما أنه تفطن إلى ذكر مواصلة الأطراف لتنفيذ التزاماتهم أثناء فترة إعادة التفاوض.[2]

ومنه نستنتج أنه إذا ما أدت الظروف الطارئة إلى استحالة في مواصلة تنفيذ العقد مؤقتا، فإن البدأ في التفاوض لا يعني بالضرورة وقف تنفيذ العقد لاسيما إذا اشارت النصوص القانونية على ضرورة استمرار التنفيذ، إلا إذا كان هناك اتفاق سابق أو لاحق للأطراف على وقف مؤقت لتنفيذ العقد، أو قرر القاضي ذلك.

فمن أجل تفادي أي إشكال بخصوص وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية من عدمه، من الأفضل على الأطراف استباق ذلك بإضافة بنود أثناء إبرامهم للعقد تشير صراحة إلى وقف تنفيذ العقد أثناء مرحلة التفاوض إلى غاية إنهاء عملية إعادة التفاوض، لأن الأطراف لم تتجه إلى إعادة التفاوض إلا لصعوبة أو استحالة تنفيذ العقد فمن غير المعقول المواصلة في تنفيذه، على الأقل قبل إعادة التفاوض.

الفرع الرابع: الآثار المترتبة عن وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية.

لا يؤدي وقف تنفيذ العقد إلى انقضاء الالتزامات كما هو الشأن في الفسخ الذي ينتج عن القوة القاهرة، بل يؤدي إلى مجرد سكون للعقد، وبالتالي توقف الالتزامات المتقابلة للأطراف طيلة تلك الفترة، ويمكن إيجاز أهم الآثار المترتبة عن وقف التنفيذ بسبب الظروف الطارئة فيما يلي:

---

[1] على سبيل المثال فإن المشرع الجزائري لما تطرق إلى الظروف الاستثنائية في المادة 107 أعطى للقاضي وحده إمكانية تعديل العقد دون الإشارة إلى إمكانية إعادة التفاوض، بل عرض أي اتفاق بخلاف ذلك إلى الابطال، فلا يمكن للأطراف مثلا الاتفاق على إعادة التفاوض وسلب القاضي سلطته في تعديل العقود التي تتأثر بظروف طارئة.

[2] لا يعود الفضل إلى المشرع الفرنسي وحده في تضمين نصوصه على مواد تفيد بضرورة مواصلة تنفيذ العقد أثناء فترة إعادة التفاوض، فلا شك أنه استقى هذه الفكرة من نصوص سبقته في ذلك، كالمبادي المتعلقة بالعقود التجارية الدولية لليونيدروا ، حيث نصت المادة2.3.6 في الفقرة الثانية إلى أنه :
"لا يخول طلب إعادة التفاوض، في حد ذاته، للطرف المضرور من الظرف الشاق الحق في الامتناع عن التنفيذ"

أولا: وقف تنفيذ الالتزامات طيلة فترة وقف التنفيذ.

ينتج عن وقف تنفيذ العقد وقفا لتنفيذ الأطراف لالتزاماتهم طيلة فترة وقف التنفيذ، سواء كان وقف تنفيذ العقد باتفاق الأطراف قبل اللجوء إلى إعادة التفاوض أو كنتيجة حتمية لاستحالة التنفيذ مؤقتا، مع مراعاة النصوص التي تلزم الأطراف على مواصلة تنفيذ التزاماتها أثناء إعادة التفاوض.[1]

لقد كانت المادة 3.2.6 من اليونيدروا صريحة وواضحة في النتائج المترتبة عن الظروف الشاقة، خاصة في مجال إعادة التفاوض حين أشارت إلى أن مجرد طلب إعادة التفاوض لا ينتج عنه وقف تنفيذ العقد.

ثانيا: إعفاء الأطراف من المسؤولية الناتجة عن عدم التنفيذ.

ينتج عن وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية بالضرورة إعفاء الأطراف من أي مسؤولية، فحسب المبادئ المتعلقة بالعقود التجارة الدولية فإنه في حالة القوة القاهرة[2] يتم إعفاء مسؤولية المدين عن عدم تنفيذه لالتزامه طيلة فترة الحادث المفاجئ إذا كان ذلك الحادث مؤقتا.[3]

فحسب المادة 7.1.7 فإن القوة القاهرة قد تحول دون التنفيذ بصفة مطلقة، وهذا ما يؤدي إلى فسخ العقد، وقد تؤدي إلى استحالة مؤقتة ينتج عنها تأخير تنفيذ الالتزامات إلى حين زوال القوة القاهرة المؤقتة، وفي كلتا الحالتين لا تقوم مسؤولية المدين عن عدم التنفيذ أو تأخيره في تنفيذ التزاماته.

---

1 هناك بعض النصوص القانونية سواء الوطنية أو الدولية، تشير صراحة إلى ضرورة مواصلة تنفيذ العقد أثناء مرحلة التفاوض، كالتشريع المدني الفرنسي في نص المادة 1195، أو المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية الصادرة من اليونيدروا في المادة 3.2.6.

Art 1195(Modifié par L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 entré en vigueur au 1 octobre 2016) dispose :

" ..... Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.....".

Art 6.2.3

"La demande ne donne pas par ellemême à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations"

2 القوة القاهرة التي يقصدها اليونيدروا هي تلك القوة القاهرة الناتجة عن استحالة مؤقتة، والاستحالة المؤقتة في هذه الحالة تكون شبيهة في آثارها إلى الظروف الطارئة.

3 UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law

UNIDROIT ,PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS

https://www.unidroit.org/unidroit-principles-2016/unidroit-principles-2016-over

consulté le 11/11/2019 a 22h19.

ARTICLE 7.1.7 :

" When the impediment is only temporary, the excuse shall have effect for such period as is reasonable having regard to the effect of the impediment on the performance of the contract".

وفي نفس الشأن تنص المادة 79 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، بخصوص عدم قيام مسؤولية الأطراف عن عدم التنفيذ على أنه:

" لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته .....

يحدث الإعفاء المنصوص عليه في هذه المادة أثره خلال المدة التي يبقى فيها العائق قائما".[1]

ثالثا: مواصلة تنفيذ العقد بمجرد زوال العائق أو الظرف الطارئ.

مهما كان سبب توقف تنفيذ العقد، سواء بسبب النص على ذلك في القوانين الخاضعة لها تلك العقود، أو بسبب اتفاق الأطراف على ذلك، فإنه يجب على الأطراف العمل على تذليل العقبات من أجل إزالة وتجاوز الظرف الطارئ ومواصلة تنفيذ العقد بمجرد زوال العائق طبقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية ومبدأ استمرار العقد التجاري الدولي.

فمدة التوقف قد تكون مرتبطة باستمرار الحادث الفجائي وقد يتفق الطرفين على وقف تنفيذ العقد لمدة معينة (سنة أو 06 أشهر)، وبانتهاء المدة يجب على الأطراف مواصلة تنفيذ العقد.

والإشكال الذي قد يطرح هنا قد يتجلى في أمرين اثنين:

فالأمر الأول، هو استمرار الظرف الطارئ بعد انتهاء الأجل إذا تم تحديد فترة لوقف التنفيذ، أو استمر الظرف الطارئ لفترة طويلة ولم يكن هناك أجل لوقف التنفيذ.

ففي هذا الشأن تنص المادة 7.1.7 من المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية على أنه:

[1] Article 79 :
" Une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement ……..
L'exonération prévue par le présent article produit effet pendant la durée de l'empêchement".
الموقع الرسمي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/v1056998-cisg-f.pdf
consulté le 16/04/2020 a 14h23

" إذا كان الحادث مؤقتا فحسب فيظل الاعفاء منتجا لأثره مدة **معقولة** يراعى فيها أثر الحادث على تنفيذ العقد "[1]

فنلاحظ أن المادة أعلاه أشارت إلى توقف تنفيذ العقد مدة معقولة، إلا أنه لم يتم تحديد هذه المدة وترك تقديرها للأطراف المتعاقدة، لأن الأمر قد يختلف حسب طبيعة التعاقد وحسب الإرهاق الذي سببه الحادث المؤقت، لذلك فمن الأفضل للأطراف تحديد مدة معينة يتوقف فيها تنفيذ العقد وبعد انتهاء تلك المدة يجب على الأطراف اتخاذ موقف إذا ما استمر الحادث، فيتم النص مثلا على أنه:

" إذا امتدت هذه الظروف أكثر من 06 أشهر يحق للطرف الآخر رفض التنفيذ للالتزامات العقدية....."[2]

والأمر الثاني، هو ما مصير العقد من المدة التي توقف فيها تنفيذه، خاصة إذا استمر وقف تنفيذ العقد مدة معتبرة أثرت على الجدوى الاقتصادية للعقد.

غالبا ما يتم إضافة مدة إضافية، فيتم تمديد العقد عدة أشهر إضافية، ولا يشترط أن تساوي فترة التمديد المضافة للعقد مدة التوقف، فقد تكون مساوية أو أقل أو أكثر حسب طبيعة العقد وحسب الدور الذي تلعبه المدة في إعادة العقد إلى توازنه المطلوب.[3]

---

[1] ARTICLE 7.1.7 :
"When the impediment is only temporary, the excuse shall have effect for such period as is reasonable having regard to the effect of the impediment on the performance of the contract".
UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law
UNIDROIT ,PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS
https://www.unidroit.org/unidroit-principles-2016/unidroit-principles-2016-over
consulté le 10/03/20200 a 23h19

2 محمود نديم الخضر، مرجع سابق، ص 354.

3 المدة الإضافية التي تضاف للعقد نتيجة توقف تنفيذة لفترة معينة تختلف حسب تأثير مدة الوقف على العقد وكذا طبيعة هذا الأخير.
مثال توضيحي:
تم إبرام عقد بين شركة ألفا لمد أنابيب الغاز الطبيعي في البلد (س)، وللظروف الطبيعية والمناخية الصعبة في البلد فإنه من المستحيل العمل في الفترة الممتدة ما بين 1نوفمبر و31 مارس. وقد تم الاتفاق في العقد على انهاء العمل قبل 31 أكتوبر.
نتيجة حرب أهلية في المنطقة أصبح تنفيذ العقد مستحيلا، واستمرت تلك الاستحالة لمدة شهر.
ورغم أن فترة التوقف كانت لمدة شهر فقط (شهر أكتوبر كاملا)، فمن المنطقي أن تتم إضافة شهر واحد لتنفيذ العقد، أي تتم إضافة شهر نوفمبر ليتم استلام الاشغال في أواخر شهر نوفمبر عوض آواخر شهر أكتوبر، إلا أن العمل في الفترة الممتدة من 1 نوفمبر إلى أواخر مارس كانت مستحيلة طبيعيا ومناخيا، فإنه تم إضافة مدة 6 أشهر كاملة عوض الشهر.

المطلب الثاني: تعديل عقود التجارة الدولية بسبب الظروف الطارئة.

لطالما كانت القوة الملزمة للعقود هي المبدأ السائد والناظم لمختلف العقود، خاصة التجارية الدولية منها، إلا أن تطور العقود و تنوع عقود التجارة الدولية وتشعب مجالاتها، إضافة إلى أن هذه العقود عادة ما تستمر لفترة طويلة جدا ما يجعلها عرضة لتقلبات الأسواق الدولية مع ما يشهده العالم من عدم استقرار، ففي العديد من الأحيان يصير تنفيذ عقود التجارة الدولية حسب ما تم التعاقد عليه أمرا مرهقا إن لم يكن مستحيلا، ومن أجل تفادي فسخ هذه العقود احتراما لمبدأ قدسية العقد وكذا مبدأ آخر تعرفه عقود التجارة الدولية وهو مبدأ استمرار عقود التجارة الدولية لابد من تعديل هذه العقود بما يمكن استمرارها.

ولقد حاول المشرع الجزائري التطرق إلى سبل معالجة الظروف الطارئة التي أدت إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا **(فرع أول)**، أما المشرع الفرنسي فقد أتى بشيء جديد بعد تعديله للقانون المدني الفرنسي، إذ أصبح يعترف بالظروف الطارئة لأول مرة تحت مصطلح **L'imprevision (فرع ثان)**، لنتطرق إلى النصوص الواردة في الاتفاقيات الدولية الناظمة لتعديل عقود التجارة الدولية **(فرع ثالث)**، لنعرج في الأخير إلى دور القاضي في تعديل العقود التي اختل توازنها بسبب الظروف الطارئة **(فرع رابع)**.

ومن أجل الاسترسال في كل هذه الإجراءات، تم تقسيم هذا المطلب إلى أربعة فروع:

المطلب الثاني: تعديل عقود التجارة الدولية بسبب الظروف الطارئة.

- الفرع الأول: معالجة التشريع الجزائري للظروف الطارئة التي تلحق بالعقد.
- الفرع الثاني: تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة وفق التشريع الفرنسي.
- الفرع الثالث: تعديل عقود التجارة الدولية بسبب الظروف الطارئة وفق الاتفاقيات والمعاهدات الدولية.
- الفرع الرابع: دور القاضي في تعديل العقد التجاري الدولي المختل بسبب الظروف الطارئة.

الفرع الأول: معالجة التشريع الجزائري للظروف الطارئة التي تلحق بالعقد.

تطرقت المادة 107 ق. م. ج إلى سبل معالجة العقد الذي يختل توازنه بسبب الظروف الطارئة، بوضوح وتحديد، والتحديد الذي جات به المادة كان مضيقا لسلطة الأطراف، إذ نصت على أنه:

" غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، 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".[1]

يتضح من المادة أن معالجة الظروف الطارئة من قبل القاضي أمر من النظام العام، فلا يجوز للأطراف الاتفاق على تحمل أحد الأطراف للظروف الطارئة وسلب سلطة القاضي في معالجة هذا الأمر، عكس ما هو في القوة القاهرة أين يجوز للأطراف الاتفاق على تحمل أحد الأطراف لتبعات القوة القاهرة.[2]

فإذا كانت القاعدة أنه لا يجوز للأطراف الاتفاق على تحمل أحد الأطراف لتبعات الظروف الطارئة، فهل يستوي في ذلك أن يكون الاتفاق أثناء إبرام العقد أي قبل حدوث الظرف الطارئ والاتفاق الذي يحدث بعد حدوث الظرف الطارئ.

وهل هناك وسائل أخرى لمعالجة الظرف الطارئ كتعديل العقد أو الاتفاق على إنهائه ...

أولا: الاتفاق المسبق للأطراف على استبعاد الظروف الطارئة قبل حدوثها.

يتضح جليا من نص المادة 107 ق.م.ج أنه لا يجوز للأطراف الاتفاق أثناء إبرام العقد أو بعد إبرامه وقبل حدوث الظروف الطارئة على استبعادها وتحمل أحد الأطراف لتبعات تلك الظروف كاملة.

1 الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق، المادة 107.
2 تنص المادة 178 ق.م. ج على أنه:
"يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة"

حيث أنه إذا سمح للأطراف بذلك، فسيعمد الطرف القوي إلى اشتراط وبصفة تلقائية على الطرف الضعيف ضرورة مواصلة تنفيذ العقد تحت أي ظرف كان، وتحمل كل ما يلحق بالعقد من ظروف طارئة في صورة أشبه بما يحدث في عقود الإذعان أين يملي طرف على طرف شروط العقد.[1]

ثانيا: الاتفاق اللاحق لحدوث الظرف الطارئ.

لا خلاف أن هدف المشرع من منع الأطراف الاتفاق على استبعاد الظروف الطارئة واستمرار تنفيذ العقد حتى بوجود هذه الظروف، هدفه حماية الأطراف، لاسيما الطرف الضعيف من اتخاذ قرارات غير محسوبة العواقب، او اتخاذها تحت تأثير الطرف القوي في العقد. فإذا كان الأمر كذلك، فما هو الحال إذا اتفق الأطراف على استبعاد الظروف الطارئة بعد حدوثها.

يمكن للأطراف الاتفاق على استبعاد الظروف الطارئة بعد وقوعها، ففي هذه الحالة يكون الأطراف على دراية بالظرف الطارئ ومدى امكانيتهما على تحمله، ضف إلى ذلك أنه يكفي للطرف المتضرر من الظرف الطارئ مواصلة تنفيذ التزاماته التعاقدية حتى نكون أمام اتفاق ضمني على تحمل الظرف الطارئ، فلا ضير من أن يكون ذلك على شكل اتفاق مكتوب.[2]

ثالثا: اتفاق الأطراف على حل العقد الذي أصبح مرهقا بسبب الظروف الطارئة (التقايل).

إذا كان المشرع الجزائري قد منع في المادة 107 تحمل أحد الأطراف لتبعات الظروف الطارئة لوحده، فهو لم يمنع اتفاق الطرفين على انهاء العقد فهذا يعد توزيعا لتبعات الظروف الطارئة على طرفي العقد بإرادتهما، وهذا ما يعرف بالتقايل.[3]

---

1 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 531.

2 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع والموضع نفسه.

3 تَقايَلْتُ، أَتَقايَلُ، مصدر تَقايُلٌ تَقايَلَ البائِعُ والْمُشْتَرِي: فَسَخا البَيْعَ بَعْدَ عَقْدِهِ
تَقَايَلَ البيّعان: تفاسخا صفقتَهما.
موقع المعاني
/https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%AA%D9%82%D8%A7%D9%8A%D9%84
تم ا لإطلاع عليه يوم 2020/09/23 في الساعة 10.31

ويعرف التقايل بأنه:" حل للعقد باتفاق الطرفين، بعد أن يكون قد تم تكوين العقد صحيحا، فهو يتم بإيجاب وقبول صريحين أو ضمنيين يهدف المتعاقدان من ورائه حل الرابطة التعاقدية حتى دون وجود سبب ودون اللجوء إلى القضاء".[1]

رغم أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على التقايل، فإن المادة 106 ق.م.ج كانت صريحة وواضحة بخصوص إمكانية تعديل العقد أو إنهائه باتفاق الطرفين.[2]

وبعد ذكر التقايل وموقف المشرع الجزائري منه، يمكن القول أنه يمكن لأطراف العقد التجاري الدولي إذا تم اخضاع تصرفهما للتشريع الجزائري سواء باختيارهما أو طبقا لتحديد القانون الواجب التطبيق وفق الاتفاقيات الدولية أو أحكام القانون الدولي الخاص الاتفاق على حل العقد مهما كان السبب ومن جملة تلك الأسباب مثلا الاتفاق على انهاء العقد التجاري الدولي بسبب ظروف طارئة، ففي حالة خضوع العقد التجاري الدولي للتشريع الجزائري، فإنه طبقا للمادة 106 لا يوجد ما يمنع اتفاق الأطراف على إنهائه بإرادتهما المشتركة حتى بعد حدوث الظروف الطارئة التي تجعل من تنفيذ هذا العقد أمر مرهقا.

رابعا: اتفاق الأطراف على تعديل العقد المرهق.

تنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري على إمكانية اتفاق الأطراف على تعديل العقد المبرم بينهما، وبالتالي فلا مانع للأطراف التي تعرضت التزامات أحدهما للإرهاق نتيجة الظروف الطارئة أن تتفق على تعديل العقد، طالما قبل بذلك التعديل الطرف الآخر.

فإذا كان لطرفي العقد الحق في انهاء العقد بالتقايل فمن باب أولى يكون لهما كل الحق في تعديله بإدخال ما يراه الطرفين جديرا برفع الإرهاق الواقع على أحد طرفيه أو تعديله بصفة جذرية ليكون بمثابة عقد جديد، وهذا ما يسمى بتجديد الالتزام.[3]

---

1 علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص 286.

2 تنص المادة 106 ق.م.ج على أنه: " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".

3 محمد محيي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 380.

ويتجدد الالتزام حسب المادة 287 ق.م.ج في حالة ما إذا تم استبدال الالتزام الأصلي بالتزام جديد كلي، وهو ما يقصد به تغيير الدين، وقد يتجدد أيضا بتغيير المدين أو الدائن.[1]

فيمكن تصور تعديل العقد التجاري الدولي الذي اختل توازنه بسبب الظروف الطارئة، وذلك عن طريق التجديد، ومثاله الاتفاق على أن تحل شركة كبرى محل المدين الآخر الذي تعرض لصعوبات في تنفيذ العقد بسبب ظروف طارئة.

فالتجديد قد يتخذ صورا ثلاث:

أ- التجديد بتغيير الدين:

قد يتغير الدين عن طريق التجديد، حسب المادة **287 ق.م.ج** بتجديد أو تغيير المحل أو المصدر.

لا شك أن تغيير محل الالتزام في عقود التجارة الدولية بسبب تغير الظروف، يمكن أن يساهم في العديد من الأحيان في حل مشكلة الإرهاق التي قد تصيب أحد الأطراف لمختلف الأسباب، وتساهم بذلك في رفع الإرهاق.[2]

وكمثال عن التجديد في محل الالتزام بين متعاقدين في عقد تجاري دولي، يمكن تصور إبرام عقد دولي بين طرفين من أجل تصدير الدولة **أ** إلى الدولة **ب** كمية من النفط المكرر، فيحدث أن تتعرض عدد من المصافي في الدولة **أ**، الدولة المصدرة لحادث مفاجئ طبيعي أو بفعل الإنسان، يجعل من تكرير النفط أمرا مرهقا للطرف الأول.

---

[1] تنص المادة 287 ق.م.ج على أنه: "يتجدد الالتزام
- بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على استبدال الالتزام الأصلي بالتزام جديد يختلف عنه في محله أو مصدره،
- بتغيير المدين اذا اتفق الدائن والغير على أن يكون هذا الأخير مدينا مكان المدين الأصلي، على أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه، أو إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد.
- بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين والغير على أن يكون هذا الأخير هو الدائن الجديد.

2 تنص المادة 287 ق.م.ج على أنه :" يتجدد الالتزام .....
- بتغيير الدين اذا اتفق الطرفان على استبدال الالتزام الأصلي بالتزام جديد يختلف عنه في محله أو في مصدره ،...."

ومن أجل رفع الإرهاق وضمان استمرار تنفيذ العقد التجاري الدولي، يتفق الطرفين على تجديد الالتزام أو مجرد تعديله، لأن العقد هو ما يسمح بمعرفة ما إذا تم مجرد تعديل الالتزام أو تجديده، حسب قصد الأطراف احتراما لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

فهنا قد يتفق الطرفين مثلا على زيادة كمية النفط المصدرة، على أن تكون خاما كتعويض عن تصدير كمية أقل بشكل مكرر كما كان عليه الاتفاق في بداية الأمر، أو أن يتم الاتفاق على إنقاص الثمن.

ب- التجديد بتغيير الدائن :

حسب المادة 287 ق.م.ج فإن تجديد الدائن لا يكون إلا باتفاق جميع الأطراف المتعاقدة على ذلك، الدائن الأصلي والدائن الجديد والمدين.

لا يكفي أن يتفق الدائن الجديد مع الدائن القديم دون علم المدين، لأن المدين في العديد من الأحيان يفضل أن يبقى في علاقة تعاقدية مع دائن معين عوض دائن آخر.

وكمثال عن تغيير الدائن في عقد تجاري دولي، يمكن تصور وجود اتفاق بين شركة سياحة وشركة طيران أجنبية من أجل ضمان نقل مسافرين لعدة دول عبر العالم.

بعد مدة من إبرام العقد، تعرضت شركة الطيران إلى صعوبات مالية كبيرة بسبب جائحة كورونا التي أصابت العالم خصوصا بعد إغلاق العديد من الدول لأجوائها، ما جعل من تنفيذ العقد أمرا مرهقا لجميع الأطراف.

بعد مدة من المباحثات والبحث عن الحلول الكفيلة بمواصلة تنفيذ العقد، اقترحت شركة السياحة على شركة الطيران أن تتكفل بنقل زبائن شركة سياحة أخرى، خاصة أن وجهة زبائن شركة السياحة الثانية أجواؤها مفتوحة ولم تتعرض للغلق.

ردت شركة الطيران بقبول الأمر، فتم بذلك تجديد العقد باتفاق الجميع، المدين (شركة الطيران)، الدائن الأول (شركة السياحة الأولى)، الدائن الجديد (شركة السياحة الثانية)، فلتجديد الدائن يجب قبول جميع الأطراف بذلك، وهو ما تم في هذه الحالة.

جـ التجديد بتغير المدين :

على عكس ما هو مشار إليه بخصوص تغيير الدائن الذي يفترض فيه موافقة جميع الأطراف، فإنه يمكن لتغيير المدين الاقتصار على موافقة الدائن والمدين الجديد الذي يحل محل المدين القديم حتى دون رضى هذا الأخير، والحكمة من ذلك أنه لا يؤخذ برضى المدين القديم بما أنه سيتم إعفاؤه من التزاماته ويتحملها مدين جديد وهو من يجب الأخذ بموافقته.

أما في حالة اتفاق مدين جديد مع المدين القديم فلا بد من موافقة الدائن الذي سيكون في علاقة تعاقدية مع المدين الجديد عوض المدين القديم، فلن يتصور إتمام ذلك دون موافقة الدائن.

ويمكن تصور تغيير المدين في إطار عقود تجارية دولية وفق التشريع الجزائري إذا كان هو المختص للفصل في النزاع الناتج عن ذلك، في حالة وجود عقد بين طرفين للتموين بمادة الفحم من أجل التدفئة مثلا، وتندلع حرب في جهة معينة ويصبح نقل الفحم أمرا مرهقا للمدين، ما دفعه للتوقف عن تموين الدائن بمادة الفحم.

ومن أجل ضمان تنفيذ العقد، يتدخل طرف آخر ويتفق مع الدائن على الحلول محل المدين القديم (الممول السابق بمادة الفحم)، ففي هذه الحالة يكفي الاتفاق بين الدائن والمدين الجديد (الطرف الجديد الذي يضمن التموين) دون الحاجة لرضى المدين السابق (الممون السابق بمادة الفحم الذي تعرض لإرهاق بسبب الحرب).

وقد يكون تحمل المدين الجديد للعقد رغم أجواء الحرب على سبيل الدعاية للشركة أو البلد خاصة إذا كان بلد الشركة الأم هو المتسبب في الحرب مثلا.

د- دعوى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

طبقا لنص المادة 107 ق.م.ج يجوز للطرف الذي أصبح التزامه مرهقا، ما يهدده بخسارة فادحة في حالة ما إذا استمر في تنفيذه أن يرفع دعوى مدنية أمام القضاء من أجل رد الالتزام إلى الحد المعقول الذي يزول أو ينقص معه الإرهاق اللاحق بالعقد.

ويجب على المدين أن يثبت وجود الظرف الطارئ، وأن يستوفي جميع الشروط المطلوبة لذلك من عمومية واستثنائية وعدم توقع، بالإضافة لتعرضه لخسارة فادحة بسبب هذا الظرف.[1]

الفرع الثاني: تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة وفق التشريع الفرنسي.

لقد تأخر المشرع الفرنسي كثيرا مقارنة بالتشريعات الغربية وحتى العربية كالتشريع الجزائري مثلا في الاعتراف بنظرية الظروف الطارئة، ومدى إمكانية معالجة وتعديل العقد في حالة تأثره بمختلف الظروف.

كان المشرع الفرنسي يأخذ بالقوة القاهرة فقط كسبب لفسخ العقد في حال ما إذا كان التنفيذ مستحيلا فقط، دون أن يتطرق للحالات التي يكون التنفيذ مرهقا فقط.

وعلى العكس من ذلك، فقد خالف التشريع الإداري التشريع المدني، حيث أخذ المشرع الإداري الفرنسي بنظرية الظروف الطارئة منذ قضية غاز بوردو.[2]

تردد التشريع المدني الفرنسي كثيرا في الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، حتى أن محاكم الدرجة الأولى الفرنسية حاولت في العديد من الأحيان الأخذ بالظروف المحيطة بالعقد أثناء التنفيذ من أجل محاولة تعديل التزامات الأطراف، إلا أن محكمة النقض الفرنسية كانت لهم بالمرصاد رافضة كل محاولة لتعديل التزامات الأطراف بسبب تغير الظروف.

في سنة 2016 اعترف المشرع الفرنسي لأول مرة بنظرية الظروف الطارئة، لما قام بتعديل القانون المدني الفرنسي بموجب الأمر 2016-131، إذ نصت المادة 1195 لأول مرة على نظرية الظروف الطارئة بنصها:

"Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut

1 راجع الصفحة 35 التي تطرقت إلى شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة.

2 ساهم القضاء الفرنسي في نشأة نظرية الظروف الطارئة في الجانب الإداري بحكمه الشهير الذي أصدره مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 30 مارس 1916 في قضية إنارة مدينة بوردو.
راجع بهذا الشأن الصفحة 67.

demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe[1]."

يتضح من المادة أنه يمكن تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة، وتعديل العقد قد يكون بطلب من الطرف المتضرر يوجهه للطرف الآخر، وفي حالة رفض إعادة التفاوض يمكن تقديم طلب من المتعاقدين الاثنين إلى القاضي من أجل تعديل العقد.

وفي حال عدم التوصل إلى اتفاق في أجل معقول، يمكن للطرف المتضرر وبإرادته المنفردة هذه المرة أن يطلب من القاضي تعديل العقد أو إنهائه.

فطلب تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة وفق المشرع الفرنسي، لاسيما المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب الأمر 2016-131 قد يمر بعدة مراحل، يمكن تلخيصها فيما يلي:

أولا: طلب إعادة التفاوض حول العقد بسبب الظروف الطارئة.

حسب المادة 1195، فإنه يمكن للطرف المتضرر من الظروف الطارئة أن يطلب من الطرف الآخر إعادة التفاوض حول العقد.

ويجدر التنويه أن الطرف المتضرر يجب عليه مواصلة تنفيذ التزاماته التعاقدية طيلة فترة المفاوضات.[2]

[1] Art 1195(Modifié par L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 entré en vigueur au 1 octobre 2016).

[2] وهذا ما أكدت عليه المادة 1195 بنصها:

"Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation".

وقد اتخذ المشرع الفرنسي هذا الإجراء كي لا يكون طلب إعادة التفاوض بحد ذاته سببا أو مطية لوقف تنفيذ العقد، خاصة إذا كان المدين سيء النية.[1]

ومن أجل ضمان مصالح الطرف الذي يريد إعادة التفاوض، وجب عليه أن يكون طلب إعادته للتفاوض موثقا عن طريق إرسال يثبت تلقي الدائن لطلب إعادة التفاوض، حتى يتمكن المدين من استعمال ذلك كحجة في حالة رفض إعادة التفاوض أو فشل المفاوضات أمام القاضي، وحتى لا يتحجج الدائن بعدم تلقيه أي طلب من قبل المدين بخصوص إعادة التفاوض، ما يسنح له بالحصول على آجال إضافية وهذا ما يضر بالمدين ويعطي للدائن فرصة في استمرار العقد لأطول مدة ممكنة خصوصا إذا علمنا أنه يتم الاستمرار في تنفيذه حتى بعد طلب إعادة التفاوض وطيلة فترة إعادة التفاوض، طبقا للمادة 1195 من القانون المدني الفرنسي.

ثانيا: اتفاق الطرفين على انهاء العقد أو توجيه طلب مشترك لتعديله من قبل القاضي.

في حالة رفض إعادة التفاوض على العقد، أو عدم توصل الأطراف الى اتفاق، يمكنهما الاتفاق على إنهاء العقد وحله بالتاريخ والشروط التي يحددانها.[2]

وفي حالة فشل كل ذلك، يمكن للأطراف حسب المادة 1195 ذاتها أن يقدما طلبا مشتركا للقاضي في أجل معقول من أجل التدخل لتعديل العقد.[3]

---

[1] سمح التعديل المتأخر للقانون المدني الفرنسي من الاستفادة بالنصوص الدولية في هذا المجال، حيث أن المادة 3.2.6 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية لليونيدروا كانت حريصة على أن مجرد طلب إعادة التفاوض لا يعطي الحق للطرف المتضرر من الظروف في التوقف عن تنفيذ التزاماته.

The request for "renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance".
UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law
UNIDROIT ,PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS
https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016
consulté le 12/04/2019 a 23h19

[2] ".....En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent ....."

[3] "……ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable……. ".

وبخصوص الطلب المقدم من الأطراف والموجه للقاضي، فإن المادة 54 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية قد فرقت بين الحالة الذي يكون بشكل منفرد إذ يرفع للمحكمة دون إبلاغ الخصم، وبين الطلب المشترك الذي يقدم للقاضي والذي يجب أن يحوي على طلبات الطرفين والنقاط محل الإشكال بينهما.

وتحت طائلة البطلان يجب أن يحتوي الطلب المقدم إلى القاضي على:

- اسم ولقب ومحل إقامة الشخص المقدم الطلب ضده، إذا كان الطلب مقدما من جهة واحدة.
- جميع المستندات التي يستند عليها الطالب.[1]

ثالثا: طلب المدين بصفة فردية من القاضي تعديل العقد أو إنهائه.

إذا لم تجد كل الإجراءات السابقة نفعا، يمكن للمدين كآخر حل أن يقدم طلبا بإرادته المنفردة -دون أن يكون قد اتفق مع الدائن-إلى القاضي من أجل تدخله بعد مرور أجل معقول من عدم توصلهما إلى حل أو اتفاق.

وبعد تقديم هذا الطلب الانفرادي إلى القاضي، يمكن لهذا الأخير إما تعديل التزامات الأطراف مما يرفع الإرهاق عنها، أو يقوم بإنهاء العقد بالتاريخ والشروط التي يحددها. [2]

---

[1] Article 57 du code des procédure civile français (Modifié par Décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019 - art. 1)
"Lorsqu'elle est formée par le demandeur, la requête saisit la juridiction sans que son adversaire en ait été préalablement informé. Lorsqu'elle est remise ou adressée conjointement par les parties, elle soumet au juge leurs prétentions respectives, les points sur lesquels elles sont en désaccord ainsi que leurs moyens respectifs.
Elle contient, outre les mentions énoncées à l'article 54, également à peine de nullité :
-lorsqu'elle est formée par une seule partie, l'indication des nom, prénoms et domicile de la personne contre laquelle la demande est formée ou s'il s'agit d'une personne morale, de sa dénomination et de son siège social ;
-dans tous les cas, l'indication des pièces sur lesquelles la demande est fondée.
Elle est datée et signée. "
Legifrance, le service public de la diffusion du droit.
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070716/LEGISCTA000006135864?etatTexte=VIGUEUR&etatTexte=VIGUEUR_DIFF#LEGISCTA000006135864
consulté le 11/02/2020 a 21h14.

[2] ".....A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe."

الفرع الثالث: تعديل عقود التجارة الدولية بسبب الظروف الطارئة وفق الاتفاقيات والمعاهدات الدولية.

حاول كل من المعهد الدولي لتوحيد القانون الدولي الخاص (اليونيدروا)[1] عن طريق المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عن طريق الأونسيترال[2] والنصوص الصادرة عنها مثل اتفاقية الأمم المتحدة بشأن بيع البضائع الدولية، حاولت بكل الوسائل أن تضع مجموعة من القوانين قصد تسهيل تنفيذ عقود التجارة الدولية وحل كل المشاكل التي يمكن أن تنتج أثناء تنفيذها بما يتماشى مع الطبيعة الخاصة لعقود التجارة الدولية، لعل محاولة تعديل هذه العقود تفاديا لفسخها كان أهمها، وهذا ما سنحاول تبيانه.

أولا: تعديل عقود التجارة الدولية بسبب الظروف الشاقة وفق اليونيدروا.

حاولت اليونيدروا التوفيق بين إرادة الأطراف المتعاقدة والقوة الملزمة للعقود من جهة[3]، وما قد يطرأ أثناء تنفيذ هذه العقود من ظروف شاقة من جهة أخرى.

---

[1] L'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) est une organisation intergouvernementale indépendante dont le siège est à Rome dans la Villa Aldobrandini. Son objet est d'étudier des moyens et méthodes en vue de moderniser, harmoniser et coordonner le droit privé - en particulier le droit commercial - entre des Etats ou des groupes d'Etats et, à cette fin, d'élaborer des instruments de droit uniforme, des principes et des règles.
L'Institut fut créé en 1926 comme organe auxiliaire de la Société des Nations; après la dissolution de celle-ci, il fut reconstitué en 1940 en vertu d'un accord multilatéral, le Statut organique d'UNIDROIT.
Sont membres d'UNIDROIT les Etats qui ont adhéré à son Statut organique. UNIDROIT compte parmi ses membres des Etats des cinq continents représentant divers systèmes juridiques, économiques et politiques, ainsi que des traditions culturelles différentes. UNIDROIT compte 63 Etats membres.
https://www.unidroit.org/fr/presentation/presentation
consulté le 16/02/2019 a 22h32.

[2] La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), créée par la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale des Nations Unies en date du 17 décembre 1966, joue un rôle important dans la mise en place de ce cadre conformément à son mandat qui est d'encourager l'harmonisation et la modernisation progressives du droit commercial international en élaborant des instruments, législatifs ou non, dont elle encourage l'utilisation et l'adoption dans un certain nombre de domaines clefs du droit commercial.
https://uncitral.un.org/fr
consulté le 12/04/2019 a 21h41.

[3] Article 1.3 des PRINCIPES D'UNIDROIT RELATIFS AUX CONTRATS DU COMMERCE INTERNATIONAL "Le contrat valablement formé lie ceux qui l'ont conclu. Les parties ne peuvent le modifier ou y mettre fin que selon ses dispositions, d'un commun accord ou encore pour les causes énoncées dans ces Principes ".
https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016
consulté le 09/04/2020 a 14h23

فيتضح جليا موقف المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بالأخذ بمبدأ القوة الملزمة للعقد في نصوصها المتعلقة بالمبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية لا سيما المادة 1.2.6 منه، حيث نصت على أنه:

" عنما يصبح تنفيذ العقد أكثر كلفة بالنسبة لأحد الأطراف، يظل هذا الطرف ملتزما بتنفيذ التزاماته وفقا للأحكام الواردة أدناه في شأن الظروف الشاقة"[1]

إلا أن مبدأ القوة الملزمة للعقد، لا يعتبر مبدأ مطلق، إذ اشارت المادة إلى تطبيق إجراءات خاصة بالظروف الشاقة، منها تعديل العقد في حال توافرت شروط الظروف الشاقة المذكورة في المادة 2.2.6.

أ- شروط توافر الظروف الشاقة وفق المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص.

كمبدأ عام لا يتأثر الالتزام بالتنفيذ بمجرد تغير الظروف، إذ يجب أن تؤدي هذه الظروف إلى الاخلال بتوازن العقد بشكل جوهري.

وقد يتخذ هذا التأثير مظهرين، يتمثل الأول في زيادة التكاليف على أحد الأطراف عادة ما يكون المدين، والذي يلتزم بتنفيذ غير نقدي كالقيام بعمل أو تقديم خدمات فتؤدي الزيادة الفادحة في أسعار المواد الأولية إلى إرهاق في تنفيذ التزاماته.

والمظهر الثاني قد يتمثل في انخفاض مقابل التنفيذ، إذ يصبح التنفيذ غير ذي قيمة للدائن، كانتفاء الغرض من شراء سلع اشتريت من أجل إعادة تصنيعها وتصديرها إلى دولة معينة بسبب فرض عقوبات اقتصادية على الدولة المراد التصدير إليها مثلا.

1 Article 6.2.1 UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS
"Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship".
UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law
UNIDROIT ,PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS
https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016
consulté le 11/01/2020 a 09h19.

وتنص المادة 2.2.6 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية الصادرة من اليونيدروا على مجموعة من الشروط وجب توافرها من أجل الأخذ بالظروف الشاقة، حيث نصت على أنه:

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

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

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

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

د- أن لا يكون الطرف الذي تعرض لهذه الأحداث قد تحمل بخطر وقوع هذه الظروف".[1]

1- وقوع الأحداث بعد إبرام العقد.

يجب أن يكون الحدث الذي تسبب في إرهاق المدين، وجعل من تنفيذ التزاماته أمرا شاقا قد وقع بعد إبرام العقد، أو علم به بعد إبرامه العقد.

فإذا كانت الأحداث قد وقعت قبل إبرام المدين للعقد ومعلومة لديه، فيكون بوسعه أن يأخذها بعين الاعتبار، أو أن يرفض إبرام العقد إن خشي أن تلحق به تلك الأحداث إرهاقا.

[1] Article 6.2.2 UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS
"There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and
(a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;
(b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;
(c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and
(d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party".
https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016
Consulté le 16/01/2020 a 11h21.

2- عدم التوقع.

لا يكفي حدوث أحداث شاقة بعد إبرام العقد، كي يؤخذ بالظروف الشاقة كسبب من الأسباب التي تؤدي إلى إعفاء المدين من التزاماته، بل يجب أن يستحيل توقع هذه الأحداث.

فإبرام عقد توريد خاص بالنفط بين دولتين بعد اندلاع حرب أهلية في أحد الدول الأطراف أو حتى المحيطة، من المفروض أن يجعل طرفي العقد على دراية بالظروف الممكن حدوثها في المستقبل.

في بعض الأحيان قد لا يكون التغير جذريا ورغم ذلك تكون النتيجة النهائية غير متوقعة وبمثابة ظرف شاق، ومثاله العقد المبرم بين دولتين كانت إحداهما تحت وطأة حرب أهلية، وبعد مدة من إبرام العقد سيطرت قوات منشقة على الحكم، فالظرف كان موجودا ومعلوما قبل إبرام العقد إلا أن سيطرة قوات معارضة على نظام الحكم أمر لم يكن متوقعا.

3- عدم إمكانية السيطرة على الأحداث.

حسب الفقرة **ج** من المادة 2.2.6 فإنه يجب أن تكون الظروف الشاقة التي وقعت، خارجة عن سيطرة الطرف الذي تعرض لها.

فإذا كان بإمكان الطرف الذي تعرض لمثل هذه الظروف السيطرة عليها والذي هو المدين، إلا أنه فضل الانتظار والتعرض للظرف الطارئ من أجل المطالبة بتعديل العقد فلا يؤخذ بذلك.

4- عدم تحمل تبعة المخاطر.

لعل هذا الشرط هو من أهم الشروط الموجودة في عقود التجارة الدولية بخصوص الظروف الشاقة، والتي جاءت مخالفة للتشريع الجزائري الذي منع تحمل تبعة المخاطر، واستبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة، حيث لا يمكن حسب المشرع الجزائري سلب سلطة القاضي في تعديل العقد ولو كان هناك اتفاق مسبق من الطرفين،

فتحمل تبعة الظرف الطارئ ممنوع في القانون المدني الجزائري، وهذا ما أشارت إليه المادة 107 ق.م.ج المتعلقة بالظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري.[1]

وعلى العكس من القانون الجزائري، فإنه حسب الفقرة د من المادة 2.2.6، لا يمكن القول بوجود الظروف الشاقة إذا كان المدين (الطرف المتضرر) قد تحمل أثناء إبرام العقد تبعة تغير الظروف.

ويجب الإشارة إلى أن تحمل تبعة تغير الظروف قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، فتحمل التبعة الصريح هو ذلك الذي يكون بتضمين العقد بندا خاصا ينص على تحمل الأطراف لأي ظروف قد تنشأ بعد إبرام العقد.[2]

وقد يستنتج تحمل المخاطر والظروف الشاقة غير الصريح من طبيعة العقد، حيث أن شركة التأمين التي تطلب أقساطا إضافية من أجل التأمين من حوادث الملاحة الناتجة عن مخاطر الحرب، تتحمل بشكل ضمني تبعة أي ظرف شاق ناتج عن الحروب.[3]

---

[1] بخصوص تحمل تبعة المخاطر تنص المادة 2.2.6 ممن المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية على أنه :
" أن لا يكون الطرف الذي تعرض لهذه الأحداث قد تحمل بخطر وقوع هذه الظروف"
بينما منع المشرع الجزائري في آخر المادة 107 بخصوص إعمال نظرية الظروف الطارئة أي اتفاق بين الأطراف على مخالفة أحكام ا لمادة والتي لم تشر إلى إمكانية تحمل المخاطر بقولها "، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " .
و على غرار اليونيدروا وعلى خلاف المشرع الجزائري ، فإن المشرع الفرنسي مكن الأطراف من إمكانية تحمل المخاطر واستبعادج تطبيق نظرية الظروف الطارئة، حيث نص في المادة 1195 على أنه :
" ... rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque..."

[2] هناك بعض القوانين تمنع ذلك، وتعتبر إعمال نظرية الظروف الطارئة حسب القانون من النظام العام، مثل ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 107 ق.م.ج مثلا.
عكس المشرع الفرنسي في المادة 1195 الذي أعطى للأطراف إمكانية تحمل تغير الظروف، شأنه شأن اليونيدروا في مبادئه المتعلقة بالعقود التجارية الدولية والتي مكنت الأطراف من تحمل المخاطر واستبعاد تطبيق نظرية الظروف الشاقة.

[3] **أمية علوان، محي الدين إسماعيل علم الدين، محمد حسام محمود لطفي،** المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص 223.

ب- تعديل العقد كأثر من آثار الظروف الشاقة وفق اليونيدروا .

إذا ما توافرت الشروط المذكورة أعلاه، فإن المادة 3.2.6 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية لليونيدروا ترتب آثارا معينة للظروف الشاقة من أهمها تطويع العقد بالتعديل بهدف إعادة التوازن.

تنص المادة 3.2.6 من المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية على أنه:

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

2- لا يخول طلب إعادة التفاوض في حد ذاته للطرف المضرور من الظرف الشاق الحق في الامتناع عن التنفيذ.

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

4- إذا توصلت المحكمة إلى توافر الظروف الشاقة، فيمكن لها أن تقضي ما دام ذلك معقولا ، باي مما يلي :

أ)- إنهاء العقد في التاريخ ووفقا للشروط التي يتم تحديدها، أو

ب)- تطويع العقد بالتعديل، بهدف إعادة توازان الأداءات".[1]

ويلاحظ من المادة أن تعديل العقد كان آخر حل تم التطرق إليه، ربما لأن هناك رغبة واضحة في عدم إعطاء سلطة لأي طرف حتى ولو كان قاضيا في التدخل في عقد أبرمه أطراف يعنيها وحدها بنود العقد.

[1] Article 6.2.3 UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS
"(1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.
(2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.
(3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.
(4) If the court finds hardship it may, if reasonable,
(a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or
(b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium".
https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016
Consulté le 14/01/2019 a 13h28.

ولعل هذا الأمر هو الذي دفع بعض المشرعين إلى التردد كثيرا في الأخذ بنظرية الظروف الطارئة مثل المشرع الفرنسي الذي لم يعترف بالنظرية إلا سنة 2016، وحتى لما تم التطرق إلى نظرية الاستحالة كان الفقه يتوقف عند الاستحالة المطلقة كسبب من أسباب فسخ العقد ولا يتم التطرق إلى الاستحالة النسبية (استحالة شخصية أو قانونية أو اقتصادية) إلا نادرا، حيث كان بعض الفقه ينادي بالأخذ بالعقد كله أو تركه كله، إما الفسخ أو التنفيذ.

ويكون تعديل العقد بتطويعه بهدف إعادة التوازن له حسب البند الرابع ب من المادة 3.2.6.

في حالة لم تتوصل الأطراف التي تعرضت لظروف شاقة أثناء مرحلة تنفيذ العقد إلى اتفاق حول إعادة التفاوض، فيمكن توجيه الطلب من أحد الأطراف إلى القضاء الذي يتخذ أمرين اثنين في حالة تأكده من وجود ظروف شاقة، إما إنهاء العقد أو تعديله.

ففي حالة تعديل العقد، ستحاول المحكمة القيام بتوزيع عادل للخسائر بين الأطراف حسب طبيعة الظروف الشاقة.

وفي حال اتخذت المحكمة الإجراء الأخير يمكن أن يكون ذلك عن طريق تعديل الثمن، ومع ذلك ففي حالة محاولة توزيع الخسائر فليس من الضروري تغطية جميع الخسائر التي نتجت عن الظرف الشاق، فمن الممكن للمحكمة مثلا مراعاة ما إذا كان أحد الأطراف يملك من القوة الاقتصادية ما يسمح له برفع الإرهاق بمجرد إجراء بسيط كتأجيل التنفيذ، و ما إذا كان الدائن مازال مستفيدا من التنفيذ.[1]

نلاحظ أن المادة، نصت على أنه: " إذا توصلت المحكمة إلى توافر الظروف الشاقة، فيمكن لها أن تقضي ما دام ذلك معقولا...."

1 أمية علوان وآخرون، مرجع سابق، ص 228.

حيث أن إنهاء العقد أو تطويعه رغم توافر الظروف الشاقة قد لا يكون السبيل الأنسب لإعادة التوازن لالتزامات المتعاقدين، ففي هذه الحالة لا سبيل للمحكمة سوى الطلب من الأطراف مواصلة إعادة التفاوض قصد الوصول إلى أرضية اتفاق أو مواصلة تنفيذ العقد بالصيغة الأولية التي تم إبرامه وفقها.

مثال:

شركة تصدير A تتعهد بتصدير سلعة X إلى الشركة B (مستورد) لمدة 3 سنوات.

بعد سنتين قام البلد أين تتواجد الشركة B بمنع بيع واستهلاك السلعة .X

الشركة B تدفع مباشرة بوجود ظروف شاقة وتطلب من الشركة A إعادة التفاوض على بنود العقد.

الشركة A تعترف بوجود ظروف شاقة إلا أنها ترفض قبول تعديلات العقد المقترحة من قبل الشركة B.

بعد شهر من المفاوضات الغير مجدية، تتوجه الشركة B إلى القضاء.

إذا كان بإمكان الشركة B بيع السلعة X في بلد مجاور حتى إذا كان ذلك بسعر منخفض، فالمحكمة بإمكانها أن تقرر استمرار العقد مع تخفيض ثمن السلعة.

أما إذا لم توجد تلك الإمكانية، فالمحكمة قد تقرر إنهاء العقد، مع أمر الشركة B بدفع ثمن الشحنة الأخيرة من السلعة X التي سبق شحنها والموجودة في الطريق.[1]

[1] **أمية علوان وآخرون**، المرجع السابق، ص 229.

ثانيا: تعديل عقود التجارة الدولية وفق لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (CNUDCI).

وضعت هيئة الأونسيترال مجموعة من القوانين بهدف تلافي أي إشكالات بخصوص عقود التجارة الدولية في عدة مجالات، كالتحكيم التجاري الدولي، الوساطة التجارية الدولية، الإعسار، البيع الدولي للبضائع، .....

فلو أخذنا مثلا اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، نجد أنها لم تتحدث صراحة عن تعديل العقود بسبب الظروف الطارئة، رغم إشارتها إلى عدم مسؤولية أحد الأطراف عن عدم تنفيذ التزاماته إذا كان ذلك بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته.

وفي هذا الشأن تنص المادة 79 من الاتفاقية على أنه:

" لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذا أثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته، وأنه لم يكن من المتوقع بصورة غير معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه".[1]

ويلاحظ أن الاتفاقية تحدثت عن عدم التنفيذ وانعدام مسؤولية الطرف الذي امتنع عن التنفيذ بسبب العائق، فهي في هذه الحالة وإن كانت تقصد الأخذ بنظرية القوة القاهرة، إلا أنه يفهم من إشارتها في ذات المادة إلى إمكانية أن يكون الإعفاء مؤقتا أنها أخذت بالاستحالة النسبية وهي في هذه الحالة أقرب ما تكون إلى الظروف الشاقة أو الظروف الطارئة منه إلى القوة القاهرة.

بالإضافة إلى أن ذات المادة لا تمنع الأخذ بالأحكام الأخرى للاتفاقية والتي نصت على إمكانية التعديل باتفاق الأطراف.

[1] Article 79 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG).
"A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it, or its consequences".
https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg
consulté le 14/03/2020 a 15h32.

حيث نصت المادة 23 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع على أنه:

" 1- يجوز تعديل العقد أو فسخه برضا الطرفين.

2- العقد الكتابي الذي يتضمن شرطا يتطلب أن يكون كل تعديل أو فسخ رضائي كتابة لا يمكن تعديله أو فسخه رضائيا باتباع طريقة أخرى. غير أن تصرف أحد الطرفين يمكن أن يحرمه من التمسك بهذا الشرط إذا كان الطرف الآخر قد اعتمد على التصرف المذكور".[1]

باستقراء المادة 29، نستنتج أن يمكن باتفاق الطرفين تعديل العقد أو فسخه، مع الإشارة إلى أنه في الحالة التي يكون هنالك بند في العقد يشترط أن يكون التعديل أو الفسخ كتابة فلا يمكن التعديل بطريقة أخرى غير الكتابة.

إلا إذا قام طرف بطلب التعديل بطريقة أخرى غير الكتابة وتم قبول ذلك من الطرف الثاني بشكل صريح أو ضمني، فلا يمكن للطرف الأول أن يتحجج بضرورة شرط الكتابة.

وبهذا الخصوص، يمكن تصور عقد لنقل البضائع بين دولتين تعرض لظروف طارئة جعلت من تنفيذه أمرا مرهقا لأحد الأطراف، فيستند المدين على ذلك ويمتنع عن تنفيذ العقد، خصوصا إذا علم أن مسؤوليته ستنتفي، ولن يضطر لتعويض الطرف الآخر إذا أثبت وجود عائق غير متوقع طبقا للمادة 79.

ومن أجل تلافي ذلك، قد يقبل الدائن بالتنازل عن بعض الامتيازات وتطويع العقد بما يسمح للمدين المواصلة في تنفيذه دون تعرضه للإرهاق، فنكون بصدد تعديل للعقد إما كتابه إذا تم اشتراط ذلك في العقد أو حتى دون الكتابة، بل بمجرد إجراء تعديلات كتغيير مكان استلام البضاعة مثلا شفاهة إذا كان مكان التسليم الأولي هو الذي تسبب بجعل تنفيذ العقد أمرا مرهقا كتعرض ميناء التسليم

1 Article 29 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG).
"(1) A contract may be modified or terminated by the mere agreement of the parties.
(2) A contract in writing which contains a provision requiring any modification or termination by agreement to be in writing may not be otherwise modified or terminated by agreement. However, a party may be precluded by his conduct from asserting such a provision to the extent that the other party has relied on that conduct".
https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg
consulté le 15/03/2020 a 11h32.

المتفق عليه في بداية الأمر إلى كارثة طبيعية منعت معه إمكانية استعمال الميناء، أو تعرض البلد لحرب تزداد معه مخاطر التسليم في ذلك البلد، فيتم تعديل العقد باتفاق الطرفين.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة كان باتفاق الطرفين وليس وفق نصوص **cnudci**، إذ يستغل مثلا المدين بنود اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع والتي تعفيه في مادتها 79 من أي مسؤولية عن عدم التنفيذ إذا كان ذلك بسبب عائق خارج عن إراته، فيطلب من الدائن الاتفاق على تعديل العقد أو سيمتنع عن التنفيذ.

الفرع الرابع: دور القاضي في تعديل عقود التجارة الدولية بسبب تغير الظروف.

أخشى ما يخشاه فقهاء القانون بصفة عامة، وبالأخص أصحاب القانون الدولي وفي المجال الاقتصادي بصفة أكثر، هو تدخل القاضي في العقد، لذلك يأتي دوره في تعديل العقد في المرحلة الأخيرة.

تعطى الفرصة للأفراد من أجل إعادة التفاوض وتعديل العقد وحتى إنهائه بالشروط التي يريانها عادلة لهما وفي حالة عدم إمكانية ذلك يمكن للقاضي أن يتدخل ليس من تلقاء نفسه، بل بطلب من الطرف المتضرر والذي يكون المدين منطقيا.

تنص المادة 107 ق.م.ج على أنه : " .....جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

ويتضح من المادة أن للقاضي دورا بارزا في إعادة التوازن للعقد في حال عدم توصل أطراف العقد لذلك، وإن كانت المادة 107 لم تشر إلى إمكانية تعديل العقد من قبل الأفراد، إلا أن الشروط العامة للعقد وبقية المواد التي وردت في القانون المدني لاسيما المادة 106 ق.م.ج تشير صراحة إلى إمكانية تدخل الأفراد لتعديل العقد أو إنهائه في إطار ما يسمى بالتقايل.[1]

[1] أنظر الصفحة 183 بخصوص معالجة المشرع الجزائري للعقد الذي يختل توازنه بسبب الظروف الطارئة، حيث تطرقت عدة مواد بصفة عامة لامكانية تعديل العقد باتفاق الطرفين طبقا للمادة 106 ق.م.ج في إطار التقايل وإمكانية تعديل العقد، رغم أن المادة 107 في معرض حديثها عن الظروف الطارئة منعت مخالفة أحكام المادة.

رغم أن اعتراف المشرع الفرنسي بنظرية الظروف الطارئة جاء متأخرا إلا أنه قد أوضح بشكل دقيق كيفية تدخل القاضي قصد تعديل رفع الإرهاق الواقع على التزامات الأطراف، حيث أعطى الفرصة أولا للأطراف المتعاقدة في إيجاد مخرج للعقد المرهق، أين يمكن للمدين إذا رأى تعرضه لإرهاق أن يطلب من الدائن إعادة التفاوض حول العقد، مع مواصلة تنفيذه للعقد طيلة فترة التفاوض.

وفي حالة رفض الدائن ذلك أو في حال فشل المفاوضات، يمكن للطرفين معا الاتفاق على إنهاء العقد بالتاريخ والشروط التي يحددانها، أو أن يطلبا من القاضي التدخل من أجل تعديل العقد.

وكآخر مرحلة، وفي حالة عدم توصل الأطراف إلى اتفاق في أجل معقول، يمكن للطرف المتضرر أن يطلب تدخل القاضي والذي يكون بمقدوره إما تعديل العقد أو إنهائه في التاريخ وبالشروط التي يحددها.[1]

وبخصوص دور القاضي في تعديل العقد أو إنهائه بسبب الظروف الطارئة، كان للمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص نفس الرأي.

تنص المادة 3.2.6 بخصوص الظروف الشاقة في فقرتها الرابعة:

"إذا توصلت المحكمة إلى توافر الظروف الشاقة، فيمكن لها أن تقضي مادام ذلك معقولا، باي مما يلي:

أ- إنهاء العقد في التاريخ ووفقا للشروط التي يتم تحديدها، أو

ب- تطويع العقد بالتعديل، بهدف إعادة توازن الأداءات ".[2]

---

[1] Art 1195(Modifié par L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 entré en vigueur au 1 octobre 2016) dispose :

" Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe".

[2]Article 6.2.3 UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS

يلاحظ من المواد التي تم ذكرها أن كلا من المشرع الجزائري والفرنسي والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص أعطوا إمكانية للقاضي من أجل التدخل لتعديل العقد، وإن كان المشرع الفرنسي واليونيدروا قد بينوا بوضوح أن تدخل القاضي لا يكون إلا كآخر مرحلة في حالة فشل المفاوضات ومحاولات تعديل العقد من قبل الأطراف، أما المشرع الجزائري أعطى للقاضي مباشرة سلطة تعديل العقد بل ومنع اتفاق الأطراف على خلاف ذلك، لكن هذا لا يمنع اتفاق الأفراد فيما بينهم على تعديل العقد باراتهما المشتركة طالما أن مواد القانون المدني تسمح بذلك. [1]

ولعل وجه الخلاف حول سلطة القاضي في تعديل العقد بين النصوص القانونية المذكورة أعلاه، هو أن المشرع الجزائري منع كل اتفاق يسلب القاضي سلطته في تعديل العقد، بقوله "ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".[2]

وبخلاف المشرع الجزائري الذي منع اتفاق الأطراف على استبعاد تدخل القاضي في حالة الظروف الطارئة، نجد أن كلا من اليونيدروا والمشرع الفرنسي كان لهما رأي آخر.

فمن خلال الاطلاع على شروط الظروف الشاقة في المادة 2.2.6 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية نجد أن من جملة الشروط عدم وجود اتفاق يتحمل فيه المدين خطر وقوع الأحداث، تحت ما يعرف بتحمل تبعة المخاطر، إذ نصت المادة على أنه: " تتوافر الظروف الشاقة إذا ..... ويتعين توافر ما يلي:

د- أن لا يكون الطرف الذي تعرض لهذه الأحداث قد تحمل وقوع هذه الظروف".[3]

"(4) If the court finds hardship it may, if reasonable,
(a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or
(b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium ".
https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016
consulté le 14/02/2020 a 17h23.

1 تنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري على أن :" العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

2 الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق، المادة 107.

3 Article 6.2.2 UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS
"There is hardship where .....
(d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party".
https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016
consulté le 11/01/2020 a 14h32.

وانتهج المشرع الفرنسي نفس المنوال، بخصوص إمكانية استبعاد دور القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة، أو عدم الأخذ بالنظرية أصلا إذا قبل الأطراف تحمل تبعة المخاطر التي قد تنتج عن الظروف الطارئة.

وبهذا الخصوص أشارت المادة 1195 إلى ذلك بوضوح، عندما نصت على أنه من أجل إعمال نظرية الظروف الطارئة وإمكانية تدخل القاضي يجب ألا يكون هناك اتفاق بتحمل تبعة المخاطر [1]

أولا: مغايرة دور القاضي في تعديل العقد.

الأصل أن القاضي له دور في تفسير عبارات العقد لا تعديل هذا الأخير، طبقا لمبدأ سلطان الإرادة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وهذا ما نصت عليه المادة 106 ق.م.ج والمادة 1.3 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية.[2]

ولعل ما أخر المشرع الفرنسي في الاعتراف بنظرية الظروف الطارئة إلى غاية 2016، هو خشية استعمال القاضي لسلطته في تعديل العقد والحيلولة محل رغبة الأطراف.

---

[1] Art 1195(Modifié par L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 entré en vigueur au 1 octobre 2016) dispose :
"……rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque….. "
Legifrance, le service public de la diffusion du droit.
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070716/LEGISCTA000006135864?etatTexte=VIGUEUR&etatTexte=VIGUEUR_DIFF#LEGISCTA000006135864
consulté le 09/01/2020 a 22h14.

2 تنص المادة 3.1 من المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية على أنه :
" إن العقد الذي أبرم صحيحا يلزم أطرافه، ولا يجوز تعديل ا لعقد أو إنهائه إلا وفقا لما ورد فيه من أحكام أو بالاتفاق أو بأي طريق آخر ورد بيانه في هذه المبادئ".
" A contract validly entered into is binding upon the parties. It can only be modified or terminated in accordance with its terms or by agreement or as otherwise provided in these Principles ".
https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016
consulté le 03/01/2020 a 11h32.

ويقصد بالمغايرة تجاوز مهمة القاضي الأساسية، وهي تفسير عبارات العقد وإنزال حكم القانون عليها لتصبح له مهمة جديدة تتمثل في تعديل العقد في إطار ما جد من ظروف أثرت على التزام أحد الطرفين بالإرهاق.[1]

فالقاضي عند وجود الظروف الطارئة وتحقق شروطها يصبح له دور جديد لم يكن معروفا به، وهو إمكانية تعديل العقد من أجل معالجة آثار الظروف الطارئة.

وحتى لا يكون تدخل القاضي سببا في الاخلال بالقوة الملزمة للعقود، أعطت المبادئ المتعلقة بالتجارة الدولية الإمكانية للأطراف أثناء إبرام عقودهم الاتفاق على تحمل مخاطر الظروف الشاقة من أجل استبعاد دور القاضي في تعديل العقد لاحقا في حال توافرت شروط الظرف الشاق.

وغالبا ما يفضل أطراف العقد التجاري الدولي اللجوء إلى شرط إعادة التفاوض أو التحكيم واستبعاد اللجوء إلى القضاء الذي يكون كآخر حل.

وتكمن العلة في إعطاء القاضي سلطة تعديل العقد في الحفاظ على ذات العقد من الفسخ أو الإبطال في حالة حدوث ظروف طارئة أثرت على توازن العقد، ضف إلى ذلك فإن المشرع لا يستطيع توقع كل الظروف التي قد تنشأ بعد إبرام العقد، لذلك فضل إعطاء سلطة للقاضي في تعديل العقد إذا ما حدثت تلك الظروف بعد إبرام العقد، من أجل الحفاظ على العقد وتوزيع الأعباء على أطراف العقد، وهذا أقصى ما يصبوا إليه الأطراف أثناء التعاقد، بينما أثناء تنفيذ العقد قد يدعي الدائن بالقوة الملزمة للعقد من أجل استفادته من الظروف الطارئة وتحميل المدين مشقة كل الظروف، وهنا يكمن دور القاضي في تعديل الأداءات، بالإضافة إلى أن تدخله يأتي غالبا في المرحلة الأخيرة لما يعجز طرفي العقد عن إيجاد سبيل لمواصلة تنفيذ العقد.

---

1 محمد محيي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 416.

ثانيا: حدود سلطة القاضي في تعديل العقد التجاري الدولي المختل بسبب الظروف الطارئة.

رغم إمكانية تدخل القاضي من أجل تعديل عقود التجارة الدولية بسبب الظروف الطارئة، سواء كان ذلك التدخل وفق القوانين الداخلية طبقا لأحكام القانون الدولي الخاص[1] أو في إطار اتفاقيات دولية، فإن تلك السلطة لم تترك مطلقة بل تم تقييدها بعدة ضوابط وحدود، منها:

أ- تقدير القاضي لوجود الظروف الطارئة.

نصت المادة 3.2.6 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية في فقرتها الرابعة على أنه:" إذا توصلت المحكمة إلى توافر الظروف الشاقة، فيمكن للقاضي –مادام ذلك معقولا ....."[2]

كما نصت المادة 107 ق.م.ج على أنه: " .....جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ...."[3].

فيتضح مما سبق أنه على القاضي مراعاة الظروف المحيطة بالعقد، والتأكد من أن هذه الظروف قد أخلت فعلا بتوازن العقد والأداءات المتقابلة للأطراف مما يستدعي تدخله.

وقد ركزت نصوص المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية على تبيان ماهية هذه الشروط، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 2.2.6 بخصوص تعريف الظروف الشاقة بقولها:

1 أنظر بخصوص القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي في حالة الظروف الطارئة الصفحة 109.

2 Article 6.2.3 UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS
"……If the court finds hardship it may, if reasonable,…… "
https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016
consulté le 18/01/2020 a 14h13.

3 الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني.مرجع سابق، المادة 107.
راجع **الملحق رقم 04** المتعلق بقرار المحكمة العليا المتعلق بقضية (د.ح) ضد المجلس الشعبي لبلدية عين الباردة حول دور القاضي في رفع الإرهاق ورد الالتزام إلى الحد المعقول بسبب الظروف الطارئة.

"تتوافر الظروف الشاقة إذا وقعت أحداث تخل بصورة جوهرية بتوازن العقد إما بدفع تكاليف التنفيذ على أحد الأطراف، وإما بخفض قيمة ما يتلقاه أحد الأطراف....."[1]

فعلى القاضي أن يتأكد من توافر أحد الأمرين على الأقل:

1- زيادة تكاليف أحد الأطراف :

إذا أدت الظروف الشاقة إلى زيادة تكاليف التزام أحد الأطراف بصفة جوهرية، والذي عادة ما يكون هو المكلف بالالتزام، كالارتفاع الفاحش في أسعار المواد الأولية مثلا فهنا تتوافر ظروف شاقة في الأداء.

2- انخفاض مقابل الأداء :

قد يكون التغير جوهريا، إذا ما كانت الفائدة التي يتلقاها الشخص قليلة مقابل ما قام به، وقد يعود ذلك للتضخم الذي يصيب الأسعار، فيصبح السعر المتفق عليه أثناء التعاقد لا يغطي المقابل الحقيقي للأداء.

وقد يرجع الانخفاض في مقابل الأداء الى انتفاء الغرض الذي من أجله كان التنفيذ مطلوبا، كتأثير حظر سلع تم شراؤها من أجل تصديرها فتم حظر تصديرها، فتصاب التزامات المتعاقد بإرهاق نتيجة ذلك.[2]

[1] Article 6.2.2 UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS
"…… There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished,,…… "
https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016
consulté le 11/04/2020 a 17h13.

2 **أمية علوان وآخرون**، مرجع سابق، ص 220.

ب- رفع الإرهاق الناتج عن الظروف الشاقة :

يكمن دور القاضي بعد تقديره لوجود ظروف طارئة أخلت بتوازن العقد، في رفع الإرهاق الواقع على أحد الأطراف ومحاولة توزيعه بصفة عادلة بين طرفي العقد.

فالدائن عادة ما يفضل مواصلة التنفيذ نتيجة زيادة هوامش الربح التي يستفيد منها بسبب تغير الظروف، بينما يصاب المدين بخسارة فادحة نتيجة ذلك، فيسارع إلى طلب تعديل العقد طواعية قبل الدائن في إطار إعادة التفاوض أو يجبره على ذلك بتدخل من القاضي.

فرفع الإرهاق قد يكون عن طريق تعديل الثمن مثلا، أو إعطاء مدة للمدين من أجل تنفيذ التزاماته، خاصة إذا كانت الظروف الشاقة مؤقتة، ومثال ذلك إعطاء القاضي مهلة إضافية للمقاول الذي تعهد بتسليم بناء بتاريخ معين إلا أن الارتفاع الفاحش لأسعار مواد البناء جعل من تسليم البناء في التاريخ المحدد أمر جد مكلف له، فإذا اتضح للقاضي أن هذه الظروف مؤقتة وتناهى إلى علمه أنها ستزول عن قريب لقرب فتح باب الاستيراد للمواد المعنية جاز له إعطاء مهلة إضافية لتسليم البناء.[1]

وإذا ما اتضح للقاضي أن الأزمة ستطول، فبإمكانه عوض إعطاء أجل للمدين من أجل تسليم المبنى أن يقوم بتوزيع فارق الزيادة في الأسعار بين المتعاقدين، مع الإشارة إلى أن التوزيع ليس بالضرورة أن يكون متساو أو يعادل قيمة ما خلفته الظروف الطارئة، بل يجب على القاضي الأخذ بعين الاعتبار أن المدين كان بإمكانه توقع زيادة معينة يتحملها بالإضافة إلى ضرورة التحقق من أن الدائن مازال في إمكانه أن يستفيد من هذا التنفيذ،[2] فرفع الإرهاق يمر حتما عبر إجراءين اثنين:

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 528.
2 أمية علوان وآخرون، مرجع سابق، ص 228.

1- رفع الإرهاق عن طريق إنقاص إلتزامات المدين.

قد يكون رفع الإرهاق عن طريق إنقاص التزامات الطرف الذي أرهقت التزاماته، والذي يمكن أن يتم عبر الإنقاص في الكمية أو النوعية.

أ- الإنقاص في الكمية:

كمثال عن ذلك، قد تلتزم دولة معينة بتوريد كمية معتبرة من النفط إلى دولة أخرى، فتتعرض بعض الحقول إلى كارثة طبيعية (فيضانات، زلازل .....) أو بشرية (حروب....) فيصبح بسببها التزام الدولة المصدرة بضمان توريد الكمية المتفق عليها أمرا جد مكلف ومرهق، فيتدخل القاضي لإنقاص الكمية مثلا إلى الحد الذي تستطيع معه الدولة المصدرة ضمان تموين الدولة المتعاقد معها، فتصبح ملتزمة بالكمية التي حددها القاضي.

ب- الانقاص في الكيف (النوعية) :

قد يعدل القاضي ليس في الكمية المتفق عليها بل في النوعية أو الكيف، كأن تتعرض ليس حقول الدولة المتعهدة بالتموين إلى ظروف طارئة بل مصافي التكرير، فيصبح تموين المتعاقد معه بنفط مكرر أمرا مرهقا، فيتدخل القاضي من أجل تعديل العقد، بأن تمول الدولة المصدرة الدولة الأخرى بنصف النفط مكررا والنصف الآخر خاما، مع رد فارق السعر الخاص بالنفط الغير مكرر بما أن الطرف الآخر قد دفع سعرا خاص بالنفط المكرر.

2- رفع الإرهاق عن طريق زيادة التزامات الطرف المقابل :

قد يكون تدخل القاضي من أجل رفع الإرهاق ليس في إنقاص التزامات المدين، بل في زيادة التزامات الدائن، بحيث يتحمل الدائن جزء من الزيادة الغير متوقعة في أسعار المواد الأولية مثلا، أما المدين فيتحمل الجزء الآخر من الزيادة الغير متوقعة بالإضافة إلى الزيادة المتوقعة بهدف تحقيق نوع من التوازن الاقتصادي.[1]

سواء كان تدخل القاضي بإنقاص التزامات المدين أو زيادة التزامات الدائن، فلا يوجد فرق كبير بينهما طالما أن النتيجة واحدة، وهي تخفيف الإرهاق الواقع على المدين عن طريق إنقاص التزاماته أو الجزء الغير مألوف منها، وقد يكون هذا الإنقاص في الكمية أو النوعية.

كما قد يكون رفع الإرهاق عن طريق زيادة التزامات الدائن، كدفع تعويض نقدي أو عيني للمدين.

يجب مراعاة أنه يجب على المدين تحمل الجزء الأكبر من تبعة الإرهاق، فهو يتحمل الإرهاق المألوف كالزيادة الممكن توقعها في أسعار المواد الأولية، ثم بعد ذلك يتقاسم الجزء الغير متوقع من الإرهاق مع الدائن، فهو بالتالي يتحمل جزء من الإرهاق غير المألوف وغير المتوقع بالإضافة إلى الإرهاق المتوقع كاملا.

---

[1] قد يطرح رفع الإرهاق عن طريق زيادة التزامات طرف ما إشكالا، لاسيما إذا لاحظنا أن نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري باللغة الفرنسية نصت على لفظ **إنقاص**، **réduire**

" le juge peut, suivant les circonstances et après avoir prise en considération les intérêt des parties, **réduire**, dans une mesure raisonnable , l'obligation devenus excessive. Tout convention contraire est nulle. "

فالمادة 3.2.6 من اليونيدروا كانت أدق حيث نصت على تطويع العقد بالتعديل.

"Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship peut, s'il l'estime raisonnable:

.....; ou

adapter le contrat en vue de **rétablir l'équilibre** des prestations".

والمشرع الفرنسي هو الآخر كان دقيقا في اختيار ألفاظه حيت نص بصريح العبارة على مراجعة العقد بنص في االمادة 1195 على أنه:

Art 1195(Modifié par L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 entré en vigueur au 1 octobre 2016) dispose:

"Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse ..... le juge peut, à la demande d'une partie, **réviser** le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe".

وفي حالة زيادة التزامات الدائن، غالبا ما يكون مخيرا بين الموافقة على تلك الزيادة من أجل تفادي فسخ العقد، أو رفض تحمل أي زيادة والدفع بفسخ العقد نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته العقدية، وكذا عدم التوصل إلى اتفاق يرضي الطرفين.

والقاضي أثناء تعديله لالتزامات الأطراف يأخذ بالإرهاق الحال، والتعديل يتعلق بالالتزامات القائمة أو في طريق التنفيذ، أما الالتزامات التي تم تنفيذها فلا سبيل لمراجعتها مهما كان مقدار الإرهاق الذي أصابها طالما أنه تم تنفيذها، كما لا يأخذ القاضي بالإرهاق الممكن حدوثه.[1]

وفي حال لم تجد كل هذه الوسائل من أجل تعديل العقد نفعا، بأن تم رفض التعديلات أو أن يرفض الدائن زيادة التزاماته أو ألا يكون هناك إمكانية تسمح للمدين من مواصلة تنفيذ التزاماته، فلا يكون هناك من سبيل إلا فسخ العقد[2]، وهذا أخشى ما يخشاه المتعاملون في مجال عقود التجارة الدولية، لذلك يتجهون غالبا إلى إعادة التفاوض أو التحكيم من أجل تفادي فسخ العقد.

---

1 رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة، عرض لفكرة ملاءمة العقد للظروف الاقتصادية، مرجع سابق، ص 66.

[2] Art 1195(Modifié par L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 entré en vigueur au 1 octobre 2016) dispose:

"Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse ..... le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y **mettre fin**, à la date et aux conditions qu'il fixe."

Article 6.2.3 PRINCIPES D'UNIDROIT RELATIFS AUX CONTRATS DU COMMERCE INTERNATIONAL

" En cas de hardship,…….

4) Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship peut, s'il l'estime raisonnable:

a) **mettre fin au contrat** à la date et aux conditions qu'il fixe; ou..... ."

https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016 consulté le 12/01/2020 a 00h54.

المبحث الثاني: العائق وفق اتفاقية فيينا كوسيلة لمعالجة استحالة تنفيذ العقد التجاري الدولي.

بخلاف المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص الذي تعرض إلى نظرية الظروف الطارئة بصفة واضحة تحت اسم الظروف الشاقة (**hardship**) [1]فإن اتفاقية فيينا لم تتعرض إلا إلى الحالة التي يكون فيها التنفيذ مستحيلا بصفة مطلقة، وإن كان ذات الاتفاقية قد تعرضت إلى الاستحالة الموقتة حين أشارت إلى وقف تنفيذ العقد طيلة فترة العائق إذا كان مؤقتا.

فاليونيدروا في المادة 3.2.6 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية قد نص إضافة إلى الظروف الشاقة على ضرورة احترام الأطراف لالتزاماتهم التعاقدية، بالإضافة إلى التفصيل في الإجراءات الممكن اتخاذها في سبيل التخفيف من وطأة الظروف الشاقة كإعادة التفاوض، إنهاء العقد، تطويع العقد وتعديله بهدف إعادة التوازن.

وعلى العكس من اليونيدروا، لم تتطرق اتفاقية فيينا والمعروفة باتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع بصفة واضحة وصريحة إلى مسألة الظروف الطارئة، إذ جعلت من استحالة التنفيذ سببا في فسخ العقد، مستبعدة إمكانية تعديل العقد رغم تطرقها إلى الاستحالة المؤقتة التي تسمح بتوقيف تنفيذ العقد ريثما تزول الظروف التي استحال معها تنفيذ العقد.

من أجل معالجة ذلك سيتم التطرق إلى مفهوم العائق بصفة دقيقة وفق اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، بالإضافة إلى تبيان الفرق بين العائق والظروف الطارئة ومختلف حالات العائق وكذا شروط تحققه **(مطلب أول)**، ثم بعد ذلك سيتم تبيان آثار العائق على عقود التجارة الدولية من وقف للتنفيذ وانتفاء للمسؤولية جراء عدم التنفيذ وصولا إلى فسخ العقد التجاري الدولي **(مطلب ثان).**

[1] Article 6.2.1 UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS
"…… Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, …… on **hardship**……. "
https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016
consulté le 02/02/2020 a 14h02.

ومن أجل التفصيل في هذا المبحث، تم تقسيمه إلى مطلبين:

المبحث الثاني: العائق وفق اتفاقية فيينا كوسيلة لمعالجة استحالة تنفيذ العقد التجاري الدولي.

- المطلب الأول: مفهوم العائق وفق اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع.
- المطلب الثاني: آثار العائق على عقود التجارة الدولية.

المطلب الأول: مفهوم العائق وفق اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع.

بالرجوع إلى المادة 79 من اتفاقية فيينا نجد أنها تحدثت عن الإعفاء من المسؤولية تحت عنوان الإعفاءات في الفرع الرابع من الفصل الخامس، التي تتضمن أحكاما مشتركة تنطبق على التزامات البائع والمشتري، وربطت الإعفاء بوجود عائق "empêchement"[1].

وسيتم توضيح المقصود بالعائق وفق اتفاقية فيينا **(فرع أول)**، ثم بعد ذلك سيتم توضيح الفرق بين العائق ونظرية الظروف الطارئة **(فرع ثان)**.

ليتم بعد ذلك تبيان صور العائق، حيث قد يكون العائق دائما وبصورة كلية أو جزئية، كما قد يكون العائق مؤقتا **(فرع ثالث)**، ليتم اختتام المطلب بتبيان الشروط الواجب توافرها في العائق وفق اتفاقية فيينا **(فرع رابع)**.

وقد تم تقسيم المطلب إلى أربعة فروع هي:

المطلب الأول: مفهوم العائق وفق اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع.

- الفرع الأول: تعريف العائق.

[1] Article 79 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG).
"……..A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an **impediment** beyond his control and ……..".
https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg
consulté le 03/02/2020 a 16h42.

- الفرع الثاني: الفرق بين العائق ونظرية الظروف الطارئة.
- الفرع الثالث: صور العائق وفق اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي لبلبضائع.
- الفرع الرابع: شروط العائق.

الفرع الأول: تعريف العائق.

أعفت المادة 79 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع[1] الأطراف في حالة عدم تنفيذهم لالتزاماتهم من المسؤولية، إذا كان سبب عدم التنفيذ يعود إلى ظروف خارجية، واستعملت الاتفاقية للإشارة إلى هذه الظروف مصطلح عائق.

تنص المادة 79 من اتفاقية فيينا على أنه:

" لا يسال أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته، إذا أثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته، وأنه 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 "[2]

[1] United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG)
Date of adoption: 11 April 1980
Entry into force: 1 January 1988
The purpose of the CISG is to provide a modern, uniform and fair regime for contracts for the international sale of goods. Thus, the CISG contributes significantly to introducing certainty in commercial exchanges and decreasing transaction costs.
The CISG is the result of a legislative effort that started at the beginning of the twentieth century. The resulting text provides a careful balance between the interests of the buyer and of the seller. It has also inspired contract law reform at the national level.
The adoption of the CISG provides modern, uniform legislation for the international sale of goods that would apply whenever contracts for the sale of goods are concluded between parties with a place of business in Contracting States. In these cases, the CISG would apply directly, avoiding recourse to rules of private international law to determine the law applicable to the contract, adding significantly to the certainty and predictability of international sales contracts.
https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg
consulté le 03/03/2020 a 14h23.

[2]Article 79 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne,1980) (CVIM).
" Une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences".
https://uncitral.un.org/fr/content/convention-des-nations-unies-sur-les-contrats-de-vente-internationale-de-marchandises
consulté le 04/03/2020 a 15h25.

يتضح من المادة أن مصطلح العائق هو أقرب ما يكون إلى القوة القاهرة المستعملة لدى التشريعات التي تأخذ بالنظام اللاتيني كفرنسا والجزائر، force majeur أو مصطلح الاستحالة في أقصى درجاتها، أي الاستحالة المطلقة أو ما يسمى انهيار العقد la frustration في النظم الأنجلوساكسونية.

حيث أن العائق أو القوة القاهرة أو انهيار العقد لا تعطي سلطة للأطراف أو القاضي في تعديل العقد بل تعفي الطرف الذي لم ينفذ التزاماته بسبب هذا العائق من تحمل أي مسؤولية.

ويشبه العائق في آثاره محتوى المادة 307 ق.م.ج، هذه الأخيرة تعفي أيضا المدين من أي التزام أذا أثبت أن الوفاء أصبح مستحيلا لسبب أجنبي خارج عن إرادة المدين.[1]

فالأونسيترال كما المشرع الجزائري، جعلوا من القوة القاهرة التي يكون تنفيذ العقد معها مستحيلا أمرا معف من الالتزام.

إلا أن الخلاف بين النصين هو أن اتفاقية فيينا أخذت بالاستحالة الدائمة وكذا الاستحالة المؤقتة، وأوضحت ذلك في الفقرة الثالثة من المادة 79 بنصها على أنه:

" يحدث الإعفاء المنصوص عليه في المادة أثره خلال المدة التي يبقى فيها العائق قائما".[2]

فالقوة القاهرة المقصودة في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع هي أقرب منها للاستحالة النسبية منها إلى الاستحالة المطلقة، وبالتالي قد تقترب في آثارها إلى الظروف الطارئة التي لا تجعل من تنفيذ العقد أمرا مستحيلا بل مرهقا أو على الأقل مستحيلا لفترة معينة.

1 تنص المادة 307 ق.م.ج على أنه:
" ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته"

[2] Article 79/3 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne,1980) (CVIM).
" L'exonération prévue par le présent article produit effet pendant la durée de l'empêchement. ".
https://uncitral.un.org/fr/content/convention-des-nations-unies-sur-les-contrats-de-vente-internationale-de-marchandises
Consulté le 04/03/2020 a 16h13.

وحسب العائق المنصوص عليه في المادة 79 من اتفاقية الأمم المتحدة، فيجوز استبعاد العمل به إذا اتفق الأطراف على ذلك، فباستقراء المادة 06 من ذات الاتفاقية نجد أنها تجيز للأطراف استبعاد تطبيق هذه الاتفاقية أو أحد نصوصها أو تعديل آثاره. [1]

ويشبه إمكانية استبعاد العائق ما تحدث عنه المشرع الجزائري بخصوص القوة القاهرة، لما أقر بجواز الاتفاق على تحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة.[2]

الفرع الثاني: الفرق بين العائق ونظرية الظروف الطارئة.

إذا كان المشرع الجزائري قد قبل استبعاد القوة القاهرة باتفاق الأطراف وعدم العمل بها، فإنه منع ذلك بخصوص الظروف الطارئة.[3]

وعلى العكس من ذلك فإن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، خلال معرض حديثه عن الشروط الواجب توافرها من أجل الأخذ بنظرية الظروف الشاقة اشترط عدم كون أحد الأطراف قد قبل تحمل وقوع هذه الظروف، وإلا استبعد العمل بالظروف الشاقة وحمل الطرف الذي قبل بها تبعة ذلك، فتنص المادة 2.2.6 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية على أنه:

" تتوافر الظروف الشاقة إذا وقعت أحداث تخل بصورة جوهرية بتوازن العقد .....ويتعين توافر مايلي:

---

[1] Article 06 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne,1980) (CVIM).
" Les parties peuvent exclure l'application de la présente Convention ou, sous réserve des dispositions de l'article 12, déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets.".
https://uncitral.un.org/fr/content/convention-des-nations-unies-sur-les-contrats-de-vente-internationale-de-marchandises
consulté le 04/03/2020 a 16h51.

2 تنص المادة 178 ق.م.ج على أنه :" يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة"

3 تنص المادة 107 ق.م على أنه :" ... غير أنه إدا طرأت حوادث استثنائية .... جاز للقاضي وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، **ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك**".

د- أن لا يكون الطرف الذي تعرض لهذه الأحداث قد تحمل بخطر وقوع هذه الظروف".[1]

وهو نفس ما أخذ به المشرع الفرنسي مؤخرا، عندما اعتمد نظرية الظروف الطارئة واشترط عدم قبول أحد الأطراف لتحمل المخاطر، ما يعني بمفهوم المخالفة أنه بالإمكان الاتفاق على استبعاد نظرية الظروف الطارئة وتحمل أحد الأطراف للمخاطر الممكن حدوثها.[2]

ووجه الشبه بين كل من العائق حسب اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع ونظرية الظروف الطارئة " la théorie de l'imprevision" حسب المشرعين الفرنسي والجزائري، ونظرية الظروف الشاقة hardship حسب المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية للمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص يكمن في كونها ناتجة عن أحداث خارجة عن إرادة الأطراف المتعاقدة وغير متوقعة.

فالعائق يعود إلى ظروف خارجية عن إرادة المتعاقدين ينفي عنهم المسؤولية إذا لم يكن متوقعا وقت انعقاد العقد ولم يكن هناك إمكانية لتجنبه، حسب المادة 79 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع.

بينما تعرف الظروف الطارئة حسب المشرع الجزائري وأغلبية الأنظمة بأنها حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي صار مرهقا للمدين،[3] وهو نفس ما ذهبت إليه نظرية الظروف الشاقة التي وضعها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية.

---

[1] Article 6.2.2 UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS
"There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract …..…… and …….
(d) the risk of the events was not **assumed** by the disadvantaged party. "
https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016
consulté le 02/02/2020 a 18h02.

[2] Art 1195(Modifié par L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 entré en vigueur au 1 octobre 2016) dispose :
" Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait **pas accepté d'en assumer le risque**, celle-ci peut .....".

3 وهذا ما ذهبت إليه المادة 107 من التقنين المدني الجزائري.

فوجه الشبه بينهما هو عنصر الخارجية وعدم التوقع، ومكمن الاختلاف هو أن العائق يجعل من الالتزام أمرا مستحيل التنفيذ إما بصفة دائمة أو مؤقتة، بينما الظروف الطارئة أو الشاقة لا تجعل من تنفيذ الالتزام أمرا مستحيلا بل مرهقا مع وجود إمكانية لتنفيذه.

كما أن الإرهاق أمر نسبي، يختلف من متعاقد لآخر، فما يعد إرهاقا لمتعاقد قد لا يعد كذلك لمتعاقد آخر، ولو كانت نفس الظروف.[1]

ضف إلى ذلك فإن الإرهاق حال توافر شروطه يعطي للقاضي إمكانية التدخل والحلول محل الأطراف المتعاقدة من أجل تعديل العقد، وهذا ما ترفضه العديد من الدول جملة وتفصيلا، أين قبلت إعفاء المدين من المسؤولية إذا كان التنفيذ مستحيلا، ورفضت الأخذ بالظروف الطارئة التي قد تكون مطية للعديد من الأطراف من أجل التحلل من التزاماتهم فضلا عن فتح المجال أمام تدخل طرف ثالث-القاضي- للتدخل في العقد دون الأخذ بنية ورغبة الأطراف المتعاقدة وقت إبرام العقد.

وهذا ما دفع باتفاقية فيينا إلى استبعاد الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، رغم أن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص أخذ بنظرية الظروف الطارئة تحت مسمى الظروف الشاقة.

ولعل الأطراف المساهمة في وضع كل من الاتفاقيتين قد تأثروا ببعض الأعراف والمبادئ التي تختلف من نظام لآخر، ما انعكس على نصوص الاتفاقيتين.[2]

---

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، مرجع سابق، ص 876.

2 جاء في المذكرة التفسيرية لأمانة الأونسيترال حول اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع في الفقرة الثالثة من المقدمة:

وفور اعتماد الاتفاقيتين تقريبا، كان هناك نقدُ واسع الانتشار لأحكامهما على اعتبار أنهما تعكسان أساسًا الأعراف القانونية والواقع الاقتصادي لأوروبا الغربية القارية، وهي المنطقة التي أسهمت أنشط إسهام في إعدادهما.

ونتيجة لذلك، كان من أولى المهام التي اضطلعت بها الأونسيترال لدى تشكيلها في عام 1968 أن تستعلم من الدول عما إذا كانت تنوي التمسك بهاتين الاتفاقيتين وأسباب مواقفها. وعلى ضوء الردود التي وردت، قررت الأونسيترال أن تدرس الاتفاقيتين بغية التحقق من ماهية التعديلات التي يمكن أن تجعلهما أهلا للقبول على نطاق أوسع من جانب البلدان ذات الأنظمة القانونية والاجتماعية والاقتصادية المختلفة.

وكانت نتيجة هذه الدراسة هي اعتماد مؤتمر دبلوماسي عقد في 11 نيسان/ أبريل 1980 لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، التي جمعت موضوعي الاتفاقيتين السابقتين.

حيث نجد أن الدول التي تتبع النظام الأنجلوساكسوني والنظام الجرماني لها قابلية أكثر للأخذ بنظرية الظروف الطارئة كصورة واسعة للاستحالة كالاستحالة الاقتصادية، رغم أنه مؤخرا أخذت أكثر الدول تبعية للنظام اللاتيني كفرنسا تعترف رويدا رويدا بنظرية الظروف الطارئة ولعل تعديل القانون المدني بموجب الأمر 2016-131 ونص المادة 1195 على الظروف الطارئة تحت مصطلح l'imprévision أقوى دليل على ذلك.[1]

ونستنتج في الأخير أن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص أخذ بالإرهاق كظرف طارئ تحت مسمى الظروف الشاقة، ومكن بتوافره من تعديل التزامات الأطراف التعاقدية، بينما لم تأخذ اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع بالظروف الطارئة تحت أي مسمى كان، حيث لما تطرقت إلى إعفاء المدين من المسؤولية في المادة 79 قصدت الاستحالة في التنفيذ وفقط، رغم أنها تطرقت إلى الاستحالة المؤقتة إلا أنها رتبت عنها توقيف مؤقت لتنفيذ العقد ريثما تزول الاستحالة المؤقتة ولم تعطي للأطراف إمكانية تعديل العقد قصد رفع الإرهاق.

والسؤال المطروح في هذه الحالة، هو مالعمل في حال تعرض أطراف العقد إلى ظروف طارئة جعلت من تنفيذ العقد مرهقا وليس مستحيلا.

نرى أن الحل يكمن في تفعيل قواعد القانون الدولي الخاص، إذ تشير المادة 07 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع إلى أنه:

" المسائل التي تتعلق بالموضوعات التي تتناولها هذه الاتفاقية والتي لم تحسمها نصوصها، يتم تنظيمها وفقا للمبادئ العامة التي أخذت بها الاتفاقية، وفي حال عدم وجود هذه المبادئ، تسري أحكام القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص".[2]

---

[1] Art 1195(Modifié par L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 entré en vigueur au 1 octobre 2016) dispose :
" Si un **changement de circonstances imprévisible** lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse .....".

[2] Article 7 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG).
"Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private -international law" .
https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg
Consulté le 04/02/2020 a 14h42.

مثال:

نزاع وقع بين شركتين خاضعتين لاتفاقية فيينا أحداهما فرنسية مع الإشارة إلى أن النظام القانوني للدولة الثانية يأخذ بنظرية الظروف الطارئة. إذا تمسك الطرف الثاني بتطبيق نظرية الظروف الطارئة، بينما رفض الطرف الفرنسي ذلك مفضلا إجبار الطرف الآخر على تنفيذ العقد واستبعاد أي تدخل من القاضي أو غيره من أجل تعديل العقد.

فالحل هنا بما أن الاتفاقية لم تتطرق للظروف الطارئة، ووفقا للمادة 07 يتم الأخذ بقواعد القانون الدولي الخاص، فإذا كان قانون الدولة الثانية هو المختص للفصل في النزاع أخذ بالظروف الطارئة، وإذا اتضح أن القانون الفرنسي هو المختص، هنا وجب أن نميز بين حالتين:

إذا كان العقد قد أبرم قبل 30 سبتمبر 2016 فلا يأخذ بالظروف الطارئة لتعديل العقد، وإذا كان العقد قد أبرم ابتداء من 01 أكتوبر 2016 فيتم الأخذ بنظرية الظروف الطارئة بما أن المادة 1195 وفق التعديل الذي تم بموجب الأمر 2016-131 المعدل للقانون المدني الفرنسي قد دخلت حيز التنفيذ ابتداء من الفاتح من أكتوبر 2016، فقبل هذا التاريخ لم يكن المشرع الفرنسي يعترف بنظرية الظروف الطارئة.

الفرع الثالث: صور العائق وفق اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع.

باستقراء المادة 79 من اتفاقية فيينا يتضح أنها ميزت بين العائق الدائم الذي يؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية بصفة نهائية، وبين العائق الذي يؤدي إلى إعفاء مؤقت محدد ببقاء العائق قائما.

أولا: العائق الدائم.

تنص المادة 79 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع إلى أنه:

" لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذا أثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته وأنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد ....."[1]

فالطرف الذي يخل بأحد التزاماته نتيجة حدث مفاجئ خارج عن إرادته ولم يكن ممكنا توقعه أثناء إبرام العقد يعفى من أي مسؤولية نتيجة إخلاله بالعقد.

وقد يحدث أن يتم إعفاء أحد الطرفين من التزاماته ليس بسبب عائق يصيبه هو، بل أن العائق يصيب شخصا آخر لم يكن طرفا في العقد لكن تم تكليفه من أحد المتعاقدين بتنفيذ جزء من العقد أو تنفيذه كله، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 79 من اتفاقية فيينا على أنه:

" إذا كان عدم تنفيذ أحد الطرفين نتيجة لعدم تنفيذ الغير الذي عهد إليه بتنفيذ العقد كلا أو جزءا فإن ذلك الطرف لا يعفى من التبعية إلا إذا:

أ- أعفي منها بموجب الفقرة السابقة.

ب- كان الغير سيعفى من المسؤولية فيما لو طبقت عليه أحكام الفقرة المذكورة".[2]

ويستخلص من الفقرة المذكورة أعلاه أنه بالإضافة إلى كون أن تعرض الغير إلى عائق يعفي الطرف المتعاقد الذي له علاقة بهذا الغير من المسؤولية، فإن العائق قد يكون كليا أو جزئيا.

[1] Article 79 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG).
" A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it, or its consequences...." .
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf
consulté le 05/02/2020 a 16h42.

[2] Article 79/2 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG).
"……. If the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if:
(a) he is exempt under the preceding paragraph; and
(b) the person whom he has so engaged would be so exempt if the provisions of that paragraph were applied to him....." .
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf
consulté le 05/02/2020 a 17h02.

أ- العائق الكلي:

العائق الكلي، هو ذلك الذي يصيب أحد الأطراف المتعاقدة في أداء التزاماته بصفة كلية، كهلاك البضائع قبل تسليمها من المدين للدائن بسبب ظروف خارجية لا يد له فيها ولم يكن يتوقعها.

كما أن العائق الكلي قد يصيب الغير، فإذا تعاقد الأطراف مثلا على توريد سلعة معينة من الشخص **أ** إلى الشخص **ب**، ثم بعد ذلك عهد الشخص **أ** إلى شخص **ج** بالقيام بالعمل وتنفيذه، فتعرض إلى عائق كلي، فالإعفاء يطال بالتعدي المتعاقد **أ** المدين أيضا.

ب- العائق الجزئي:

قد يكون العائق جزئيا في حالة التعاقدات القابلة للتجزئة لطبيعتها، كعقد توريد البضائع الذي يتم على دفعات، أو العقد الدوري الذي ينفذ كل شهر مثلا على مدرا عدة سنوات.

فالعائق الذي يظهر في فترة معينة يعفي المدين من المسؤولية بسبب عدم تنفيذ الالتزامات التي نشأت بعد تاريخ ظهور العائق ولا تعفيه من المسؤولية الناتجة عن عدم تنفيذ الالتزامات السابقة لظهور العائق.

كما أن العائق قد يكون جزئيا إذا عهد أحد المتعاقدين إلى الغير بتنفيذ جزء من العقد، وأصاب العائق أحدهما فقط (المدين أو الغير) فالعائق هنا يكون جزئيا فقط، إذ يتم إعفاء الطرف الذي تعرض له بالمقدار الذي أثر فيه العائق.

ثانيا: العائق المؤقت.

نصت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، على الحالة التي يكون فيها الإعفاء من المسؤولية عن عدم التنفيذ محدد المدة، حيث لا يكون الإعفاء دائما ونهائيا، بل لمدة معينة طيلة بقاء العائق قائما، ليتوجب على المدين تنفيذ التزاماته بمجرد زوال العائق.

وفي هذا الشأن تنص المادة 79 من اتفاقية فيينا في فقرتها الثالثة على أنه:

" يحدث الإعفاء المنصوص عليه في هذه المادة أثره خلال المدة التي يبقى فيها العائق قائما".[1]

فالعائق في هذه الحالة أشبه ما يكون بالاستحالة المؤقتة في التنفيذ الذي تعرفه دول (الكومن لو) تحت مفهوم frustration.

وقد نصت المادة 7.1.7 من المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية في فقرتها الثانية على الحادث المؤقت بقولها:

"إذا كان الحادث مؤقتا فحسب، فيظل الإعفاء منتجا لأثره خلال مدة معقولة يراعى فيها أثر الحادث على تنفيذ العقد"[2]

الفرع الرابع: شروط العائق.

وضعت اتفاقية فيينا مجموعة من الشروط لابد من توافرها كي يتم الأخذ بالعائق كسبب من أسباب نفي المسؤولية على المدين الذي يستحيل عليه تنفيذ التزاماته بسبب العائق.

تنص المادة 79 في فقرتها الأولى على أنه:

" لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته، إذا أثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب **عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته"**

وأضافت ذات المادة على: " وأنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن **يأخذ العائق في الاعتبار وقت** انعقاد العقد".

[1] Article 79/3 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG).
"……
3)- The exemption provided by this article has effect for the period during which the impediment exists....." .
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf
consulté le 05/02/2020 a 18h13.

[2] Article 6.2.2 UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS
"When the impediment is only temporary, the excuse shall have effect for such period as is reasonable having regard to the effect of the impediment on the performance of the contract".
https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016
Consulté le 06/02/2020 a 09h12.

كما أضافت: " ..... أو أن يكون بإمكانه **تجنبه أو تجنب عواقبه** أو التغلب عليه أو على عواقبه".

لتضيف المادة في الأخير: " يجب على الطرف الذي لم ينفذ التزاماته أن يوجه **إخطارا إلى الطرف الآخر بالعائق** وأثره في قدرته على التنفيذ، وإذا لم يصل ....." [1]

ومن المادة يمكن أن نلخص شروط العائق التي يجب توافرها من أجل إعفاء المدين من التزاماته فيما يلي:[2]

أولا: وجود عائق خارج عن إرادة المتعاقد المتضرر.

لا يكفي وجود العائق كي تنتفي مسؤولية المدين عن عدم تنفيذه لالتزاماته، بل يجب ألا يكون للمدين يد في وقوع الحادث.

وأوضحت المادة 79 ذلك لما نصت على أنه:" ... كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته"

فإذا كان الحادث الذي تسبب في استحالة تنفيذ العقد بفعل المدين، فإنه في هذه الحالة يكون مسؤولا بسبب اخلاله بالتزاماته التعاقدية.

وبخصوص المجال الذي تخضع إليه الاتفاقية، يجب توضيح أنها تسري على عقود البيع والحقوق والالتزامات التي تنتج عن عقود البيع بين كل من البائع والمشتري، إذ تنص المادة الرابعة من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع على أنه:

---

[1] Article 79 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne,1980) (CVIM).
" 1) Une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est **due à un empêchement indépendant de sa volonté** et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, **qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences**.
paragraphe lui étaient appliquées.....
La partie qui n'a pas exécuté **doit avertir l'autre partie de l'empêchement** et de ses effets sur sa capacité d'exécuter..... ".
https://uncitral.un.org/fr/content/convention-des-nations-unies-sur-les-contrats-de-vente-internationale-de-marchandises
consulté le 19/03/2020 a 19h13.

[2] **مروك أحمد**، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2015، ص 97.

" يقتصر تطبيق هذه الاتفاقية على تكوين عقد البيع والحقوق والالتزامات التي ينشئها هذا العقد لكل من البائع والمشتري"[1].

ففي حالة استحالة تنفيذ العقد بفعل أحد الطرفين، يكون هذا الأخير مسؤولا مسؤولية عقدية طبقا للمادة 04 التي تشير بوضوح إلى أن الاتفاقية تختص بالحقوق والالتزامات التي ينشئها العقد.

ولا يسري العائق وفق اتفاقية فيينا الذي قد يدفع به البائع من أجل دفع المسؤولية عنه إذا نتج عن ذلك إصابات جسمية أو وفاة لأي شخص بسبب البضائع.

وتنص في عدم سريان اتفاقية فيينا على مسؤولية البائع الناتجة عن الوفاة أو إصابات جسمية المادة 05 على أنه:

" لا تسري أحكام هذه الاتفاقية على مسؤولية البائع الناتجة عن الوفاة أو الإصابات الجسمية التي تحدث لأي شخص بسبب البضائع" [2]

وباختصار فإنه من أجل الاخذ بالعائق يجب توافر ما يلي:

- وجود عائق.
- عدم وجود علاقة بين العائق والطرف المتضرر.
- لا يسري العائق وفق الاتفاقية إذا أدى إلى وفاة أو إصابة جسيمة لأي شخص.

ثانيا: العائق غير متوقع.

تنص المادة 79 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع على أنه:

[1] Article 04 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG). "This Convention governs only the formation of the contract of sale and the rights and obligations of the seller and the buyer arising from such a contract. In particular, except as otherwise expressly provided in this Convention,....." https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf consulté le 20/03/2020 a 09h23.

[2] Article 04 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG). " This Convention does not apply to the liability of the seller for death or personal injury caused by the goods to any person.,"..... https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf consulté le 20/03/2020 a 09h45.

" .....لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد ....."

ولم تعرف الاتفاقية المقصود بعدم التوقع بخصوص العائق، إلا أنه من الواضح حسب المادة أنها اتخذت معيارا شخصيا لعدم التوقع وحصرته بذلك في الأطراف المتعاقدة، وهذا ما يظهر من قولها: ".... أن يأخذ العائق...."، وهذا ما يعاب على الاتفاقية، إذ كان من الأفضل الأخذ بمعيار موضوعي متعلق بالظروف المحيطة بالعقد وفق أسس موضوعية، فكان بالإمكان صياغة المادة بالطريقة الآتية:

لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار أو يأخذها شخص آخر في نفس الظروف بعين الاعتبار.

وقد أخذت اتفاقية لاهاي بالمعيار الموضوعي في تحديد مسؤولية الأطراف الناشئة بسبب ظروف خارجية، حيث نصت في المادة 1/74 على أنه:

" إذا أثبت 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 أن يتجنبها أو يتغلب عليها، فإذا لم تتضح مقاصد الطرفين، فالعبرة بما كان يقصده أشخاص عقلاء من نفس الصفة لو وجدوا في ظروف مماثلة".[1]

ورغم أن اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع أخذت ظاهريا بالمعيار الشخصي للمتعاقدين، لتحديد طبيعة العائق الذي تنتج عنه المسؤولية والإعفاء منها، إلا أنها أضافت عبارة "لم يكن من المتوقع بصورة معقولة "، فكلمة معقولة هنا يمكن أن يفهم منها أنه يجب على عدم التوقع أن يكون معقولا كي يتم الأخذ به، فلا يكفي لأحد الأطراف أن يدعي عدم توقعه للعائق وأن لا يد له به كي يؤخذ به، فعدم التوقع المعقول هنا يمكن أن ينظر إليه وكأن واضعوا الاتفاقية أخذوا هنا بمعيار موضوعي أكثر منه شخصي.

والعائق الذي يؤخذ به، هو العائق الذي يحدث بعد إبرام العقد، لأنه إذا كان العائق موجودا أثناء إبرام العقد أو قبله فرغم أنه عائق جدي إلا أنه يصبح متوقعا بما أنه قد وقع قبل التعاقد أو أثناءه.

[1] **محسن شفيق**، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص 252.

فالاتفاقية نصت على أنه:" لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد ...."

ثالثا: عدم القدرة على تجنب العائق.

نصت المادة 79 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع على أنه:

" لا يسأل ....بسبب عائق ...وأنه لم يكن متوقع .....أو يكون بإمكانه تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه".[1]

فمن المادة يتضح أنه لا يكفي وجود عائق غير متوقع لنفي المسؤولية عن أحد الأطراف، بل يجب عليه أن يثبت عدم قدرته على تجنبه، وعلى الدائن أن يثبت عكس ذلك، بأن يثبت إمكانية تجنب المدين للعائق.

ويكون تجنب العائق ليس بدفع العائق نفسه-فهذا يكون مستحيل في جل الأحوال- بل بتجنب عواقبه حسب ما تمت الإشارة إليه في المادة 79 والتغلب عليها، فيكون ذلك مثلا بإمكانية الوفاء بوسيلة أو طريقة أخرى رغم وجود العائق الغير متوقع، كما سنوضحه في المثال أدناه.

وكمثال على تجنب العائق، صدور قانون غير متوقع يمنع التداول بعملة أجنبية معينة بسبب عقوبات اقتصادية، فتجنب العائق من المدين المشتري يتمثل في الوفاء بعملة أخرى مساوية للعملة الأولى من حيث القيمة السوقية والاقتصادية، فلا يتحجج المدين المشتري بهذا العائق الغير متوقع من أجل دفع المسؤولية عنه، فرغم كون العائق غير متوقع إلا أنه يمكن تجنب عواقبه.[2]

نفس الأمر إذا كان العائق يمس البائع، فالبائع الذي يتعاقد مع ناقل معين لشحن البضاعة المتفق عليها مع المشتري، بإمكانه استبدال الناقل الذي يتعرض لعائق معين يمنعه من الإبحار، فرغم أن المادة 79 تسمح لأحد الأطراف أن يتحجج بالعائق إذا مس طرف ثالث عهد إليه بجزء من الالتزام، إلا أنه يمكن للمشتري أن يثبت إمكانية تجنب البائع عواقب العائق باستبدال الناقل إذا

---

[1] Article 79 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne,1980) (CVIM).
" qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences".
https://uncitral.un.org/fr/content/convention-des-nations-unies-sur-les-contrats-de-vente-internationale-de-marchandises
consulté le 20/03/2020 a 11h11.

2 مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 103.

كان ذلك ممكنا، ولا يرتب زيادة في الالتزامات على عاتق البائع، كأن يتم نقل البضاعة برا عوض نقلها بحرا كما كان متفق عليه بادئ الأمر بسبب عدم سلامة النقل البحري لأسباب أمنية أو طبيعية مثلا.

فيجب أن يتسبب العائق في عدم إمكانية المدين الوفاء بالتزاماته، فوجود العائق بحد ذاته لا يعفي من المسؤولية إلا إذا لم يوجد أي سبيل آخر لتجنب عواقب العائق.

فإذا كان العائق لا يجعل من التنفيذ أمرا مستحيلا بل فقط أمرا مرهقا وأكثر كلفة، فلا مجال لإعمال المادة 79 من أجل نفي المسؤولية عن المدين، حيث أن اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع تحدثت عن العائق الذي يجعل من التنفيذ أمرا مستحيلا، سواء كانت الاستحالة دائمة أو استحالة مؤقتة.[1]

ولم تشر الاتفاقية إلى الحالة التي يكون فيها التنفيذ مرهقا، لذلك في هذه الحالة بالإمكان العودة إلى قواعد القانون الدولي الخاص التي قد تحيل إلى قانون داخلي يأخذ بنظرية الظروف الطارئة، وهذا ما تشير إليه المادة السابعة من الاتفاقية في فقرتها الثانية بنصها على أنه في:

" المسائل التي تتعلق بالموضوعات التي تتناولها هذه الاتفاقية والتي لم تحسمها نصوصها، يتم تنظيمها وفقا للمبادئ العامة التي أخذت بها الاتفاقية، وفي حالة عدم وجود هذه المبادئ، تسري أحكام القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص".[2]

فالعائق المشار إليه في الاتفاقية هو أقرب منه إلى القوة القاهرة ونظرية الاستحالة.

[1] Moisan pierre, Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux, les cas de force majeure et, d'imprévision, les cahiers de droit, vol 35, n°2, juin 1994, p 322.

[2] Article 07 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne,1980) (CVIM).
"Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon
les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé".
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/v1056998-cisg-f.pdf
consulté le 21/03/2020 a 15h21.

رابعا: توجيه إخطار بعدم التنفيذ.

نصت المادة 79 في الفقرة الرابعة على أنه:

" يجب على الطرف الذي لم ينفذ التزاماته أن يوجه إخطار إلى الطرف الآخر بالعائق وأثره في قدرته على التنفيذ. وإذا لم يصل الإخطار إلى الطرف الآخر خلال مدة معقولة بعد أن يكون الطرف الذي لم ينفذ التزاماته قد علم بالعائق أو كان من واجبه أن يعلم به، فعندئذ يكون مسؤولا عن التعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم استلام الإخطار المذكور ".[1]

يتضح من المادة أعلاه، أن الإخطار الذي يوجهه المدين الذي توقف عن تنفيذ التزاماته أمر ضروري جدا كي ينفي المدين المتوقف عن تنفيذ التزاماته أي مسؤولية، وأي تأخر في الإخطار ينجم عنه التعويض اللازم لذلك.

فالإخطار الذي يوجهه المدين إلى الدائن، يتضمن أساسا إعلاما موجها إلى الدائن يفيد بوجود عائق يستحيل معه تنفيذ التزاماته مع إرفاق ذلك بوثائق تثبت هذا الأمر، خاصة إذا كانت الأطراف قد اتفقت على أن أي توقف عن التنفيذ بسبب وجود عائق معين يجب أن يكون مرفقا بأدلة صادرة عن جهة رسمية مثلا.

وبخصوص الإخطار، فإن تأخر الإخطار الذي يوجهه المدين بوجود عائق لا يسقط حقه في إعفائه من المسؤولية بل يترتب عليه تعويضات جراء التأخر في الإخطار بوجود العائق الغير متوقع .

فالإخطار الذي يصل متأخرا إلى البائع (الدائن)المكلف بتوريد سلع معينة إلى المشتري (المدين) الذي يخبر فيه الدائن بوجود عائق يمنعه من دفع الثمن، بسبب إهمال من المدين، ينتج عنه تحمل

[1] Article 79/4 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne,1980) (CVIM).
"La partie qui n'a pas exécuté doit avertir l'autre partie de l'empêchement et de ses effets sur sa capacité d'exécuter. Si l'avertissement n'arrive pas à destination dans un délai raisonnable à partir du moment où la partie qui n'a pas exécuté a connu ou aurait dû connaître l'empêchement, celle-ci est tenue à des dommages-intérêts du fait de ce défaut de réception".
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/v1056998-cisg-f.pdf
consulté le 22/03/2020 a 11h21.

المدين المسؤولية عن الشحنة التي خرجت متوجهة إلى مكان التسليم المتفق عليها في العقد مع انتفاء المسؤولية عن الشحنات التي تم تصديرها بعد الإخطار.

كما يمكن أن يتضمن الإخطار حلولا مقترحة من المدين، كأن يقترح تعديل العقد تعديلا طفيفا كتغيير عملة الوفاء إذا كانت هي السبب في العائق مثلا، أو تغيير ميناء الاستلام إذا كان الميناء الأول سببا في العائق لتعرضه لكوارث طبيعية أو إنسانية كحرب مثلا، والدائن يبدي رأيه في ذلك، فنكون أمام ثلاث حالات:

الحالة الأولى: تعديل العقد.

إذا لم تشر مواد اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع إلى إمكانية تعديل العقد بسبب تغير الظروف، فإن هذا لا يمنع اتفاق طرفي العقد على تعديل العقد بإرادتهما المشتركة، خاصة أن المادة 06 من الاتفاقية تجيز استبعاد تطبيق الاتفاقية أو أي نص من نصوصها.

تنص المادة 06 من الاتفاقية على أنه:

" يجوز استبعاد تطبيق هذه الاتفاقية، كما يجوز لهما فيما عدا الأحكام المنصوص عليها في المادة 12، مخالفة نص من نصوصها أو تعديل آثاره".

وتنص المادة 29 من الاتفاقية على جواز تعديل العقد من قبل الأفراد أو فسخه طالما كان ذلك بإرادتهما المشتركة، حيث تنص المادة على أنه:

" يجوز تعديل العقد أو فسخه برضا الطرفين"[1]

[1] Article 06 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne,1980) (CVIM).
" Les parties peuvent exclure l'application de la présente Convention ou, sous réserve des dispositions de l'article 12, déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets. ".

Article 29 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne,1980) (CVIM).
" Un contrat peut être modifié ou résilié par accord amiable entre les parties.. ".
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/v1056998-cisg-f.pdf
consulté le 22/03/2020 a 16h32.

فيمكن للدائن أن يقبل اقتراحات المدين بتعديل الالتزامات، أو أن يقدم اقتراحاته هو من أجل تغيير العقد بصورة يتمكن الطرفين من تنفيذ التزاماتهما.

الحالة الثانية: وقف تنفيذ العقد مؤقتا.

تنص المادة 79 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع على أنه:

" يحدث الإعفاء المنصوص عليه في هذه المادة أثره خلال المدة التي يبقى فيها العائق قائما".[1]

يمكن للطرفين إذا اتضح لهما أن العائق مؤقت، أن يتفقا على وقت تنفيذ العقد لمدة معينة قد يحددانها بـ 06 أشهر أو سنة مثلا، أو يتم ربط تحديد المدة بزوال العائق، أو الاتفاق على وقف التنفيذ لسنة واحدة، وإذا لم يزل العائق يتم فسخ العقد مثلا.

الحالة الثالثة: إعلان الدائن فسخ العقد.

في حالة ما إذا استمر العائق لفترة طويلة، أو تمسك المدين بعدم إمكانية الوفاء بالتزاماته بسبب العائق، فالمادة 79 تعفيه من المسؤولية الناتجة عن إخلاله بالتزاماته بسبب العائق.

في هذه الحالة يمكن للدائن أن يتمسك بالعقد وإلزام المدين بالتنفيذ أو يعلن فسخ العقد إذا لم ينفذ المدين التزاماته، فالمادة 79 تعفي المدين من المسؤولية فقط ولا تحميه من فسخ العقد، حيث أن الفقرة الأخيرة من المادة 79 تنص على أنه:

" ليس في هذه المادة ما يمنع أحد الطرفين من استعمال أي من حقوقه الأخرى خلاف طلب التعويضات وفقا لأحكام هذه الاتفاقية".[2]

---

[1] Article 06 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne,1980) (CVIM).
"L'exonération prévue par le présent article produit effet pendant la durée de l'empêchement".
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/v1056998-cisg-f.pdf
consulté le 22/03/2020 a 18h32.

[2] Article 79/5 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne,1980) (CVIM).
" Les dispositions du présent article n'interdisent pas à une partie d'exercer tous ses droits autres que celui d'obtenir des dommages-intérêts en vertu de la présente Convention. ".
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/v1056998-cisg-f.pdf
consulté le 22/03/2020 a 19h32.

مع الإشارة إلى أن إعلان الفسخ بدوره، يجب أن يحدث بإخطار موجه للطرف الآخر، حيث تنص المادة 26 من الاتفاقية على أنه:

" لا يحدث إعلان فسخ العقد أثره إلا إذا تم بواسطة إخطار موجه إلى الطرف الآخر".[1]

المطلب الثاني: آثار العائق على عقود التجارة الدولية.

بعد توضيح مفهوم العائق، وأنواعه، وشروط توافره وفق اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، سنوضح أدناه آثار توافر العائق وفق الاتفاقية.

فاتفاقية الأمم المتحدة بعدم حديثها عن نظرية الظروف الطارئة، تركت فراغا عمليا بحدوث حالات تطلب ليس فسخ العقد وإنما مجرد تعديله.

ويمكن تشبيه وقف تنفيذ العقد حسب المادة 79 من اتفاقية فيينا لفترة محددة إذا كان العائق مؤقتا بالظروف الطارئة، إلا أن هذا في حقيقة الأمر أشبه إلى الاستحالة المؤقتة الذي أخذت به الدول التي تتبع النظام الأنجلوساكسوني.

لذلك سنحاول جرد مختلف الآثار الناتجة عن العائق وفق اتفاقية الأمم المتحدة، محاولين التمييز بين العائق الدائم والعائق المؤقت، وبين مجرد وقف تنفيذ العقد وبين فسخه بصفة نهائية.

حيث سيتم التطرق إلى وقف التنفيذ بسبب العائق **(فرع أول)**، ثم الإعفاء من المسؤولية عن عدم التنفيذ **(فرع ثان)**. لنعرج في الأخير إلى الحديث عن فسخ العقد بسبب العائق **(فرع ثالث).**

وقد تم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع على النحو التالي:

[1] Article 26 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne,1980) (CVIM).
" Une déclaration de résolution du contrat n'a d'effet que si elle est faite par notification à l'autre partie ".
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/v1056998-cisg-f.pdf
consulté le 22/03/2020 a 23h19.

المطلب الثاني: آثار العائق على عقود التجارة الدولية.

- الفرع الأول: وقف تنفيذ العقد الدولي بسبب العائق.
- الفرع الثاني: الإعفاء من مسؤولية عدم التنفيذ.
- الفرع الثالث: فسخ العقد بسبب العائق.

الفرع الأول: وقف تنفيذ العقد الدولي بسبب العائق.

تنص المادة 79 في فقرتها الثالثة على أنه:

" يحدث الإعفاء المنصوص عليه في هذه المادة أثره خلال المدة التي يبقى فيها العائق قائما".[1]

أولا: تعريف وقف تنفيذ الالتزام.

لا يؤدي العائق وفق المادة 3/79 إلى انقضاء الالتزام بل يبقى الالتزام قائما إلا أن التنفيذ يتوقف مؤقتا طيلة بقاء العائق.

ويعرف وقف تنفيذ الالتزام بأنه:" حالة تجعل العقد قائما، مع وقف تنفيذه بصفة مؤقتة"[2]

ولا يتم وقف التنفيذ بسبب العائق إلا إذا كان العائق مؤقتا، ذلك أنه في حالة كون العائق دائم فلا مجال ولا جدوى لوقف التنفيذ بل يتم إعفاء المدين من أي مسؤولية مع الأخذ ببقية الإجراءات من قبل الدائن كطلبه فسخ العقد.

[1] Article 79/3 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG). "…….. The exemption provided by this article has effect for the period during which the impediment exists". https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf Consulté le 03/03/2020 a 11h42.

[2] **حسام الدين كامل الأهواني**، النظرية العامة للالتزام، ج 1، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، مصر، 1955، ص 386.

ويشبه وقف التنفيذ الذي أخذت به اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع في حالة حدوث العائق المؤقت موقف المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في مبادئه المتعلقة بالعقود التجارية الدولية لما تحدث عن الحادث المؤقت في حالة القوة القاهرة، حيث نصت المادة 7.1.7 في فقرتها الثانية على أنه:

" إذا كان الحادث مؤقتا فحسب، فيظل الإعفاء منتجا لأثره خلال مدة معقولة يراعى فيها أثر الحادث على تنفيذ العقد".[1]

وكان هدف اليونيدروا شبيها بهدف الأونسيترال بخصوص العائق أو الحادث الموقت وهو تفادي فسخ العقود التجارية الدولية قدر الإمكان لضمان استقرار المعاملات على الصعيد الدولي، مع الأخذ بعين الاعتبار ضرورة عدم الإضرار بمصالح الدائن.

فإذا كان وقف التنفيذ يحقق بالدرجة الأولى مصلحة المدين بإعفائه من المسؤولية ولو مؤقتا في حالة العائق المؤقت، فإن الوقف أيضا قد يكون في مصلحة الدائن في توقي فسخ العقد متى صاحبت مجموعة من الشروط وقف التنفيذ.

ثانيا: شروط وقف تنفيذ الإلتزام.

كي يتم توقيف تنفيذ العقد، يجب أن يكون العائق مؤقتا، فلا يتصور أن يكون هناك وقف لتنفيذ العقد إذا اكان العائق دائما، بالإضافة إلى ضرورة مراعاة عدم تأثر مصالح الدائن بوقف التنفيذ، حيث لا يجب أن يكون ميعاد التنفيذ عنصرا جوهريا في العقد.

1- أن يكون العائق مؤقتا ومعلوم المدة.

إذا كانت المادة 79 من اتفاقية فيينا قد نصت على عدم مسؤولية الطرف عن عدم تنفيذ التزاماته طيلة مدة العائق، فإنها لم توضح طول تلك المدة.

[1] Article 7.1.7 UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS
"3)- When the impediment is only temporary, the excuse shall have effect for such period as is reasonable having regard to the effect of the impediment on the performance of the contract.. "
https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016
consulté le 02/04/2020 a 22h02.

وعلى العكس من ذلك، فقد كان اليونيدروا أكثر وضوحا بخصوص الحادث المؤقت، وإن لم يحدد المدة بدقة ولكن اشترطت المادة 7.1.7 من المبادئ العامة للعقود التجارية الدولية مدة معقولة (raisonnable)، يتم فيها إعفاء المدين من المسؤولية بسبب الحادث المؤقت.

ويمكن إرجاع عدم تحديد اتفاقية فيينا في المادة 79 لفترة معينة يكون العائق فيها قائما لإعفاء المسؤولية لكون العائق أمر غير متوقع، لذلك فلا يمكن توقع المدة التي يظل فيها قائما.

وإن كان هذا الأمر صحيحا نسبيا فإنه لا يعقل أن يظل الإعفاء المؤقت ساري المفعول لمدة طويلة، لذلك إذا كان العائق المؤقت غير معلوم المدة فإنه لابد على الأقل تقدير مدته.

فالعائق الذي يكون بسبب سوء الأحوال الجوية غير الموسمية[1] يمكن توقع انتهائه بعد فترة وجيزة، عكس الحرب التي تندلع بصفة مفاجئة ولا تظهر أي بوادر بأن تحط أوزارها، فهنا يمكن اعتبار العائق غير معلوم المدة، وبالتالي لا مجال لإعمال العائق المؤقت بل يصبح عائقا دائما رغم أن الحرب قد تنتهي في أي لحظة لكن تاريخ انتهائها غير معلوم، فالعبرة في العائق ليس بالضرورة قصر المدة بل يكفي أن تكون المدة غير معلومة ليصبح العائق دائما ولو زال بعد ذلك بفترة وجيزة.

2- عدم تأثر العقد بطول مدة وقف التنفيذ.

الغاية من وقف تنفيذ العقد بسبب العائق هو محاولة التوفيق بين مصلحة الأطراف المتعاقدة من جهة وضمان استمرار واستقرار المعاملات من جهة أخرى، فلا يجب أن يؤثر طول مدة العائق على طبيعة العقد ولا على مصلحة الدائن في الاستفادة من العقد.

وقد أكدت المادة 7.1.7 في الفقرة الثانية من المبادئ العامة للعقود التجارية الدولية على ضرورة مراعاة أثر الحادث المفاجئ على تنفيذ العقد بقولها:

1 إذا كان العائق راجعا لسوء أحوال موسمية فيفترض عدم إعمال المادة 79 لأنها تتحدث عن العائق الذي يعود لظروف خارجية غير متوقعة، بينما سوء الأحوال الجوية الموسمية أمر متوقع.

"..... يراعى فيها أثر الحادث على تنفيذ العقد..... "[1]

فلا مجال لوقف تنفيذ العقد مؤقتا، إذا كان ذلك يتعارض مع طبيعة العقد، كالعقد الذي ينصب حول ثمار موسمية مثلا، فوقف تنفيذ العقد يعني بالضرورة انتظار الموسم الموالي، وهذا يتعارض مع العقد أين يعد الميعاد عنصرا جوهريا في هذه الحالة.

ويظهر الميعاد كعنصر جوهري يعطي للدائن الحق في فسخ العقد في عدة مواد من اتفاقية فيينا، كنص المادة 64، إذ تنص على أنه:

" يجوز للبائع فسخ العقد ..... في حالة التنفيذ المتأخر من قبل المشتري"[2]

فإذا كان وقف التنفيذ يضر بشكل واضح بالمصالح الاقتصادية للدائن، بأن كان هذا الوقف متعارضا مع طبيعة التعاقد، فيمكن للدائن رفض وقف هذا التنفيذ ومطالبة المدين بضرورة التنفيذ.

وفي حالة عدم توصل الأطراف إلى تقدير مدى تأثير وقف التنفيذ على طبيعة العقد، فللقاضي السلطة التقديرية في ذلك، مع الإشارة إلى أنه حتى لو قدر القاضي بأن وقف التنفيذ لا يتعارض مع طبيعة العقد، ورفض الدائن ذلك فيجوز في هذه الحالة للدائن فسخ العقد بسبب عدم تنفيذ المدين لذلك العقد، وكل ما في الأمر أنه لا يمكنه أن يطالب المدين بدفع تعويضات بسبب وقف تنفيذه طالما أن القاضي قدر وجود العائق.

فالفقرة الخامسة من المادة 79 من اتفاقية فيينا تعفي المدين من مسؤوليته في حالة وجود عائق، ولا تحميه من تفادي فسخ العقد، إذ تشير صراحة في آخر الفقرة من المادة 79 من الاتفاقية أنه باستثناء طلب تعويضات لا يوجد ما يمنع الأطراف المتعاقدة لاسيما الدائن في حالة العائق من استعمال أي من حقوقه

[1] Article 7.1.7 UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS
" .....regard to the effect of the impediment on the performance of the contract....."
https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016
consulté le 19/04/2020 a 23h02.

[2] Article 79/3 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG).
" The seller may declare the contract avoided
in respect of late performance by the buyer".
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf
consulté le 03/03/2020 a 21h42.

الأخرى وفقا لأحكام هذه الاتفاقية[1]، ومن هذه الحقوق طلب فسخ العقد بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزاماته طبقا لبقية مواد اتفاقية فيينا.

وتشير المادة 72 إلى جواز فسخ العقد من قبل أحد الأطراف إذا تبين له حتى قبل وقت حلول ميعاد التنفيذ أن الطرف الآخر سوف يرتكب مخالفة جوهرية[2]، فمن باب أولى يجوز فسخ العقد إذا حل الميعاد دون أن ينفذ المدين التزاماته، ولو كان ذلك بسبب عائق، فالعائق هنا يعفي المدين من قيام مسؤوليته عن عدم التنفيذ فقط.

الفرع الثاني: الإعفاء من مسؤولية عدم التنفيذ.

يجب على طرفي العقد الالتزام بما تم الاتفاق عليه في العقد طبقا للقوة الملزمة للعقد، فلا يجوز تعديل العقد أو فسخه إلا برضا الطرفين، حيث تنص المادة 29 من اتفاقية فيينا على أنه: " يجوز تعديل العقد أو فسخه برضا الطرفين".[3]

كما يجب احترام المبادئ والأسس التي تقوم عليها عقود التجارة الدولية كمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد.[4]

---

[1] Article 79/5 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG).
" Nothing in this article prevents either party from exercising any right other than to claim damages under this Convention".
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf
consulté le 03/03/2020 a 21h59.

[2] Article 72 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG).
" If prior to the date for performance of the contract it is clear that one of the parties will commit a fundamental breach of contract, the other party may declare the contract avoided".
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf
consulté le 04/03/2020 a 08h59.

[3] Article 79/5 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG).
"A contract may be modified or terminated by the mere agreement of the parties".
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf
consulté le 04/03/2020 a 22h12.

4 تنص المادة 09 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع على أنه:
" يلتزم الطرفان بالأعراف التي اتَّفقا عليها وبالعادات التي استقرَّ عليها التعامل بينهما".
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/v1056999-cisg-a.pdf
تم الإطلاع عليها بتاريخ 2020/04/04 في الساعة 21.21

فلا يتصور أن يتم إعفاء المدين من مسؤوليته في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، إلا أن اتفاقية الأمم المتحدة بخصوص البيع الدولي للبضائع جعلت من ذلك ممكنا في حالة وجود عائق غير متوقع كما تمت الإشارة إليه آنفا.

والإشكال المطروح هو أنه إذا كان الإعفاء يطال الطرف الذي لحقه العائق، فما مصير الدائن، هل يعفى من مسؤوليته أيضا، وإذا تم ذلك فعلى أي أساس، خصوصا إذا لم يلحقه العائق، بل أن العائق مس فقط المدين.

لذلك سنتطرق إلى إعفاء المدين، ثم إعفاء الدائن (الدفع بعدم التنفيذ).

أولا: إعفاء المدين من مسؤولية عدم التنفيذ

قد يتم إعفاء الطرف الذي لم ينفذ التزامه من المسؤولية طبقا للمادة 79 بسبب العائق الذي يصيبه، ويستوي في ذلك أن يصيب العائق المدين نفسه أو الغير.

الأصل حسب المادة 07 أن الاعفاء يطال فقط الطرف الذي تعرض إلى العائق، فقد يكون المشتري وقد يكون البائع، وأحيانا أخرى قد يطال الإعفاء الغير (من غير المتعاقدين) ويطال الاعفاء بالتعدي أحد المتعاقدين، وهو ما سنوضحه أدناه.

1- الإعفاء بسبب عائق يصيب أحد الطرفين.

يتم إعفاء أحد الطرفين عن أي مسؤولية تنتج عن عدم تنفيذه لالتزاماته العقدية، فالإعفاء المقصود به في هذه الحالة حسب المادة 79 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود بالبيع الدولي للبضائع قد يستفيد منه البائع كما قد يستفيد منه المشتري.

وقد كانت المادة 79 من اتفاقية فيينا أكثر وضوحا لما نصت على إمكانية اشتمال الإعفاء على أي من الطرفين بقولها:

" لا يسال أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذا اثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق ...."[1]

وعلى العكس من ذلك فإن المادة 7.1.7 من اليونيدروا لما وضعت المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية، وفي معرض حديثها عن الإعفاء بسبب القوة القاهرة نصت على أنه:

"يعفى المدين من المسؤولية عن عدم التنفيذ إذا أثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى حادث لا سيطرة له عليه...."[2]

ويجب الإشارة هنا أن المدين لا يقصد به دائما المشتري الذي استلم سلعة معينة ولم يقم بدفع ثمنها، فقد يكون المدين هو البائع.

فالبائع الذي التزم بتوريد سلعة معينة إلى ميناء حدده بالاتفاق مع المشتري في العقد، ولم يتمكن من ذلك بسبب العائق الناتج عن إصابة الميناء المعني بالتسليم بسبب كوارث طبيعية مثلا، يجعل من البائع مدينا بالتزام وهو تسليم البضائع في الميناء المتفق عليه.

لذلك نرى أن اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع لما استعملت أحد الطرفين قد كانت أكثر دقة، إذ يفهم أن العائق قد يصيب البائع كما المشتري، ولعل الترجمة بالعربية هي سبب الاختلاف في استعمال مصطلح المدين عوض الطرف في المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية.

فالعائق المقصود به في كل من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع وكذا المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية قد يشمل البائع أو المشتري.

[1] Article 79 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG).
" A party is not liable for a failure to perform any of his obligationsif he proves that the failure was due to an impediment.....".
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf
consulté le 04/03/2020 a 23h32.

[2] Article 7.1.7 UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS
" ..... Non-performance by a party is excused if that party proves that the non-performance was due to....."
https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016
consulté le 20/04/2020 a 21h04.

وعلى العكس من ذلك، فقد نصت بعض التشريعات على أن الإعفاء من المسؤولية يشمل البائع دون المشتري مثل القانون الإسكندنافي الموحد لبيع البضائع وكذا القانون التجاري الموحد.[1]

2- الإعفاء بسبب عائق يصيب الغير.

قد يتم إعفاء أحد طرفي العقد بسبب عائق يصيب ليس طرفي العقد، بل شخص آخر، ومع ذلك يتم إعفاء أحد طرفي العقد من أي مسؤولية.

وبهذا الشأن تنص المادة 2/79 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع على أنه:

" إذا كان عدم تنفيذ أحد الطرفين نتيجة لعدم تنفيذ الغير الذي عهد إليه بتنفيذ العقد كلا أو جزءا، فإن ذلك الطرف لا يعفى من التبعية إلا إذا:

أ- أعفي منها بموجب الفقرة السابقة.

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

وسنحاول أن نوضح المقصود بالغير، وما هي الشروط الواجب توافرها فيه من أجل إعفاء أحد طرفي العقد من المسؤولية.

أ/- المقصود بالغير.

الغير هو الشخص الذي قد يتعاقد معه البائع أو المشتري من أجل تنفيذ جزء من العقد أو كله.

فقد يتعاقد البائع مع ناقل (الغير) من أجل توريد سلعة إلى المشتري، فإذا تعرض الناقل إلى عائق استحال بسببه نقل السلعة إلى المشتري فيمكن إعفاء البائع من المسؤولية العقدية اتجاه المشتري عن عدم تنفيذ التزامه، رغم أن عقد توريد البضائع قد تم بين البائع والمشتري ولا تربط أي علاقة بين المشتري والناقل.

---

1 محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص 255.

وقد يتعاقد المشتري مع الغير، ومثاله تعاقد المشتري مع محطة لتمييع الغاز من أجل نقله، ويتعرض الغير والذي هو صاحب محطة التمييع إلى مشاكل تقنية بسبب كوارث طبيعية أو إنسانية تجعل من المستحيل أن يتمكن من تمييع كمية الغاز التي اشتراها المشتري من البائع، فهنا تعفى مسؤولية المشتري الذي يتخلى عن هذه الشحنة لدى البائع لعدم إمكانية نقلها بسبب العائق الذي أصاب الغير.

وعرف إطلاق مصطلح الغير في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع تطورا قبل أن يستقر بهذا اللفظ، حيث أنه أثناء إعداد الاتفاقية كانت هناك نية لإطلاق مصطلح آخر على الغير وهو المقاول من الباطن (sous- traitant) قبل الاستقرار على مصطلح الغير، لأن مصطلح المقاول من الباطن قد يخلق لبس مع المقاول المعروف في ميدان البناء[1]، بينما الغير يقصد به كل شخص يقوم بجزء من العقد أو كله نيابة وبتكليف من البائع أو المشتري.

ب/- الشروط الواجب توافرها في العائق الذي يصيب الغير.

لقد نصت اتفاقية فيينا على أنه في حالة إصابة الغير بعائق، فإنه يمكن إعفاء البائع أو المشتري من المسؤولية شرط أن:

1- أن يتم إعفاء الغير وفق اتفاقية فيينا :

نصت المادة 79 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع على أنه:

"لا يُسأَل أحدُ الطَّرفين عن عدم تنفيذ أيٍّ من التزاماته إذا أثبت أنَّ عدمَ التنفيذ كان بسبب عائق....

إذا كان عدمُ تنفيذ أحد الطرفين نتيجةً لعدم تنفيذ الغير الذي عُهد إليه بتنفيذ العقد كلاًّ أو جزءًا فإنَّ ذلك الطَّرف لا يُعفَى من التَّبعة إلاّ إذا:

أ- أُعفِيَ منها بموجب الفقرة السابقة؛....."

1 محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص 259.

ومعنى ذلك أنه في حالة إعفاء الغير من المسؤولية بسبب العائق، فإن الشخص الذي تعاقد مع هذا الغير من أجل تنفيذ جزء من العقد هو الآخر سيعفى من مسؤوليته.

2- أن تكون هناك إمكانية لإعفاء الغير لو طبقت عليه أحكام الاتفاقية :

نصت المادة 79 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع على أنه:

"لا يُسأَل أحدُ الطَّرفين عن عدم تنفيذ أيٍّ من التزاماته إذا أثبت أنَّ عدمَ التنفيذ كان بسبب .....

إذا كان عدمُ تنفيذ أحد الطرفين نتيجةً لعدم تنفيذ الغير الذي عُهد إليه بتنفيذ العقد كلاًّ أو جزءًا فإنَّ ذلك الطَّرف لا يُعفَى من التَّبعة إلاّ إذا:

أ- .....

ب- كان الغيرُ سيُعفَى من المسؤولية فيما لو طُبِّقت عليه أحكامُ الفقرة المذكورة....."

قد وفقت الكنودسي **cnudci** لما وضعت هذه المادة بهذه الصيغة، فقد أشارت أنه حتى إذا لم يتم إعفاء الغير من المسؤولية، ربما لعدم كون بلده عضوا في الاتفاقية أو عن جهل منه ولم يطالب بإعفائه، فإن المتعاقد معه (البائع أو المشتري) يمكنه الدفع بإعفائه من المسؤولية، لأنه كان من الممكن على الغير أن يعفى من المسؤولية هو الآخر لو طبقت عليه أحكام الاتفاقية.[1]

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب ألا يكون الغير قد قام بتنفيذ التزاماته المطلوبة منه من قبل أحد طرفي العقد، وإلا فلا مجال لإعفاء أحد طرفي العقد تحت ذريعة أن الغير كان بإمكانه طلب ذلك، وأنه

[1] Article 79 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG).
" (2) If the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if:
(a) **he is exempt under the preceding paragraph**; and
(b) **the person whom he has so engaged would be so exempt if the provisions of that paragraph were applied to him**.".
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf
consulté le 05/03/2020 a 10h32

قام بتنفيذ التزاماته بصفة مرهقة، فاتفاقية الأمم المتحدة لم تتحدث عن الإرهاق بل عن استحالة تنفيذ العقد فقط، وطالما تم التنفيذ من الغير فلا مجال لأحد طرفي العقد بالدفع بأن الغير كان بإمكانه الدفع بوجود عائق.

ثانيا: وضعية الدائن تجاه المدين المعفى من المسؤولية بسبب العائق.

يطرح التساؤل عن مصير الدائن تجاه المدين الذي أعفيت ذمته من تحمل الالتزامات الملقاة عليه، بسبب توفر عائق وفق المادة 79 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، فالمادة تحدثت عن إعفاء أحد الطرفين فقط وليس الطرفين معا.

نصت المادة 79 من اتفاقية فيينا بخصوص هذا الأمر على أنه: " لا يسال أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذا أثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق...."

فيذهب أغلب الدارسين لهذه المادة في شروحاتهم إلى أن العائق الذي يتسبب في إعفاء أحد طرفي العقد (المدين) ينتج عنه إعفاء الدائن أيضا بسبب توافر العائق.[1]

لكن الباحث يرى أن المادة كانت واضحة في اقتصار انتفاء المسؤولية على أحد الطرفين فقط، وهو الطرف الذي أصيب بعائق غير متوقع ويستحيل معه تجنب عواقبه أو التغلب عليها.

لأن العائق قد يمنع المدين فقط من تنفيذ العقد بينما ذات العائق قد لا يؤثر على الدائن، فهل من المعقول إعفاء الدائن من مسؤولية عدم التنفيذ بسبب عائق لم يؤثر عليه أبدا.[2]

ومثال ذلك، إبرام عقد توريد بضائع بين متعاقدين، فيتعرض بلد البائع إلى حرب طاحنة يستحيل معها التزامه بمهامه الخاصة بالبيع، فهنا تنتفي فعلا مسؤولية البائع بسبب وجود عائق غير متوقع.

---

1 (ومن هنا فالعائق النهائي يعتبر مزدوج الأثر لكل من الدائن والمدين، لأنه إذا أدى إلى انقضاء التزام المدين لهلاك محل الالتزام، فإنه يؤدي أيضا إلى انقضاء التزام الدائن المقابل له لأنه لو وجد هذا العائق وقت إبرام العقد لحال دون إبرامه)

مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 111.

2 عدم إعفاء مسؤولية الطرف الثاني بسبب العائق، لا يعني أنه ملزم بتنفيذ العقد الذي لم ينفذه الطرف الآخر بسبب العائق، فقد يدفع بعدم التنفيذ ليس بسبب العائق الذي لم يصبه هو بل أصاب الطرف الآخر، ولكن يدفع بعدم التنفيذ لعدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته المتقابلة.

لكن هل يمكن القول أن مسؤولية المشتري تنتفي أيضا على أساس وجود عائق، رغم أن هذا العائق قد أصاب البائع فقط.

يمكن أن تكون الفقرة الخامسة من المادة 79 من اتفاقية فيينا والتي تحدثت عن العائق وشروطه قد أعطت حلا لأساس عدم مسؤولية الدائن والتي قد لا تكون بسبب العائق، حيث تنص الفقرة الخامسة من المادة 79 المتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع على أنه:

" ليس في هذه المادة ما يمنع أحد الطرفين من استعمال أي من حقوقه الأخرى خلاف طلب التعويضات وفقا لأحكام هذه الاتفاقية".[1]

يتضح من هذه المادة أنه يمكن للدائن الذي أعفيت مسؤولية مدينه من التنفيذ أن يستعمل أي حق مذكور في هذه الاتفاقية باستثناء مطالبته بالتعويض.

وبالتالي فإن للدائن في هذه الحالة أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته كأحد حقوقه بما أن المدين لم يقم بتنفيذ التزاماته بسبب العائق.

فيكون أساس إعفاء الدائن من تنفيذ التزاماته ليس العائق، لأن هذا العائق أصاب المدين فقط بل أساس ذلك الدفع بعدم التنفيذ لعدم تنفيذ المدين لالتزاماته العقدية بسبب العائق الذي لحق هذا الأخير.

وتنص المادة 71 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع، تحت عنوان الإخلال المبستر على أنه:

" يجوز لكل من الطرفين أن يوقف تنفيذ التزاماته إذا تبين بعد انعقاد العقد أن الطرف الآخر لن ينفذ جانبا هاما من التزاماته:

[1] Article 79/5 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG).
" Nothing in this article prevents either party from exercising any right other than to claim damages under this Convention.".
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf
consulté le 05/03/2020 a 11h32

أ- بسبب وقوع عجز خطير في قدرته على تنفيذ هذا الجانب من التزاماته، أو بسبب إعساره، أو ....."[1]

يتضح من المادة بأنه يجوز للدائن الذي يرى أن الطرف الآخر سوف لن ينفذ جانبا من التزاماته وقف تنفيذ التزاماته، فلو أسقطنا هذه المادة على الحالة المتعلقة بالعائق، فيتم إعفاء المدين بسبب العائق الذي يصيبه وتنطبق عليه شروطه، بينما الدائن يتحلل من التزاماته استنادا إلى المادة 71 التي تعطيه هذه الامكانية لأن المدين سوف لن ينفذ التزاماته أو جزءا هاما منها بسبب العائق الذي أصابه.

الفرع الثالث: فسخ العقد بسبب العائق.

لم تشر المادة 79 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع إلى مصير التعاقدات التي يلحقها عائق يجعل من تنفيذها أمرا مستحيلا، سواء كانت العائق مؤقتا أو دائما، باستثناء إعفاء المدين من المسؤولية الناتجة عن عدم تنفيذ التزاماته، أو الإشارة إلى الإعفاء المؤقت في حالة ما إذا كان العائق مؤقتا.

لكن بالرجوع إلى الفقرة الأخيرة من ذات المادة، نجد أنه لا يوجد ما يمنع الطرف الآخر من الرجوع إلى باقي أحكام الاتفاقية مهما كان سبب عدم التنفيذ.

فالعائق قد يمس العقد كله أو قد يمس جزءا منه فقط، كما أن العائق ولو كان مؤقتا قد يدفع بالدائن إلى رفض إعطاء مهلة للمدين من أجل التنفيذ، فهل يمكن إجبار الدائن على القبول بالعائق المؤقت وعدم المطالبة بفسخ العقد لعدم التنفيذ، على الأقل طيلة استمرار العائق المؤقت، خاصة إذا كان العائق قد مس جزءا بسيطا من العقد لم ينفذه المدين، سنحاول تفصيل هذه النقاط أدناه.

أولا: عدم جواز فسخ العقد بسبب العائق إذا كان عدم التنفيذ جزئيا وغير جوهري:

نصت المادة 1/79 من اتفاقية فيينا على أنه:

[1] Article 71 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG).
" A party may suspend the performance of his obligations if, after the conclusion of the contract, it becomes apparent that the other party will not perform a substantial part of his obligations as a result of:
(a) a serious deficiency in his ability to perform or in his creditworthiness; or..... .".
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf
consulté le 08/03/2020 a 13h01

" لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته ...."

كما نصت الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه

" إذا كان عدم تنفيذ أحد الطرفين نتيجة لعدم تنفيذ الغير الذي عهد إليه بتنفيذ العقد كلا أو جزءا ....."

من الفقرتين أعلاه يتضح أن العائق قد يمس جزءا من التزامات المدين أو كامل التزاماته.

فالعائق الجزئي قد يترتب عن طبيعة العقد، كالعقد الذي يتعلق بتوريد بضاعة بصفة دورية كل شهر لعدة سنوات، فالعائق الذي يظهر بعد مدة يخص التزامات المدين للفترة الممتدة بين ظهور العائق وما بعده وليس قبل ذلك، فالعائق إذا جزئي هنا ولا يتصور معه إعفاء المدين عن مسؤوليته كاملة بحجة العائق إذا لم ينفذ التزاماته المفروضة عليه قبل ظهور العائق.

كما أن العائق قد يكون جزئيا، إذا عهد المدين لشخص آخر بتنفيذ جزء من الالتزامات التي تعاقد عليها، فالعائق الذي يظهر أو يصيب الغير لا يخص إلا الجزء المعهود إليه به إلى الغير، فلا يعقل للمدين أن يتحجج بإصابة الغير بالعائق لينفي المسؤولية عنه، فلا تنتفي المسؤولية بسبب العائق إلا في حدود الجزء الذي عهد به للغير بما أن العائق لم يمس سواه.

فإذا كان العائق جزئيا فلا يمكن للمدين التخلي كلية عن التزاماته والتحلل من مسؤوليته، كما لا يمكن للدائن طلب فسخ العقد إذا كان الجزء الغير منفذ بسبب العائق غير جوهري في العقد.

حيث ينتج عن العائق الجزئي أمرين:

1- لا يمكن إعفاء المدين من المسؤولية إلا في حدود الجزء الذي أصابه العائق.

2- لا يمكن للدائن طلب فسخ العقد لعدم التنفيذ إلا إذا كان الجزء الغير منفذ جوهري.

وتنص المادة 2/51 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع على أنه:

" لا يجوز للمشتري أن يفسخ العقد برمته إلا إذا كان عدم التنفيذ الجزئي أو العيب في المطابقة يشكل مخالفة جوهرية للعقد".[1]

كما تنص المادة 64 من ذات الاتفاقية على أنه:

" يجوز للبائع فسخ العقد:

1- إذا كان عدم تنفيذ المشتري لالتزام من الالتزامات التي يرتبها عليه العقد أو هذه الاتفاقية يشكل مخالفة جوهرية....."

ويقصد بالمخالفة الجوهرية حسب المادة 25 من اتفاقية فيينا تلك المخالفة التي ما كان المتعاقد الآخر يتوقعها بسبب ما يترتب عنها من حرمانه من الفائدة المرجوة من العقد، أو كان سيتوقعها أي شخص لو كان في نفس الظروف.

ثانيا: صور فسخ العقد بسبب العائق

إذا تسبب العائق الذي لحق بالعقد في إلحاق ضرر بالمتعاقد الآخر، فإنه يجوز لهذا الطرف طلب فسخ العقد، سواء كان هذا العائق مؤقتا أو دائما.

فإعفاء المدين من المسؤولية، لا يعني بقاء العقد على حاله، وإنما كل ما في الأمر أن الدائن لا يمكنه مطالبة المدين بتعويضات بسبب عدم التزامه بالعقد، وسبب إعفاء المدين هو وجود عائق

[1] Article 51/2 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG). "The buyer may declare the contract avoided in its entirety only if the failure to make delivery completely or in conformity with the contract amounts to a fundamental breach of the contract".
Article 64 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG). "(1) The seller may declare the contract avoided:
(a) if the failure by the buyer to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract; or…… "

Article 25 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG). "A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result." https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf consulté le 09/03/2020 a 23h37.

طبقا للمادة 79 من اتفاقية فيينا، أما أساس وقف تنفيذ الدائن لالتزاماته هو معرفته المسبقة أن المدين سوف لن ينفذ جزءا هاما من التزاماته بسبب العائق الذي لحقه، وهذا ما أشارت إليه المادة 71 من اتفاقية فيينا.

وتعطي المادة 79 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع للدائن إمكانية ممارسة جميع الحقوق المذكورة في الاتفاقية باستثناء مطالبة المدين بتعويضات، حيث تنص المادة 79 في فقرتها الخامسة على ذلك.

ولعل من أهم الحقوق المذكورة في اتفاقية الأمم المتحدة طلب فسخ العقد، لكن هذا الطلب مقرون بتوافر مجموعة من الشروط مذكورة في الاتفاقية.

لم تتحدث اتفاقية فيينا عن فسخ العقد بقوة القانون أو من تلقاء نفسه وهو ما يسمى بالانفساخ، حيث أن الفسخ يكون إما برضى الطرفين طبقا للمادة 29 من الاتفاقية، أو بطلب من أحد الأطراف إذا أخل الطرف الآخر بالتزاماته، حيث تعطي الاتفاقية للبائع أو المشتري إمكانية فسخ العقد في حالة إخلال الطرف الآخر بالتزاماته.[1]

1- الإنفساخ الاتفاقي:

يكون الانفساخ اتفاقيا، إذا ما اتفق طرفي العقد أثناء إبرام العقد على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم قضائي بمجرد حصول إخلال بأحد الالتزامات المتفق عليها.

وبخصوص هذا الأمر نصت المادة 120 ق.م.ج على أنه:

" يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي.

1 تنص المادة 29 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع على أنه:
" يجوز تعديل العقد أو فسخه برضا الطرفين "

وهذا الشرط لا يعفي من الإعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين."[1]

ولم تشر اتفاقية الأمم المتحدة كما سبق القول آنفا إلى هذا النوع (الانفساخ الاتفاقي).

2- الإنفساخ القانوني:

ويكون الانفساخ تلقائيا بقوة القانون، عنما ينص القانون على حالات معينة ينفسخ بتوافرها العقد، كأن يتم النص على انحلال العقد بسبب استحالة تنفيذ الالتزام المقابل، فينفسخ العقد بقوة القانون.

وبهذا الشأن تنص المادة 121 ق.م.ج على أنه:

" في العقود الملزمة لجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون"[2]

وفي اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، لم يتم النص على الفسخ القانوني حتى في حالة الاستحالة، بل تم الاكتفاء بإعفاء المدين من المسؤولية، وإعطاء الحق للدائن في طلب الفسخ بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزاماته، فالفسخ في هذه الحالة يكون بطلب الدائن وليس بقوة القانون.

وبما أن الفسخ الذي تطرقت له اتفاقية الأمم المتحدة ليس بالانفساخ الاتفاقي ولا بالانفساخ القانوني، فإن طلب الفسخ من قبل أحد الأطراف يمتاز بمجموعة من الخصائص يمكن تلخيصها فيما يلي:

أ- ضرورة وجود إخطار سابق للفسخ.

تشترط اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع ضرورة توجيه إخطار إلى الطرف الآخر قبل إعلان فسخ العقد.

وتنص المادة 26 من اتفاقية فيينا على أنه:

1 الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق، المادة 120.
2 الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع نفسه، المادة 121.

" لا يحدث إعلان فسخ العقد أثره إلا إذا تم بواسطة إخطار موجه إلى الطرف الآخر".[1]

يتضح جليا من المادة أن إعلان فسخ العقد لا يكون له أثر إلا من تاريخ إخطار الطرف الآخر.

وقد مكنت اتفاقية فيينا أحد الأطراف من فسخ العقد حتى قبل حلول الأجل، إذا اتضح أن الطرف الآخر سيرتكب مخالفة جوهرية، شرط أن يبلغ الطرف الآخر في أجل معقول بنيته في فسخ العقد قبل حلول أجل التنفيذ ويمكن للطرف الآخر أن يقدم ضمانات تؤكد بأنه لا ينوي ارتكاب أي مخالفة جوهرية تستدعي فسخ العقد من الطرف الآخر.

وإذا ما أعلن الطرف الآخر أنه فعلا سيرتكب مخالفة جوهرية، فلا داعي لتوجيه إخطار من أجل طلب ضمانات". [2]

ب- عدم جواز منح مهلة إضافية من أجل تفادي الفسخ.

إذا نتج عن العائق استحالة في تنفيذ العقد، وكانت الاستحالة مؤقتة، فإنه يتم إعفاء مسؤولية المدين من تحمل أي تبعات نتيجة العائق، طبقا للمادة 79 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، لكن في هذه الحالة يمكن للدائن أن يطلب فسخ العقد، حتى لو كان العائق مؤقتا ولا يجوز للقاضي أو المحكم منح أجل للطرف الآخر من أجل تنفيذ التزاماته، إذا رفض الدائن ذلك.

وفي هذا الشأن تنص المادة 03/45 من اتفاقية فيينا على أنه:

[1] Article 26 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG).
" A declaration of avoidance of the contract is effective only if made by notice to the other party".
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf
consulté le 09/03/2020 a 00h23.

[2] Article 72 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne,1980) (CVIM).
"1) Si, avant la date de l'exécution du contrat, il est manifeste qu'une partie commettra une contravention essentielle au contrat, l'autre partie peut déclarer celui-ci résolu.
2) Si elle dispose du temps nécessaire, la partie qui a l'intention de déclarer le contrat résolu doit le notifier à l'autre partie dans des conditions raisonnables pour lui permettre de donner des assurances suffisantes de la bonne exécution de ses obligations.
3) Les dispositions du paragraphe précédent ne s'appliquent pas si
l'autre partie a déclaré qu'elle n'exécuterait pas ses obligations".
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/v1056998-cisg-f.pdf
consulté le 22/03/2020 a 22h32.

" لا يجوز للقاضي أو المحكم أن يمنح البائع أي مهلة لتنفيذ التزاماته عندما يتمسك المشتري بأحد الجزاءات المقررة في حالة مخالفة البائع للعقد".[1]

جـ تقييد حكم التنفيذ العيني وفق اتفاقية فيينا.

إذا كان للطرف الدائن إمكانية إعلان فسخ العقد باحترام مجموعة من الشروط كالإخطار، فإنه لا يملك وفق الاتفاقية قوة إلزام الطرف الآخر على تنفيذ التزاماته عينيا إلا إذا كانت المحكمة بإمكانها القيام بذلك حسب قوانينها الداخلية.

فالدائن مخير إما إعلان فسخ العقد، أو الطلب من المدين تنفيذ التزاماته دون إمكانية إجباره على ذلك، ولعل سبب عدم ذلك يعود إلى عدم رغبة لجنة الأونسيترال الدخول في إشكالية في التنفيذ مع الدول الأعضاء، وبقاء أحكام وفق الاتفاقية غير منفذة ما يفقد الاتفاقية قيمتها وفعاليتها وهدفها في استقرار المعاملات التجارية الدولية.

وفي هذا الشأن تنص المادة 28 من اتفاقية فيينا على أنه:

" إذا كان من حق أحد الطرفين، بمقتضى أحكام هذه الاتفاقية، أن يطلب من الطرف الآخر تنفيذ التزام ما، فإن المحكمة غير ملزمة بإصدار حكم بالتنفيذ العيني إلا إذا كان بوسعها أن تقوم بذلك بمقتضى قانونها فيما يتعلق بعقود بيع مماثلة لا تشملها هذه الاتفاقية".[2]

وفي الأخير كخلاصة للمبحث، يتضح أن اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لم تأخذ بنظرية الظروف الطارئة وفق ما أخذت به مجموعة كبيرة من الدول، فحتى الدول

[1] Article 45/3 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne,1980) (CVIM).
" Aucun délai de grâce ne peut être accordé au vendeur par un juge ou par un arbitre lorsque l'acheteur se prévaut d'un des moyens dont il dispose en cas de contravention au contrat".
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/v1056998-cisg-f.pdf
consulté le 22/03/2020 a 23h12.

[2] Article 28 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne,1980) (CVIM).
" Si, conformément aux dispositions de la présente Convention, une partie a le droit d'exiger de l'autre l'exécution d'une obligation, un tribunal n'est tenu d'ordonner l'exécution en nature que s'il le ferait en vertu de son propre droit pour des contrats de vente semblables non régis par la présente Convention ".
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/v1056998-cisg-f.pdf
consulté le 23/03/2020 a 02h12.

كانت معارضة للنظرية أخذت بالنظرية مؤخرا، كفرنسا مثلا التي كانت من أشد المعارضين لفكرة تعديل العقود المختل توازنها بسبب الظروف الطارئة قد عدلت عن رأيها بعد تعديل القانون المدني الفرنسي بموجب الأمر 2016-131.

وبالعكس من ذلك فإن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص أخذ بالنظرية ونظمها في مبادئه المتعلقة بالعقود التجارية الدولية تحت مسمى الظروف الشاقة.

فالاتفاقية لما تحدثت عن العائق أخذت بمفهوم الاستحالة في تنفيذ العقد، وما يترتب عنه من إعفاء لمسؤولية المدين، سواء كان إعفاء مؤقتا أو نهائيا، إلا أنها لم تتحدث عن إمكانية رفع الإرهاق في حالة ما إذا كان التنفيذ مرهقا وليس مستحيلا.

لذلك وجب تعديل الاتفاقية والأخذ بعين الاعتبار طول مدة تنفيذ عقود التجارة الدولية وما قد يلحقها من إرهاق في التنفيذ بسبب تقلب الأحوال الاقتصادية لعدة اعتبارات (إنسانية، طبيعية، قانونية، اقتصادية....).

الفصل الثاني

الالتزام بإعادة التفاوض كأثر مستحدث للظروف الطارئة في مجال عقود التجارة الدولية.

الفصل الثاني: الالتزام بإعادة التفاوض كأثر مستحدث للظروف الطارئة في مجال عقود التجارة الدولية.

قد عرف شرط إعادة التفاوض تحت عدة مسميات، حسب اختلاف الدول والأنظمة القانونية وكذا اختلاف الترجمة، إلا أن هذا الاختلاف لا ينفي أنها تهدف أساسا وجميعها مهما اختلفت التسمية إلى معالجة اختلال التوازن الذي مس العقد التجاري الدولي نتيجة الظروف الطارئة.

فالفقه الفرنسي يعبر عن شرط إعادة التفاوض بعدة ألفاظ منها مثلا، شرط الصعوبة، يطلق عليه بالفرنسية **la clause de dureté**، كما يعبر عنها أحيانا أخرى بشرط العدالة والإنصاف أو **clause d'équité.**

وقد يطلق على الشرط تسمية شرط المحافظة **clause de sauvgarde**، كما قد يطلق عليه أيضا شرط المراجعة **clause de révision**، وقد يطلق عليه شرط الظرف الطارئ **clause d'imprévision.**[1]

ولعل التسمية الأكثر انتشار هي التسمية الإنجليزية للمصطلح، وهي التسمية التي يعتمدها غالبية الفقه إذ يطلق عليه الهاردشيب **clause de hardship.**

ويطلق عليه الفقه الأمريكي شرط الاختلال الكبير **Gross indequitty clause.**[2]

ولدى فقهاء القانون في الجزائر، فإن التسمية المتعارف على هكذا شرط هي شرط المشقة، وكذا اشتراطات الهاردشيب، أو شرط إعادة التفاوض، وكلها مسميات لنفس الشرط والتي تكون كنتيجة مترتبة عن الظروف الطارئة.[3]

---

[1] **Fontaine Marcel**, Droit des contras internationaux : analyse et rédaction de clauses, éd BRUYLANT, FEC, Bruxelles, 1989, P 251.

[2] **Ulman (h)**, droit et pratique des clauses de hard ship dans le système pratique américaine, revue dr, aff, int, Paris France, 1998, p 889.

[3] **مروك أحمد**، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 135.

سيتم التطرق في هذا الفصل إلى دور شرط إعادة التفاوض في مواجهة الظروف الطارئة **(مبحث أول)**، بعد ذلك سيتم تبيان مصير عقود التجارة الدولية المختل توزانها بسبب الظروف الطارئة **(مبحث ثان).**

ومن أجل التفصيل أكثر، تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو الآتي:

الفصل الثاني: الالتزام بإعادة التفاوض كأثر مستحدث للظروف الطارئة في مجال عقود التجارة الدولية.

- المبحث الأول: دور شرط إعادة التفاوض في مواجهة الظروف الطارئة التي تلحق بعقود التجارة الدولية.
- المبحث الثاني: مصير عقود التجارة الدولية المختل توازنها بسبب الظروف الطارئة.

المبحث الأول: دور شرط إعادة التفاوض في مواجهة الظروف الطارئة التي تلحق بعقود التجارة الدولية.

تمت الإشارة آنفا إلى أن عقود التجارة الدولية تمتاز بطول تنفيذها، إذ أنها من العقود الطويلة الأمد عكس العقود الوطنية التي غالبا ما تمتاز بالتنفيذ الفوري.

ونظرا لطول المدة بين إبرام عقود التجارة الدولية وتنفيذها، فإنه غالبا ما تطرأ ظروف لم تكن في الحسبان وقت الإبرام تجعل من تنفيذ هذا العقد أمرا مرهقا لأحد الأطراف إن لم يكن مستحيلا.

ومن البديهي أن الحلول التي قد تضعها القوانين الوطنية الداخلية ليست كفيلة ولا عملية لدرء هذا الإشكال، كما أنه أصبح من الشائع أن يحتاط أطراف العقد التجاري الدولي أثناء إبرامهم لأي عقد للظروف التي قد تخل بتوازن العقد، إذ يسمح توقع حدوث أي ظرف بوضع بنود في عقود التجارة الدولية تعالج أي اختلال قد يمس بالعقود طالما أن تنفيذ هذه الأخيرة قد يستمر لعشرات السنين مع ما قد يحدث من أمور اقتصادية، سياسية، طبيعية،...

ومن أبرز الشروط التي قد يضعها المتعاقدون في العقد التجاري الدولي، والتي تسمح بمواجهة أي ظرف طارئ، شرط إعادة التفاوض **hardship**.

حاليا أصبحت جل عقود التجارة الدولية إن لم نقل كلها تحوي بنودا تتضمن شرط إعادة التفاوض في حالة تغير الظروف، وسنتعرض لهذا الشرط من حيث تعريفه وأساسه وشروط إعمال التفاوض **(مطلب أول)**، لنتطرق بعده إلى تبيان دور نظرية الظروف الطارئة في بروز شرط إعادة التفاوض وتمييزه عن المصطلحات المشابهة له **(مطلب ثان)**.

وقد تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، وفق ما هو مشار إليه أدناه:

المبحث الأول: دور شرط إعادة التفاوض في مواجهة الظروف الطارئة التي تلحق بعقود التجارة الدولية.

- المطلب الأول: المقصود بإعادة التفاوض في العقود الدولية بسبب تغير الظروف.
- المطلب الثاني: دور نظرية الظروف الطارئة في بروز شرط إعادة التفاوض وتمييزه عن المصطلحات المشابهة.

المطلب الأول: المقصود بإعادة التفاوض في العقود الدولية بسبب تغير الظروف

يلعب شرط إعادة التفاوض دورا كبيرا في إعادة التوازن لعقود التجارة الدولية التي اختل توازنها بسبب الظروف الطارئة، لذلك فإن لشرط إعادة التفاوض الأثر البالغ على هذه العقود.

سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف شرط إعادة التفاوض مع ذكر مختلف المحطات التي عرفها هذا الشرط قبل أن يستقر بالمفهوم المتعارف عليه حاليا.كما سنتطرق إلى الأساس القانوني لشرط إعادة التفاوض وتبيان موقف المشرع الجزائري منه **(فرع أول)**، ثم سنتطرق بعد ذلك إلى شروط إعمال شرط إعادة التفاوض، شروط متعلقة بالظرف وأخرى بالمدين **(فرع ثان).**

وقد تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين اثنين:

المطلب الأول: المقصود بإعادة التفاوض في العقود الدولية بسبب تغير الظروف.

- الفرع الأول: مفهوم إعادة التفاوض.
- الفرع الثاني: شروط إعمال إعادة التفاوض بسبب الظروف الطارئة.

الفرع الأول: مفهوم إعادة التفاوض.

قبل الوصول إلى المفهوم الحالي لشرط إعادة التفاوض، عرفت التنظيمات القانونية على المستوى الدولي عدة مصطلحات هي في المعنى شبيهة بصورة كبيرة جدا لمفهوم إعادة التفاوض وإن اختلفت التسمية.

أولا: تعريف شرط إعادة التفاوض.

سنتطرق إلى المصطلحات التي سبقت ظهور شرط إعادة التفاوض بالمفهوم المتعارف عليه حاليا، قبل التطرق إلى التعريف الفقهي لشرط إعادة التفاوض.

1- التطور التاريخي للشروط التي سبقت شرط إعادة التفاوض.

من الشروط التي عرفتها عقود التجارة الدولية، والتي كان لها تقريبا نفس هدف شرط إعادة التفاوض والمعروفة منذ وقت طويل، نجد شرط الإبقاء والمحافظة على القيمة أو ما يعرف باللغة الفرنسية بـــــ **(la clause d'indexation)**، وكذا شرط التوافق مع العروض المنافسة والذي يمكن ترجمته بدوره بالفرنسية إلى **(la clause d'alignement sur offres concurentes)** بالإضافة إلى شرط آخر وهو شرط الاسترجاع الحكومي **(clause gouvernement take).**

أ- شرط الإبقاء والمحافظة على القيمة . La clause d'indexation.

ويرمي هذا الشرط باختصار إلى توزيع المخاطر المالية بين أطراف العقد وفق قواعد حسابية يتم وضعها مسبقا.[1]

فشرط الإبقاء والمحافظة على القيمة، يتم وضعه في العقد من أجل تفادي أي تغيير في الظروف المحيطة بالعقد، خاصة الاقتصادية منها والتي قد تؤثر سلبا على التزامات أحد الأطراف.

1 محمد أبو زيد، المفاوضات في إطارها العقدي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة 47، 2005، ص 142.

مثال:

متعهد بتموين سوق معينة بمادة البنزين والمازوت، يقوم بوضع شرط الإبقاء والمحافظة على القيمة الاقتصادية للعقد ضد أي ارتفاع غير متوقع للأوضاع الاقتصادية، فيربط من أجل ذلك ثمن التموين بالأسعار الحالية بأسواق البترول مثلا.

ويمكن للطرف الآخر أيضا أن يضع نفس الشرط من أجل ضمان حصوله على أسعار تنافسية في حال انهيار أسعار البترول، وظهور متعاملين يتعهدون بالتموين بأسعار أقل من التي تم التعاقد ضمنها، نتيجة انهيار أسعار البترول.

ب- شرط التوافق مع العروض المنافسة. La clause d'alignement sur offres concurentes

هذا الشرط عادة ما يتم إدراجه في العديد من العقود التجارية من قبل المشتري، تسمح له بضمان الحصول على تخفيضات وتعديل العقد في حـــــال أصبح العقد مرهقا له مقارنة بمنافسيه، وهي نظرية "شرط التوافق مع العروض المنافسة".

وتتمثل هذه النظرية في التزام البائع بأن يمنح للمشتري الحق في الحصول على تخفيضات إذا ما ظهر في السوق بعد إبرام العقد منافسون يضمنون نفس الخدمة بأسعار منخفضة بنسبة كبيرة.[1]

جـ- شرط الاسترجاع الحكومي .clause gouvernement take

عرفت العديد من العقود الدولية هذا الشرط، والذي تضعه غالبا الدول والحكومات المصدرة للنفط، بحيث يتيح لها الاسترجاع من كل زيادة في أسعار البترول.[2]

وما يلاحظ من هذه الشروط والمبادئ المذكورة أعلاه، أنها كانت محددة بدقة وتشمل متغيرا ثابتا وواضح كالمخاطر المالية أو الضريبية، لكن مع تطور مجال التجارة الدولية وظهور مخاطر لم تكن في الحسبان أثناء إبرام عقود التجارة الدولية، وجب وضع نظرية أخرى أكثر مرونة تشمل حالات أكثر تعددا وتسمح للأطراف معالجة هذه التغيرات، هنا ظهر شرط إعادة التفاوض.

---

1 قادري عبد العزيز، دراسة في العقود المبرمة بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية، مجلة إدارة، الجزائر، المجلد السابع، العد الأول، 1997، ص 64.

2 مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 127.

ولم يعرف هذا الشرط بالشكل الحالي إلا في القرن العشرين، وقد بدأ استعماله أولا في الدول ذات التوجه الأنجلوساكسوني ونظيرتها الجرمانية (ألمانيا، سويسرا).[1]

ثم بعد ذلك وبما أنه شرط اتفاقي عرف انتشارا واسعا لدى أغلبية العقود الدولية الطويلة الأجل بغض النظر عن التوجه القانوني للدول الذي تتعاقد وفقه.[2]

2- التعريف الفقهي لشرط إعادة التفاوض.

بما أن شرط إعادة التفاوض هو غالبا ما يكون شرط اتفاقي، حيث يفصل الأطراف بوضوح أثناء وضع العقد الحلول التي سينتهجها الأطراف في حالة واجهتهم ظروف تجعل من تنفيذ العقد أمرا مرهقا.

وأدى هذا التفصيل إلى تنوع الحلول، ففي بعض الأحيان يقتصر شرط إعادة التفاوض على معالجة ظروف اقتصادية، وأحيانا أخرى ظروف سياسية، مالية أو قانونية.[3]

قد يكون الاتفاق بين الأطراف على تطبيق شرط معين تم تحديده، كما قد ينصب الاتفاق ليس على حل مباشر لرفع الإرهاق، بل بإحالة الأمر إلى مختصين في عقود التجارة الدولية، أو حتى إلى التحكيم في حالة عدم التوصل على حل.[4]

---

1 عواق صليحة، تكييف العقود الدولية مع تغير الظروف، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 1998، ص 86

2 نجد أن دولا كفرنسا لم تعرف نظرية الظروف الطارئة في تشريعاتها الداخلية و في مجال العقود التجارية الدولية إلا بعد تعديل القانون المدني سنة 2016 بموجب الأمر 2016-131، إلا أن أغلب العقود التي تم إبرامها من قبل فرنسيين في مجال التجارة الدولية يضمنوها شرط إعادة التفاوض في حالة ظهور ظروف طارئة تخل بتوازن العقد، فنجد أن الأفراد استبقوا المشرع الفرنسي بسنين.

[3] **Simon Hotte**, La rupture du contrat international, préface Jean-Michel jaquet, tome28, édition alpha, Paris, France, 2009, P 164.

[4] **J.M. MOUSSERON**, Technique contractuelles, édition juridique, Le Fêbre, Paris, 1988, p. 549.

ويمكن تعريف إعادة التفاوض حسب الأستاذ أوبتي **Oppetit** بأنه:

" الشرط الذي يسمح للأطراف بإعادة تنظيم العقد الذي يربطهما، إذا حدث تغير في المعطيات الأولية للعقد، والتي تم الاتفاق على أساسها فتغير توازن هذا العقد إلى حد يجعل أحد الأطراف يلحق به إعسار غير عادل".[1]

ويعرف الدكتور ابراهيم الدسوقي شرط إعادة التفاوض بأنه:

" شرط يدرجه الأطراف في العقد التجاري الدولي قصد إعادة التوازن للعقد، ومن تم يتم الاتفاق عليه بين طرفي العقد ويدرجانه ضمن شروط العقد، وبمقتضاه يلتزم الطرفان بالتفاوض من جديد لتعديل أحكام العقد، إذا ما طرأت ظروف غير متوقعة من شأنها أن تؤثر على التوازن الاقتصادي للعقد".[2]

3- تعريف الهيئات الدولية لشرط إعادة التفاوض.

اهتمت العديد من الهيئات الدولية، خاصة تلك التي تعنى بتوحيد قوانين التجارة الدولية، اهتمت بشرط إعادة التفاوض باعتباره التصرف الأكثر تأثيرا في الحفاظ على استقرار عقود التجارة الدولية في حال طرأت ظروف طارئة، إذ يعتبر العديد من الفقهاء أن شرط إعادة التفاوض هو تطبيق لنظرية الظروف الطارئة ذلك أنهما يشتركان من حيث الشروط ويختلفان في النتائج.

أ- تعريف المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (اليونيدروا) لشرط إعادة التفاوض.

لما وضع المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية، لم يغفل الحديث عن شرط إعادة التفاوض، إذ خصص المبحث الثاني من الفصل السادس للحديث عن مبدأ إعادة التفاوض، وقد عنون المبحث الثاني بالظروف الشاقة أو **hardship.**

[1] **OPPETIT (B)**, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances, la clause de HARD, ship J.D.I, clunet, n2, France, 1974, p 794.

[2] **مروك أحمد**، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 134.

ويتضح من المادة 1.2.6 الطابع الملزم للعقد بصفة عامة، وعدم جواز التنصل من الالتزامات التعاقدية للأطراف بصفة عامة، باستثناء ما تعلق بالظروف الشاقة.

وتنص المادة 1.2.6 من المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية على أنه:

" عندما يصبح تنفيذ العقد أكثر كلفة بالنسبة لأحد الأطراف، يظل هذا الطرف ملتزما بتنفيذ التزاماته وفقا للأحكام الواردة أدناه في شأن الظروف الشاقة". [1]

وقد تم تعريف الظروف الشاقة حسب اليونيدروا طبقا للمادة 2.2.6:

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

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

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

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

د- أن لا يكون الطرف الذي تعرض لهذه الأحداث قد تحمل بخطر وقوع هذه الظروف". [2]

[1] Article 6.2.1 UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS
" Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship" .
https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016
consulté le 19/05/2020 a 22h46.

[2] Article 6.2.2 UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS
"There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and
(a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;
(b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;
(c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and
(d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party".
https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016
Consulté le 16/05/2020 a 11h21.

ويترتب عن هذه الظروف الشاقة في حال حدوثها الحق في طلب إعادة التفاوض حسب المادة 3.2.6 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، إذ يحق للطرف الذي تضرر من الظروف الشاقة طلب إعادة التفاوض وتوجيه الطلب دون تأخير، مع ضرورة عدم امتناعه عن التنفيذ المفروض عليه، حيث تؤكد المادة أن طلب إعادة التفاوض في حد ذاته لا يخول الطرف المضرور الامتناع عن التنفيذ.[1]

وكمثال عن شرط إعادة التفاوض، تضمين العقود التجارية الدولية، عبارة من قبيل:

" إذا نشب نزاع بين طرفين بصدد تنفيذ أي من الالتزامات المنصوص عليها في هذا العقد، وجب عليهما التفاوض بعضهما مع بعض قبل اللجوء إلى القضاء أو إلى التحكيم، وعلى الطرف الآخر أن يستجيب فورا بإرسال ممثليه إلى مكان الاجتماع المقترح أو الذي يتفق عليه وفي الموعد المعقول.

وعلى الطرفين أن يبذلا جهدهما لاحتواء سبب النزاع بمراعاة مبدأ حسن النية واحترام نصوص العقد".[2]

وقد يرد شرط إعادة التفاوض على الشكل التالي:

" دون الإخلال بباقي الشروط الخاصة بانتهاء العقد أو فسخه، إذا تبدلت اقتصاديات العلاقة العقدية لدرجة جعلت تنفيذ التزامات أحد الأطراف ضارة بسبب ظروف ذات طابع اقتصادي وخارجة عن التوقعات الطبيعية للأطراف، يتفق المتعاقدان بناء على مبادرة من الطرف الذي لحقه الضرر على تحديد طريقة علاج هذه الحالة بروح من التفاهم والعدالة، وعند الضرورة يتفقان على إدخال التعديلات اللازمة على العقد، وعند عدم التوصل إلى اتفاق، عليهما الاستعانة بمن يختارونه من

[1] Article 6.2.3 PRINCIPES D'UNIDROIT RELATIFS AUX CONTRATS DU COMMERCE INTERNATIONAL
"1) En cas de hardship, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée.
2) La demande ne donne pas par ellemême à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations..... ".
https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016
consulté le 12/06/2020 a 00h54.

[2] **محمد إبراهيم الدسوقي**، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، مطبعة معهد الإدارة العامة للبحوث العامة، المملكة العربية السعودية، 1995، ص 161.

ذوي الكفاءة في موضوع النزاع، حيث تنحصر مهمته في محاولة التوفيق بين طرفي العقد، وذلك من خلال تقديم التوصيات التي تبدو مفيدة، وعند عدم الاتفاق فللطرف الذي لحق به الضرر أن يضع نهاية العقد".[1]

ب- تعريف غرفة التجارة الدولية لشرط إعادة التفاوض.

نظرا لأهمية شرط إعادة التفاوض في معالجة أثر تغير ظروف التعاقد، فقد كلفت غرفة التجارة الدولية[2] الأستاذ **Van ommeslaghe Piere** بوضع نموذج لصياغة شرط إعادة التفاوض كي تستعين به الأطراف المتعاقدة أثناء تحريرهم للعقود.[3]

ففي سنة 1978 وضعت غرفة التجارة الدولية لائحة تفصيلية بشأن شرط إعادة الملاءمة للعقد، **règlement d'adaptation** وفيها نظمت قواعد تدخل الغير في حالة فشل إعادة التفاوض.

وأوضحت الغرفة أنه يتعين على الأطراف المتعاقدة أن يضمنوا العقد بندا يوضح مهمة الغير في حالة فشل إعادة التفاوض، وما إذا كانت مهمة هذا الغير مجرد إصدار توصيات غير ملزمة أم أن له سلطة إصدار قرارات ملزمة.

ثانيا: الأساس القانوني للالتزام بإعادة التفاوض، وموقف المشرع الجزائري.

قد يكون أساس الالتزام بإعادة التفاوض عقديا، إذا اشترط الأطراف ذلك في العقد، كما قد يكون أساسه غير عقدي إذا لم يتوقع الأطراف حدوث ما يستدعي إعادة التفاوض أثناء إبرامهم للعقد.

---

1 محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، المجلد الأول، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008، ص 306.

2 غرفة التجارة الدولية **cci** من أهم المنظمات التي تهتم بتطوير قانون التجارة الدولية، ويعود نشأتها إلى سنة 1919 من خلال المؤتمر الدولي للتجارة الذي عقد بمدينة **Atlantic city** في الولايات المتحدة الأمريكية.
يقع مقر الغرفة بباريس، وفيها عقد مؤتمرها التأسيسي سنة 1920.
تعد غرفة التجارة الدولية هيئة استشارية للمجلس الاقتصادي والاجتماعي لهيئة الأمم المتحدة، حيث تجمع خبرات مختلفة من جميع أنحاء العالم.
أنظر **سعد الله عمر**، مرجع سابق، ص 118.

3 محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 306.

1-أساس إعادة التفاوض عند وجود شرط إعادة التفاوض. la renégociation contractuelle prévue

تتمثل هذه الحالة في وضع الأطراف المتعاقدة أثناء مرحلة الإبرام بندا في العقد يقضي بإعادة التفاوض في حالة ظهور ظروف تجعل من تنفيذ العقد أمرا مرهقا.

فإرادة المتعاقدين في هذه الحالة طبقا لمبدأ سلطان الإرادة هي الأساس القانوني للالتزام بإعادة التفاوض.

وبما أن إرادة الأطراف هي سبب الالتزام بإعادة التفاوض، فإن هذه الشروط تختلف من عقد لآخر، فهناك ما اهتمت بالجانب الاقتصادي وما يمكن أن يلحقه من اختلال وتوازن، وأخرى اهتمت بالجوانب السياسية والقانونية المصاحبة لتنفيذ العقد.

رغم الاختلافات التي قد يتم ربطها بتفعيل الشرط، إلا أنها تتفق جميعا على فرضية ظهور حدث يخل بتوازن العقد **(hypothése)**، ونظام يحاول إيجاد حلول يتم تطبيقها في حالة تحقق الحدث الأول محل الشرط **(le régime)**، وهذا ما توصل إليه الأستاذ **fontaine** أثناء ترأسه لمجموعة كلفت بدراسة ما يربوا عن خمسين (50) شرطا من شروط إعادة التفاوض.[1]

2- أساس التفاوض عند غياب شرط إعادة التفاوض (مبدأ حسن النية).

إن عدم نص الأطراف المتعاقدة على شرط إعادة التفاوض أثناء مرحلة الإبرام لا يمنع الأطراف من اللجوء إلى طلب إعادة التفاوض، إلا أن أساس اللجوء القانوني لتفعيل الشرط يختلف.

فطلب إعادة التفاوض في هذه الحالة لا يكون على أساس عقدي مثل الحالة الأولى، بل يتم الاستناد إلى مبدأ آخر وهو مبدا حسن النية.

---

1 هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016، ص 26.

فمبدأ حسن النية لا يعني الالتزام بما ورد في العقد فقط، وإنما كذلك الالتزام بما تقتضيه العدالة والممارسة أو القانون بالنظر إلى طبيعة الالتزام. [1]

ففي الفترة الممتدة بين 1967 و1977 ومن أصل ثلاث وأربعون (43) عملية إعادة تفاوض أحصاها الأستاذ **Walde**، فإن أربع (4) عمليات فقط استندت إلى بند في العقد يشترط إعادة التفاوض، بينما 39 عملية المتبقية كلها لم يرد في العقد شرط إعادة التفاوض، فلم يكن إذا مبدأ سلطان الإرادة مصدرا لإعادة التفاوض فيها.

وفي سنة 1989 أصدرت غرفة التجارة الدولية بباريس قرارا أكدت فيه ارتباط مبدأ حسن النية بالتعاون بين أطراف العقد، حيث نصت على أنه:

" إن أحد آثار المبدأ المشار إليه في نص المادة 3/1134 من القانون الدولي لساحل العاج القاضي بأن العقود يجب أن تنفذ بحسن نية، يتمثل في وجوب تعاون أطراف العقد بحسن نية من أجل تحقيق الأهداف التي من أجلها أبرم العقد....

فمبدأ حسن النية والصدق يجبران كل متعاقد على تسهيل تنفيذ التزام المتعاقد الآخر".[2]

يتضح من القرار أعلاه أن مبدأ حسن النية يقضي بضرورة تعاون الأطراف على تنفيذ الالتزامات العقدية، فلو تغيرت الظروف ينبغي على الأطراف العمل على تذليل العقبات من أجل مواصلة تنفيذ العقد حسب رغبة الأفراد يوم إبرامهم للعقد، ولا شك أن رغبتهم كانت تتجه لإحداث توازن بين الالتزامات المتقابلة للأطراف، فمبدأ حسن النية يقتضي مناقشة الحادث المفاجئ الذي أدى

---

1 تنص المادة 7.1 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية على أنه:
" يلتزم كل طرف بأن يتصرف وفقا لما يقتضيه حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية".
أمية علوان وآخرون، مرجع سابق، ص 16.

[2] « L'une des conséquences du principe rappelé à l'article 1134 du code civil de Côte d'Ivoire, salon lequel les contrats doivent être exécutés de bonne foi, est que les parties doivent coopérer de bonne foi afin de parvenir aux buts communs sur lesquels il y a eu un accord contractuel … la bonne foi et la loyauté obligent un contractant à faciliter à son contractant l'exécution de son obligation ».
C.C.I., N°. 9593, Bill. CCI, 1999 N° 2, p. 107

أشار إليه:
P. ACCAOUI – LORFING, The contractually unforeseen renegotiation, R. D.A.I, N° 1, France, 2010, p p35- 145

إلى اختلال توازن العقد ومحاولة إيجاد حلول لذلك، فيكون أساس إعادة التفاوض هنا هو مبدأ حسن النية لا مبدأ سلطان الإرادة لعدم إدراج شرط في العقد يفرض الالتزام بإعادة التفاوض.

3- موقف المشرع الجزائري من شرط إعادة التفاوض.

إعادة التفاوض هو نتيجة وأثر للظروف الطارئة، كما تمت الإشارة إليه سابقا. فلو عدنا إلى الظروف الطارئة في القانون الجزائري نجد أن موقف المشرع الجزائري كان واضحا في المادة 3/107 من القانون المدني.

ويمنع المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة 107 ق.م.ج الأطراف المتعاقدة من تضمين عقودهم أي شرط يستبعد إعمال نظرية الظروف الطارئة قصد إبعاد تدخل القاضي من أجل رفع أي إرهاق يحدث في حال ما اختل توازن العقد.

وبالتالي فإن العقد الدولي الذي يكون أحد أطرافه شخصا جزائريا عاما أو خاصا أو كان القانون الجزائري هو المختص للفصل فيه لا يمكن تضمينه شرط إعادة التفاوض، لأن هذا الأمر مخالف للمادة 3/107 والتي تعد من النظام العام، فالقاضي وحده يملك سلطة تعديل العقد ورفع الإرهاق الذي يحدث بسبب الظروف الطارئة، وأي اتفاق على خلاف ذلك يعد باطلا.[1]

فإذا كان القانون الجزائري هو المختص بالنظر في النزاعات التي تحدث أثناء تنفيذ عقد تجاري دولي فلا فائدة من تضمينه شرط إعادة التفاوض لأن الشرط مطبق بقوة القانون، إلا أنه لا يعترف للأطراف بأي سلطة في تعديل العقد بل يحتكر القاضي هذه السلطة حيث يقوم بتعديل العقد حسب ما يرفع الإرهاق.

1 تنص المادة 107 ق.م.ج على أنه:
" غير أنه إذا **طرأت حوادث استثنائية عامة** لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، 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**"

ولو أخذنا بعض العقود الدولية التي كان أحد أطرافها شخصا وطنيا جزائريا نلاحظ انعدام أي بند أو حتى إشارة لشرط إعادة التفاوض، وكمثال العقد المبرم بين شركة نفطال وشركة **Shell aviation limited**، إذ نصت المادة 21 منه على أنه:

" كل خلاف أو نزاع من أي نوع ينشأ بين البائع والمشتري يتعلق بتنفيذ العقد القائم بينهما، والذي لم تتم تسويته وديا، يفصل فيه نهائيا من طرف محكم وحيد، إذا تمكن الأطراف من الاتفاق على اختياره.

وفي حالة العكس يسوى النزاع نهائيا وفق قواعد التوفيق والتحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية من طرف (03) محكمين معينين وفقا لهذه القواعد.

في حالة اللجوء للتحكيم، فالقانون الواجب التطبيق على هذا العقد هو القانون الساري المفعول في الجزائر.

مكان التحكيم يكون في باريس – فرنسا.

لغة التحكيم تكون الفرنسية".

فإذا لم تتم الإشارة من قبل الأطراف المتعاقدة إلى ضرورة إعادة التفاوض ولم يتم تضمينه في العقد في حالة الظروف الطارئة فإنه بالعكس من ذلك تمت الإشارة إلى إعادة التفاوض في حالة القوة القاهرة في المادة 19 من نفس العقد، بنصها:

" تعفى الأطراف المتعاقدة مؤقتا أو كليا أو جزئيا من تنفيذ التزاماتهم، إذا تأثرت هذه الأخيرة بالقوة القاهرة.

يقصد أطراف هذا العقد بالقوة القاهرة، كل فعل أو حدث غير متوقع لا يمكن دفعه ويخرج عن إرادة الأطراف، وعلى الطرف الذي واجه قوة قاهرة أن يثبت قيامها.

والطرف الذي يدعي بوجود قوة قاهرة يلتزم فورا وبصفة مستعجلة بإخطار الطرف الآخر بوقوع الحدث المكون للقوة القاهرة عن طريق الهاتف أو الفاكس أو التلكس مع الإشعار بالوصول.

تؤجل تنفيذ التزامات أحد الطرفين أو كلاهما المتأثرة من جراء القوة القاهرة، وإذا اقتضى الأمر يتم إعادة التفاوض باتفاق مشترك خلال المدة التي تستمر فيها القوة القاهرة".[1]

ويلاحظ من المادتين أن الأطراف تطرقوا إلى إعادة التفاوض في حالة القوة القاهرة دون تطرقهم إلى ذلك في حالة الظروف الطارئة، وقد يرجع ذلك حسب رأينا إلى تأثر واضعي العقد بالتشريع الفرنسي والذي كان من الرافضين أصلا لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ولم يعترف بها إلا مؤخرا سنة 2016، بعد تعديل القانون المدني الفرنسي.[2]

كما أن عدم التطرق إلى شرط إعادة التفاوض بسبب الظروف الطارئة والحديث عنه في حالة القوة القاهرة، قد يعود أيضا إلى القانون المدني الجزائري، فبما أن القانون الجزائري هو المختص بالفصل في أي نزاع حسب نص العقد أعلاه، فالمشرع الجزائري لما تطرق إلى الظروف الطارئة في المادة 107 أعطى للقاضي وحده السلطة في تعديل العقد في حال طرأت ظروف على العقد جعلت من تنفيذه أمرا مرهقا، بل وجعلت أي خلاف لذاك عملا باطلا ومخالف للنظام العام، لذلك قد يتصور أن واضعي العقد قد امتثلوا للتشريع الجزائري ولم يتطرقوا لشرط إعادة التفاوض في حالة الظروف الطارئة، كما أن تطرقهم لذات الشرط في حال القوة القاهرة يثبت خضوعهم للقانون الجزائري حيث أن النص الذي نظم القوة القاهرة في القانون المدني الجزائري أجاز الاتفاق على تحمل المدين لتبعة القوة القاهرة، كما أجاز استبعاد المسؤولية عنه، فمن باب أولى يمكن الاتفاق على سبل معالجة آثار القوة القاهرة بما أنها لا تعد من النظام العام ولعل شرط إعادة التفاوض أفضل حل لذلك.[3]

---

[1] أنظر **الملحق رقم05** المتضمن العقد المبرم بين شركة نفطال وشركة **Shell aviation limited**، لا سيما المادتين 19 و21 منه.
نموذج العقد مقتبس من ملاحق مذكرة مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، 127.

2 أنظر الصفحة 79 بخصوص الأمر 2016-131 الذي عدل القانون المدني الفرنسي بإضافة الماة 1195 التي وضعت نظرية الظروف الطارئة لأول مرة في القانون المدني الفرنسي.

3 تنص المادة 178 ق.م.ج على أنه:
" يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة.
وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أي مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزاماته.
ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الاجرامي".

وفي هذا الصدد يقول الأستاذ تركي نور الدين:

" منذ صدور القانون المدني في سنة 1975، فالعقود الدولية الطويلة المدى المبرمة من قبل المتعاملين الوطنيين لا تتضمن شرط إعادة التفاوض **"hardship"**، وهذا يفسر بأن المادة 107 الفقرة الثالثة من القانون المدني الجزائري التي تنظم نظرية الظروف الطارئة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، فهي من النظام العام، وبالتالي يمنع على الأطراف تنظيم شرط إعادة التفاوض في العقود الدولية المبرمة وفقا للقانون الجزائري"[1]

وقد يرجع عدم تضمين العقود التي يكون أحد أطرافها جزائري شرط إعادة التفاوض، إلى عدة أسباب أخرى، حيث يرى الأستاذ **blanc** مثلا أن بعض الأطراف تشترط إعادة التفاوض في حالة حدوث القوة القاهرة ليس فقط في حالة إذا كان تنفيذ الالتزام مستحيلا، بل حتى في حالة إذا كان تنفيذ الالتزام أمرا مرهقا[2]، فهي في هذه الحالة تقصد القوة القاهرة والظرف الطارئ أيضا دون تحديده.[3]

وحسب رأينا فإن اعتراف المشرع الفرنسي مؤخرا بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني وتضمينه شرط إعادة التفاوض سيؤثر حتما على عقود التجارة الدولية المبرمة بعد تاريخ 2016، وبالتالي وبصفة غير مباشرة فإن عقود التجارة الدولية التي يكون أحد أطرافها جزائري وبما أنها

[1] **Terki Nour-eddine**, Les clauses de force majeure et de hard ship dans les contrats internationaux, revue algerienne des sciences juridiques, economiques et politiques, décembre, n02, université d'alger, faculté de droit, algerie, 2010, p 11.

[2] حسب تحليلنا لمفهوم الأستاذ **blanc** فإن المادة 19 من العقد المبرم بين شركة نفطال وشركة **Shell aviation limite** حين نصت على إعفاء الأطراف المتعاقدة مؤقتا أو كليا أو جزئيا من تنفيذ التزاماتهم، إذا تأثرت هذه الأخيرة بالقوة القاهرة، لم تكن تقصد الاستحالة المطلقة فقط بل حتى النسبية منها، بعبارة أخرى الاتفاق يسمح بتفعيل شرط إعادة التفاوض في حالة القوة القاهرة وكذا حالة الظروف الطارئة.

[3] Voir ART (59) – contrat – SNMC/Sybettre et art (24/3) contrat sonacom / Berbiet, et aussi art contrat sonacom / polain et art (13) .projet de contrat sonic" ,Cité par Blanc (G) , Blanc (G), le contrat d'équipement industriel, l'exemple algérien, Thèse doctorat en droit, Aix Marseille, 1980, p 579/580,

نقلا عن مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 203.

غالبا ما تضع من غرفة التجارة الدولية الكائن مقرها بباريس الجهاز المختص للتحكيم في حال طرأ أي نزاع على العقود التي تكون طرفا فيها، فأكيد مستقبلا ستتأثر عقود التجارة الدولية التي تكون الجزائر طرفا فيها باعتراف المشرع الفرنسي بنظرية الظروف الطارئة.

ورغم أن القانون المدني يمنع إضافة شرط إعادة التفاوض في حالة الظروف الطارئة، إلا أنه يمكن للأطراف أن تتحجج بالقول أن هذا المنع يسري على القاضي الوطني فقط، وليس على المحكم.

ومن الأفضل أن يتفادى المشرع الجزائري كل هذا اللغط واللبس، فيسمح بإعادة التفاوض في حالة الظروف الطارئة أو يجعل على الأقل من المادة التي نظمت هذه الظروف شأنا غير متعلق بالنظام العام، مثلها مثل المادة التي تحدثت عن القوة القاهرة.

الفرع الثاني: شروط إعمال إعادة التفاوض بسبب الظروف الطارئة.

إن الشروط الواجب توافرها لإعمال شرط إعمال التفاوض هي نفسها الشروط الواجب توافرها من أجل إعمال نظرية الظروف الطارئة، والتي يمكن إيجازها فيما يلي:

- عدم التوقع.
- عمومية الحادث.
- استثنائية الحادث.
- عدم وجود علاقة بين الظرف والأطراف.
- أن يؤدي الظرف إلى اختلال توازن العقد.

وتضيف بعض التشريعات الأخرى كالمشرع الفرنسي والمبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية التي تم إعداداها من قبل اليونيدروا، تضيف شرط آخر هو:

- عدم تحمل تبعة المخاطر من الطرف المضرور.[1]

1 في تعريفها للظروف الشاقة وشروطها نصت المادة 2.2.6 من المبادئ العامة لليونيدروا على أنه:
" تتوافر الظروف الشاقة إذا وقعت أحداث تخل بصورة جوهرية بتوازن العقد .....
ولتوافر الظروف الشاقة حسب ذات المادة من اليونيدروا يجب توافر ما يلي:
.....
د- أن لا يكون الطرف الذي تعرض لهذه الأحداث قد تحمل بخطر وقوع هذه الظروف."

فشرط العمومية والاستثنائية واختلال توازن العقد كلها متعلقة بالحادث، بينما شرط عدم التوقع وخروج الحادث عن إرادة الأطراف بالإضافة إلى عدم تحمل تبعة المخاطر متعلقة بالمدين الذي أصابه الإرهاق نتيجة الظروف الطارئة التي تتطلب إعادة التفاوض.

أولا: العناصر المتعلقة بالحادث.

تشمل العناصر المتعلقة بالحادث والواجب توافرها من أجل إعمال شرط إعادة التفاوض العمومية والاستثنائية واختلال توازن العقد.

أ- عمومية الحادث:

كما تمت الإشارة إليه لما تم الحديث عن الشروط الواجب توافرها في الظروف الطارئة، فالمقصود بالعمومية ليس ضرورة أن يشمل الحادث كامل البلد أو كامل التجار، بل قد يشمل إقليما معينا فقط أو نوعا معينا من التجارة الدولية بسبب الحادث، كاختلال أسعار النقل الدولية بسبب الارتفاع الفاحش لأسعار البترول، فالظرف العام هنا متعلق فقط بأسعار النقل مثلا، أو وجود نزاع مسلح في جهة معينة أثرت على العقد.[1]

والفرق بين شرط العمومية بين نظرية الظروف الطارئة وشرط إعادة التفاوض، هو أنه في نظرية الظروف الطارئة لا يمكن توقع الحادث، وبالتالي أي حادث قد يمس بتوازن العقد قد يعتبر

كما يربط المشرع الفرنسي بين الظروف الطارئة وضرورة عدم تحمل أحد الأطراف لتبعة المخاطر الناتجة عن تلك الظروف بقوله:

Art 1195(Modifié par L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 entré en vigueur au 1 octobre 2016) dispose :

" Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui **n'avait pas accepté d'en assumer le risque**, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. …… "

1 محمد محيي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 245.

حادثا عاما يؤدي إلى اختلال توازن العقد، بينما بخصوص شرط إعادة التفاوض وبما أن الأساس القانوني قد يكون عقديا أين يستبق الأفراد أي حادث قد يؤثر على توازن العقد، فيكون بذلك الحادث في شرط إعادة التفاوض متوقعا أو على الأقل هو ما كان يخشاه طرفي العقد، فلابد أثناء تحرير شرط إعادة التفاوض محاولة أن يشمل الشرط أكبر قد ممكن من الحوادث التي قد تؤثر على توازن العقد.

فإذا كان شرط إعادة التفاوض متعلقا فقط بأسباب أمنية كأن يتم اشتراط إعادة التفاوض إذا سيطر الثوار على ممر معين للتجارة الدولية –على افتراض أن العقد قد أبرم في ظل أزمات أمنية معينة- ففي هذه الحالة لا يمكن اعتبار زيادة أسعار النفط ظرفا عاما يستوجب إعادة التفاوض طالما لم تتم الإشارة إليه في اشتراط إعادة التفاوض، وإذا كان لا يمكن طلب إعادة التفاوض في الحالة الأخيرة على أساس عقدي، إلا أنه قد يتم طلب إعادة التفاوض على أساس آخر وهو مبدأ حسن النية الذي قد يكون أساسا قانونيا لطلب إعادة التفاوض.[1]

ب- استثنائية الحادث :

في هذا الشأن يقول الأستاذ عبد الحي حجازي أن الحادث الاستثنائي هو ذلك:

" الحادث الذي لا يندرج في عدد الحوادث التي تتعاقب وتقع وفقا لنظام معلوم".[2]

ومن هذا التعريف فإن الحادث يكون استثنائيا إذا كان نادر الوقوع كالزلازل أو اندلاع حرب.

فارتفاع الأسعار من الأمور المتوقعة، إلا أن الارتفاع الفاحش لأسعار البترول مثلا قد يكون حادثا استثنائيا إذا أثبت الطرف المضرور أن الارتفاع لم يكن متوقعا أثناء إبرام العقد بسبب نسبة الارتفاع المهولة مثلا.

والهدف المتوخى من اشتراط عنصر الاستثنائية هو عدم الخروج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، واتخاذ الحادث الاستثنائي مهما كان بسيطا مطية لطلب إعادة للتفاوض.

1 أنظر الصفحة 266 بخصوص مبدأ حسن النية كأساس لإعادة التفاوض عند غياب شرط إعادة التفاوض.
2 **عبد الحي حجازي**، النظرية العامة للالتزام، ج 1، المطبعة العالمية، القاهرة، مصر، 1962، ص 584.

جـ أن يؤدي إلى اختلال توازن العقد :

يعد هذا الشرط من أهم الشروط الواجب توافرها من أجل إعمال شرط إعادة التفاوض، فلا مجال لطلب إعادة التفاوض إذا لم يؤدي الشرط العام الاستثنائي غير المتوقع إلى اختلال توازن العقد.

وفي هذا الشأن نصت المادة 2.2.6 من المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية، بأنه:

" تتوافر الظروف الشاقة إذا وقعت أحداث تخل بصورة جوهرية بتوازن العقد إما بدفع تكاليف التنفيذ على أحد الأطراف وإما بخفض قيمة ما يتلقاه أحد الأطراف".[1]

فمن أجل تحقق الظروف الشاقة التي تبرر اللجوء إلى إعادة التفاوض لابد أن يكون الإرهاق كبيرا بشكل يخل بتوازن العقد ويسبب ضررا فادحا للمتعاقد.

والاشكال الذي قد يطرح هنا، هو كيف يتم تقدير اختلال توازن العقد، ومن أجل ذلك وضعت عدة معايير، موضوعية وأخرى شخصية ومنها ما هو مختلط.

1- المعيار الموضوعي لتقدير اختلال التوازن.

حسب هذا المعيار لا يؤخذ بالخسارة التي يتكبدها الأفراد بصفة شخصية، بل يجب أن يؤدي الحادث إلى خسارة غير مألوفة في مثل هذه العلاقات والظروف بصفة عامة.

2- المعيار الشخصي لتقدير اختلال التوازن.

حسب هذا المعيار، فإنه يؤخذ بمقدار الخسارة التي تعرض لها أحد الأطراف شخصيا، فمتى تعرض لخسارة فادحة نكون أمام حادث أدى إلى اختلال توازن العقد.

---

1 أمية علوان وآخرون، مرجع سابق، ص 584.

ومن البديهي أنه، مما يعاب على هذا المعيار هو صعوبة تقدير اختلال التوازن لتفاوته من شخص لآخر، فما يعد مؤثرا على شخص معين قد لا يؤثر بنفس القدر على شخص آخر، رغم أن كليهما ما كانا ليتعاقدا لو علما بالظرف الذي يستوجب حسبهما إعادة التفاوض لا محالة.

3- المعيار المختلط لتقدير اختلال التوازن.

هذا المعيار يتمثل في الجمع بين المعيارين الشخصي والموضوعي، فيتم تقدير اختلال توازن العقد بناء على الظروف المحيطة بالعقد ما بين مرحلة إبرام العقد وتنفيذه بصفة عامة وموضوعية.

ثم بالنظر إلى مقدار الخسارة التي تكبدها أحد الأطراف وتقديرها بصفة شخصية، حيث يختلف مقدار الإرهاق حسب اختلاف الأشخاص وقدراتهم المالية.[1]

ويميل أغلب المحكمين إلى اعتماد المعيار الشخصي لأنه الأقرب إلى الواقع والمعيار الأقدر على تحديد وجود إرهاق أدى إلى اختلال توازن العقد من عدمه.

وقد أخذت غرفة التجارة الدولية في العديد من قراراتها بمعيار شخصي لتقدير اختلال التوازن العقدي، إذا أشار القرار 2508 لسنة 1976 الصادر عن غرفة التجارة الدولية بصريح العبارة إلى أنه:

" لا يكفي أن تحتج الشركة بارتفاع أثمان البترول في السوق العالمية، بل يجب عليها أن تعرض بشكل مفصل مصادرها المالية، وتبرز لهيئة التحكيم النتائج الضارة التي أصابتها من جراء ارتفاع أثمان البترول.

خاصة وأن الشركة اعترفت أن العقد لا يمثل إلا شيئا بسيطا من رقم أعمالها العام، مما يعني عدم تأثرها بهذا الارتفاع في الأسعار".[2]

---

1 رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة، عرض لفكرة ملاءمة العقد للظروف الاقتصادية، مرجع سابق، ص ص 517-520.

2 القرار رقم 2508 لسنة 1976، وراد في مجلة القانون الدولي:
JDI, journal de droit international, Clunet, paris, France, 1977, p 293.

ثانيا: العناصر المتعلقة بالمدين.

بخصوص العناصر المتعلقة بالحادث الذي يؤدي إلى إرهاق يتوجب معه تفعيل شرط إعادة التفاوض، فيمكن تلخيصها فيما يلي:

أ- عدم التوقع :

يعرف الدكتور حسبو الفزاري عنصر عدم التوقع بأنه:

" العلم الراجح أو المحتمل بأن واقعة معينة ستحدث أو أنها لن تحدث في وقت تنفيذ العقد، بحيث يكون معلوما أن حدوث هذه الواقعة أو عدم حدوثها سيترتب عنه خلق صعوبة في تنفيذ العقد إلى حد الإرهاق".[1]

ويكمن الفرق بين عدم التوقع في الظروف الطارئة وشرط إعادة التفاوض في أنه في الحالة الأولى، يكون الحادث غير متوقع أبدا فإذا حدث يتم تفعيل الظروف الطارئة وطلب رفع الإرهاق.

بينما في الحالة الثانية وهي حالة شرط إعادة التفاوض فإن الأطراف قد تتوقع حدوث الحادث فتضمن العقد شرطا بإعادة التفاوض في حال ما إذا وقع ذلك الحادث الذي وضعوه في العقد وربطوا تفعيل شرط إعادة التفاوض بحدوثه.

فاشتراط إعادة التفاوض على أساس عقدي غالبا ما يكون قد خشي الأطراف إمكانية حدوث أمر ما، بينما في حالة إعادة التفاوض على أساس مبدأ حسن النية أو كنتيجة للظروف الشاقة فلا يتوقع الأطراف ذلك الحادث.

وهو ما ذهبت إليه المادة 2.2.6 من المبادئ المتعلقة بالتجارة الدولية عندما أشارت في النقطة ب على أنه:

---

1 حسبو الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، مرجع سابق، ص ص 329-330.

" أن لا يمكن أخذ هذه الأحداث في الحسبان بصورة معقولة من قبل الطرف الذي تعرض لها، عند إبرام العقد".[1]

ولم تستقر الأحكام الدولية على معيار واحد لتقدير عدم التوقع، فتارة تعتمد على المعيار الموضوعي وتارة أخرى على المعيار الشخصي.

فنلاحظ اعتمادها على المعيار الموضوعي في قرار التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 5617 لسنة 1986 الذي أكدت فيه على أنه:

" يتحدد عدم التوقع بوضع أحد الأشخاص في نفس الوقت في ظروف المدين لمعرفة ما إذا كان من الممكن أن يأخذ في اعتباره الحدث وقت ابرام العقد".[2]

ونلاحظ أن اليونيدروا قد خالف هذا الأمر فاعتمد معيارا شخصيا في المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية في المادة 2.2.6 حيث نص على أنه:

" أن لا يمكن أخذ هذه الأحداث في الحسبان بصورة معقولة من قبل الطرف الذي تعرض لها عند إبرام العقد".[3]

ويظهر جليا أن اليونيدروا اعتمد على عنصر عدم التوقع من منظور شخصي، رغم أنه قد يفهم من إضافة لفظ **"بصورة معقولة"** أن المنظور الموضوعي لم يستبعد بصفة مطلقة.

---

1 أمية علوان وآخرون، مرجع سابق، ص 220.

2 القرار 5617 لسنة 1986 الصادر عن غرفة التجارة الدولية.
وراد في مجلة القانون الدولي:
JDI, journal de droit international, Clunet, paris, France, 1986, p 1041

[3] Article 6.2.2 UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS
"There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because ……., and
(b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the ……".
https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016
Consulté le 18/01/2020 a 15h21.

ب- حادث خارج عن إرادة الأطراف.

يجب ألا يكون للأطراف المتعاقدة أي دور في حدوث الحادث الذي أدى إلى وقوع الإرهاق المتطلب لإعادة التفاوض، وهذا شرط منطقي. فلا يعقل أن يتسبب أحد الأطراف في حدوث الحادث ثم يطلب إعادة التفاوض بحجة الإرهاق، وحتى إذا لم تنص الاتفاقيات والقوانين على هذا الشرط فهو من البديهيات المتوقعة والمفترض احترامها في عقود التجارة الدولية وغيرها من العقود.

وقد نصت المادة 2.2.6 من المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية بهذا الخصوص على أنه:

" أن تكون هذه الأحداث خارجة عن سيطرة الطرف الذي تعرض لها ".[1]

جـ- عدم تحمل تبعة المخاطر من الطرف المضرور.

كما سبق القول آنفا، فإن الأساس القانوني لاشتراط إعادة التفاوض قد يكون عقديا وقد يكون غير عقدي.

فإذا كان عقديا كأن يتم تضمين العقد شرط إعادة التفاوض، فهنا لا مجال للبحث عن توافر شرط تحمل تبعة المخاطر، فمجرد تضمين العقد شرط إعادة التفاوض يعني أن الأطراف لم ولن تقبل بتحمل تبعة المخاطر.

لكن في الحالة التي يكون شرط إعادة التفاوض راجع لمبدأ حسن النية ولم يشترط في العقد، فيجب بالإضافة إلى توافر ظروف شاقة تؤدي إلى طلب إعادة التفاوض ألا تكون الأطراف المتعاقدة قد قبلت بتحمل تبعة المخاطر.

[1] Article 6.2.2 UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS
"There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because ……., and
(c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and…….".
https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016
Consulté le 18/01/2020 a 15h35.

وتنص في هذا الشأن الفقرة الأخيرة من المادة 2.2.6 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية على أنه: " أن لا يكون الطرف الذي تعرض لهذه الأحداث قد تحمل بخطر وقوع هذه الظروف".[1]

فلا يمكن القول بوجود ظرف شاق إذا كان الطرف المضرور قد تحمل تبعة ذلك في العقد المبرم، فلا مجال لطلب إعادة التفاوض، طبعا هذا في حالة عدم اشتراط إعادة التفاوض في العقد الأصلي.

وليس من الضروري أن يكون تحمل التبعة صريحا، فقد يستخلص من طبيعة العقد، فيعتبر الطرف الذي وافق على عمل معين في ظروف استثنائية قد قبل درجة معينة من المخاطر، ومثاله الشركة التي تتعاقد من أجل التنقيب والحفر في بلد يشهد حربا أهلية، فيفترض أنه بمجرد تعاقدها قد قبلت تحمل المخاطر بصفة ضمنية لأن العقد قد أبرم في ظل أجواء غير عادية.[2]

فإذا كانت المادة 2.2.6 من اليونيدروا تفترض عدم وجود ظروف شاقة إذا قبل أحد الأطراف بصفة ضمنية أو صريحة تحمل تبعة المخاطر، فإن ذلك يعني بالتعدي عدم إمكانية طلب إعادة التفاوض كأثر لتلك الظروف.[3]

في الجزائر تعد نظرية الظروف الطارئة من النظام العام، فلا يمكن لأحد الأطراف تحمل تبعة أي ظرف قد ينتج واستبعاد إعمال النظرية، إذ أن المادة 3/107 من القانون المدني تعتبر باطلا أي إجراء يرمي إلى سلب سلطة القاضي في تعديل العقود التي يلحقها إرهاق بسبب الظروف الطارئة، بالإضافة إلى أن ذات المادة لم تتحدث عن إعادة التفاوض وأعطت للقاضي وحده سلطة تعديل العقد في حالة توافر شروط الظروف الطارئة.

---

[1] Article 6.2.2 UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS
"There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because ……., and
(d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party".
https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016
Consulté le 18/01/2020 a 15h49.

2 أمية علوان وآخرون، مرجع سابق، ص 223.

3 وهو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي، حين ربط في المادة 1195 من القانون المدني بعد أخذه بنظرية الظروف الطارئة لأول مرة سنة 2016، بضرورة عدم تحمل الطرف المتضرر لتبعة المخاطر بنصه على:
".....onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque..... "

المطلب الثاني: دور نظرية الظروف الطارئة في بروز شرط إعادة التفاوض وتمييزه عن المصطلحات المشابهة له.

سنتطرق في هذا المطلب إلى محاولة إبراز العلاقة بين الأنظمة القانونية التي أخذت بنظرية الظروف الطارئة والدور الهام الذي لعبته النظرية في ظهور شرط إعادة التفاوض، لذلك سنتطرق إلى علاقة نظرية الظروف الطارئة بشرط إعادة التفاوض **(فرع أول)**، ثم بعد ذلك سيتم تبيان الفرق بين شرط إعادة التفاوض وبعض المصطلحات المشابهة له، كشروط التعديل والقوة القاهرة والتعديل الاتفاقي **(فرع ثان)**.

وقد تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

المطلب الثاني: دور نظرية الظروف الطارئة في بروز شرط إعادة التفاوض وتمييزه عن المصطلحات المشابهة له.

- الفرع الأول: علاقة نظرية الظروف الطارئة بشرط إعادة التفاوض.
- الفرع الثاني: تمييز فكرة إعادة التفاوض عن المصطلحات المشابهة.

الفرع الأول: علاقة نظرية الظروف الطارئة بشرط إعادة التفاوض.

تمت الإشارة آنفا إلى أن الأساس القانوني لشرط إعادة التفاوض قد يكون ذا أساس عقدي، أي تم النص عليه في العقد المبرم بين الأطراف، وقد يكون ذو أساس غير عقدي، يتمثل في مبدأ حسن النية.[1]

بعض الأنظمة القانونية التي أخذت بنظرية الظروف الطارئة، أعطت للأطراف إمكانية إعادة

التفاوض ليس على أساس عقدي ولا على أساس مبدأ حسن النية، بل أن هذه الأنظمة نصت في نصوصها القانونية على ذلك، لذلك نجد أن هناك علاقة وجود بين نظرية الظروف الطارئة ومبدأ

[1] أنظر الصفة رقم 265 بخوص الأساس القانوني لشرط إعادة التفاوض (قد يكون عقديا أو غير عقدي يتمثل في مبدأ حسن النية)

شرط إعادة التفاوض، فأغلبية الأنظمة التي أخذت في تشريعاتها بنظرية الظروف الطارئة أخذت كنتيجة لتحقق تلك الظروف وكسبيل لمعالجتها بشرط إعادة التفاوض.

أولا: التشريعات التي أخذت بنظرية الظروف الطارئة.

تسمح التشريعات التي نصت في قوانينها على نظرية الظروف الطارئة في أغلب الحالات على إجراء إعادة التفاوض كسبيل لإعادة التوازن للعقد الذي اختل توازنه بسبب الظروف الطارئة.

1- موقف اليونيدروا من نظرية الظروف الطارئة وشرط إعادة التفاوض.

في هذا الشأن تنص المادة 3.2.6 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية المعدة من قبل المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في فقرتها الثالثة على أنه:

" في حالة الظروف الشاقة، يحق للطرف الذي تعرض لها طلب إعادة التفاوض، ويتعين توجيه هذا الطلب مسببا دون تأخير غير مبرر".[1]

فالملاحظ هنا وجود علاقة وطيدة بين الظروف الشاقة ومبدأ شرط إعادة التفاوض.

2- موقف المشرع الفرنسي من نظرية الظروف الطارئة وشرط إعادة التفاوض.

يجب أن نميز بين موقفين، فالموقف الأول هو ذلك التي سبق صدور الأمر 2016-131 الذي عدل القانون المدني الفرنسي، حيث لم يكن المشرع الفرنسي قبل ذلك يعترف بنظرية الظروف الطارئة، أما الموقف الثاني فكان بعد 2016 حيث أنه بصدور المادة 1195 اعترف بالمشرع الفرنسي لأول مرة بنظرية الظروف الطارئة وجعل من إعادة التفاوض أحد الحلول الأساسية لرفع الإرهاق الناتج عن هذه الظروف، بالإضافة إلى سبل أخرى كتدخل القاضي لرفع الإرهاق مثلا في حال فشل الأطراف في التوصل لحل كفيل برفع الإرهاق.

[1] Article 6.2.3 PRINCIPES D'UNIDROIT RELATIFS AUX CONTRATS DU COMMERCE INTERNATIONAL
"En cas de **hardship**, la partie lésée peut demander **l'ouverture de renégociations**. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée..... ".
https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016
consulté le 13/05/2020 a 01h54.

أ- موقف المشرع الفرنسي قبل 2016 :

لقد كان النظام القانوني الفرنسي من أشد الأنظمة الرافضة لإمكانية مراجعة شروط العقد، حيث كان القانون المدني رافضا بشكل قطعي لفكرة ونظرية الظروف الطارئة وما قد ينتج عنها من إعادة التفاوض.

حيث كانت محكمة النقض تستبعد النظرية ولا تستند لا على مبدأ حسن النية ولا على الظروف التي أثرت على المدين السيء الحظ، وقد بررت محكمة النقض ذلك الرأي المتشدد بوجوب الحفاظ على مبدأ سلطان الإرادة والائتمان والثقة بين الأطراف، حسب ما تم التعاقد عليه أول الأمر.[1]

ورغم عدم اعتراف القانون المدني سابقا بنظرية الظروف الطارئة، إلا أن القانون الإداري كان سباقا في الأخذ بنظرية الظروف الطارئة في المجال الإداري.[2]

ب- موقف المشرع الفرنسي بعد سنة 2016 .

لقد كانت سنة 2016 نقطة فارقة في القانون المدني الفرنسي، إذ اعترف المشرع الفرنسي للمرة الأولى بنظرية الظروف الطارئة، وليس هذا فقط بل أعطى إمكانية إعادة التفاوض على العقد، حتى دون أساس عقدي، إذ يمكن للطرف الذي تعرض لإرهاق بسبب ظرف طارئ أن يطلب إعادة التفاوض.

ولقد كان للأمر 2016-131 الأثر البالغ في تغيير موقف المشرع الفرنسي من نظرية الظروف الطارئة التي كان رافضا لها منذ 17 فيفري 1804، حيث كان يعتد بالقوة الملزمة للعقد طبقا للمادة 1134 واستمر الأمر لغاية 1أكتوبر 2016 تاريخ دخول الأمر 2016-131 حيز التنفيذ وتم تعديل المادة 1134 ودخول المادة 1195 حيز التنفيذ والتي اعترفت لأول مرة بنظرية الظروف الطارئة، إذ نصت على أنه:

[1] Cass, com 18 dec 1979, bultein IX , n 339.

2 راجع الصفحة 67 بخصوص قضية غاز بوردو والتي تبين بجلاء اعتراف المشرع الفرنسي في المجال الإداري بنظرية الظروف الطارئة.

" إذا حدثت ظروف طارئة وغير متوقعة أثناء تنفيذ العقد تجعل من تنفيذه **أمرا شاقا** لأحد الأطراف ولم يتقبل تحمل ذلك، يمكن لهذا الأخير أن يطلب من الطرف الآخر **إعادة التفاوض** على محتوى العقد، مع الاستمرار في تنفيذ التزاماته اثناء مرحلة التفاوض....."[1]

فبات واضحا أن المشرع الفرنسي لم يعترف بنظرية الظروف الطارئة فحسب، بل أعطى إمكانية طلب إعادة التفاوض، حتى إذا لم تكن الأطراف قد اتفقت واشترطت ذلك في العقد.

3- موقف التشريعات الجزائرية والعربية من الأخذ بكل من نظرية الظروف الطارئة وشرط إعادة التفاوض.

لقد كان موقف التشريعات العربية مختلف عن التشريعات المذكورة أعلاه، فإذا كانت التشريعات العربية قد أخذت كلها تقريبا بنظرية الظروف الطارئة وأعطت حلولا لمعالجة ذلك، لعل أبرزها إعطاء السلطة للقاضي من أجل تعديل العقد قصد رفع الإرهاق، فإنها لم تتطرق بتاتا إلى شرط إعادة التفاوض، بل وأكثر من ذلك، إذ اعتبرت أن أي مخالفة لتلك المواد هو أمر غير جائز ومخالف للنظام العام.

فلا يمكن حسب القانون المدني الجزائري للأطراف الاتفاق على إمكانية إعادة التفاوض في حالة وجود ظروف طارئة من أجل تعديل العقد، وجعلت هذا الأمر حكرا على القاضي الذي يمكنه وحده رفع الإرهاق وأي مخالفة لذلك يعد أمرا باطلا بطلانا مطلقا، حيث تنص المادة 03/107 من القانون المدني على أنه:

"غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، 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**"[2]

---

[1] Art 1195(Modifié par L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 entré en vigueur au 1 octobre 2016) dispose :

" **Si un changement de circonstances imprévisible** lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut **demander une renégociation du contrat** à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation……."

2 الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المادة 3/107.

وقد يتساءل البعض عن مصير عقود التجارة الدولية التي يكون أحد أطرافها شخصا جزائريا عاما أو خاصا.

فالأصل أنه لا يجوز الاتفاق على شرط إعادة التفاوض خاصة إذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري فيحتكر هذه الصلاحية القاضي وحده.

ومن أجل تفادي هذا الإشكال يتفق الأطراف إذا كانت لهم نية إعادة التفاوض على حل آخر يتمثل في اللجوء إلى التحكيم في حالة وجود نزاع أو جعل قانون دولة أخرى هو المختص للفصل في النزاع إذا كان يسمح بإعادة التفاوض، ولقد جاء موقف المشرع المصري مطابقا لموقف المشرع الجزائري، حيث أنه سمح للقاضي في المادة 2/147 أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة حدوث حوادث استثنائية لم تكن في الحسبان تهدد المدين بخسارة فادحة، حيث أعطت حق رفع الإرهاق للقاضي وحده دون النص على إمكانية التفاوض من قبل الأطراف، بل ومنعت أي اتفاق مخالف لهذا الأمر.[1]

وقد سارت على نهج التشريع المصري بالإضافة إلى المشرع الجزائري بقية التشريعات العربية إذ ضمت تقنيناتها المدنية مادة طبق الأصل للمادة 147 من القانون المدني المصري.[2]

ثانيا: التشريعات التي لم تتضمن نظرية الظروف الطارئة.

هناك بعض الأنظمة القانونية للدول وإن لم تأخذ بنظرية الظروف الطارئة كتشريع واضح، إلا أن القضاء لديها أخذ بهذه النظرية وإن كان ذلك تحت مسميات أخرى، وكمثال على ذلك القضاء الألماني والإنجليزي.

---

1 تنص المادة 2/147 من التقنين المدني المصري الصادر سنة 1984 على أنه:
" ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ويترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

2 من التشريعات العربية التي وضعت مادة طبق الأصل للمادة 147 من القانون المصري إضافة إلى المشرع الجزائري في المادة 107 ق.م.ج نجد كلا من: المشرع العراقي (م 2/146)، الليبي (2/147)، السوري (2/148).

1- موقف القضاء الألماني من نظرية الظروف الطارئة وشرط إعادة التفاوض.

نلاحظ أن التشريع الحديث الألماني في قانونه المدني لم يتطرق إلى نظرية الظروف الطارئة، والشيء اللافت للانتباه أنه قبل صدور التشريع الحديث لسنة 1900 فإنه قد سبق للقانون المدني وأن تطرق لنظرية الظروف الطارئة، ثم بعد ذلك تولى القضاء هذا الأمر.[1]

رغم أن المشرع الألماني لم يتطرق إلى نظرية الظروف الطارئة، فإن القضاء الألماني كان يسمح بتعديل العقد إذا أدى حادث ما إلى اختلال كبير في توازن العقد طبقا لما سماه بفكرة الاستحالة في اتجاه أقرب ما يكون إلى نظرية الظروف الطارئة.

ومن جهة أخرى كان يسمح بإعادة التفاوض، حتى دون أن يكون الأطراف قد اتفقوا على ذلك، ورغم عدم نص التشريع الألماني على ذلك، إذ كان يسمح بذلك على أساس مبدأ حسن النية.[2]

وقد اعتمد الفقه والقضاء الألمانيين بعد ذلك على نظرية أخرى هي أقرب إلى القوة القاهرة، حيث تسمح بفسخ العقد وليس مجرد تعديله عند بروز ظروف تغير من ظروف العقد تغييرا جذريا، وقد أطلق على النظرية مبدأ اختفاء الأساس التعاقدي **"Disparition du fondement contractuel ".**

2- موقف القضاء والفقه الإنجليزيين من نظرية الظروف الطارئة وشرط إعادة التفاوض.

لقد كانت التشريعات الإنجليزية باختلاف درجاتها متشددة ورافضة لفكرة أو نظرية الظروف الطارئة، فكانت تلزم الأطراف بتنفيذ جميع تعاقداتها حسب ما تم النص عليها في العقد مهما اختلفت الظروف، إلا إذا كان التنفيذ مستحيلا ففي هذه الحالة يتم تطبيق ما يسمى بنظرية انهيار العقد **"frustration contractuel "**، ودون ذلك لا مجال لتخفيف أي إرهاق.

---

1 محمد محيي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 57.

[2] **Oppetit (B)**, La theorie de l'imprévision en droit comparé, revue DPCI, Annexe n°1, dr, prat, com.int, Paris, France, 1976, p45.

تدخل القضاء في محاولة للتخفيف من وطأة نظرية الانهيار العقدي ليبتدع ما يسمى بنظرية الاستحالة المادية ونظرية أخرى تحت مسمى نظرية استحالة الهدف.[1]

وباختصار فإن التشريعات التي نصت على شرط إعادة التفاوض كنتيجة لوجود ظرف طارئ أو ظروف شاقة كاليونيدروا والمشرع الفرنسي لا يطرح لديها أي إشكال في تنفيذ شرط إعادة التفاوض، حيث كان التشريع هو الضامن لذلك.

بينما التشريعات التي نصت على الظروف الطارئة إلا أنها منعت تدخل شخص آخر غير القاضي لتعديل العقد قصد رفع الإرهاق فإنها قد منعت العمل بشرط إعادة التفاوض.

لذلك فإنه في حالة عقود التجارة الدولية ينبغي على الأطراف التفطن لهذا الأمر وإخضاع عقدهم إما إلى التحكيم في حالة وجود نزاع من أجل إمكانية إعادة التفاوض أو الاتفاق على اخضاع العقد في حالة وجود نزاع إلى قانون دولة أخرى تسمح بإجراء إعادة التفاوض.

بينما بخصوص الدول التي لم تتضمن تشريعاتها إجراء إعادة التفاوض فقد يسمح القضاء بإعادة التفاوض على أساس حسن النية،[2] إلا أن أفضل حل في هذه الحالة هو الاتفاق في العقد على شرط إعادة التفاوض على أساس اتفاقي من أجل تفادي أي إشكال لاحق، طالما أن هذه الدول لم تمنع صراحة إعمال شرط التفاوض خلافا لما انتهجته دول كالجزائر مثلا، عندما اعتبرت أن أي مخالفة لأحكام المادة 107 أمر باطل.

1 أنظر الصفحة 94 بخصوص مختلف صور الاستحالة لاسيما المادية، واستحالة الهدف.

2 قد يسمح القضاء بمراجعة العقد وإعادة التفاوض على أساس مبدأ حسن النية، كما قد يعطي للقاضي إمكانية مراجعة العقد، وهذا ما ذهب إليه المشرع السويسري الذي يعترف بنظرية الظروف الطارئة على أساس قضائي ويسمح بتدخل القاضي من أجل مراجعة شروط العقد.
راجع في ذلك:
VAN OMMESLAGHE (pierre), Les clauses de force majeure et l'imprévision (HARD SHIP) dans les contrats internationaux, Revue de droit international et de droit comparé, 1980, n1, p 134.

الفرع الثاني: تمييز فكرة إعادة التفاوض عن المصطلحات المشابهة.

سنحاول في هذا الفرع التطرق إلى أوجه الشبه والاختلاف بين فكرة إعادة التفاوض وبقية الشروط الأخرى، حيث نجد أن فكرة إعادة التفاوض تقترب كثيرا من فكرة القوة القاهرة بمفهومها الحديث على عكس فكرة القوة القاهرة بالمفهوم التقليدي الكلاسيكي، كما سنحاول التفرقة بين شرط إعادة التفاوض وشروط التعديل التلقائية للعقد، لنختم بالتفرقة بين شرط إعادة التفاوض والتعديل الاتفاقي، ومالفائدة من اشتراط إعادة التفاوض في العقد إذا كان بإمكان الأطراف الاتفاق لاحقا على تعديل العقد.

أولا: شرط إعادة التفاوض والقوة القاهرة.

يقترب شرط القوة القاهرة في مفهومها الحديث من شرط إعادة التفاوض، على عكس القوة القاهرة بالمفهوم الكلاسيكي.

أ- المفهوم التقليدي للقوة القاهرة يتعارض مع شرط إعادة التفاوض.

يوضح المشرع الفرنسي في المادة 1218 من القانون المدني الفرنسي أن حدوث قوة قاهرة في مجال العقود يكون إذا أدت أحداث خارجة عن سيطرة المدين لم يكن من الممكن توقعها أثناء إبرام العقد ولم تكن هناك إمكانية لتفاديها منع تنفيذ التزامات المدين..... .[1]

وقد وردت القوة القاهرة في التشريع الجزائري تحت مسميات عديدة، فاستخدم المشرع مصطلح القوة القاهرة والحادث الفجائي في المواد: 127، 138، 168، 176، 178، 640، 851، كما

[1] Article 1218 du code des procédure civile français (Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2)
"Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.
Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1. "
Legifrance, le service public de la diffusion du droit.
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000032041431/2016-10-01/
consulté le 26/09/2020 a 23h59.

استخدم مصطلح السبب الأجنبي في المواد: 215، 307، 336، 569، واستخدم مصطلح ظروف قاهرة في المادة 599.

والملاحظ أن الفقهاء في بعض الأحيان قد حاولوا التمييز بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ، فيقولون تارة أن القوة القاهرة تكون بسبب واقعة خارجية وأجنبية عن إرادة المدين، أما الحادث المفاجئ فيكون بسبب واقعة داخلية لصيقة بالمدين.

بينما يرى جانب آخر أن القوة القاهرة لا يمكن دفعها ولا توقعها كالزلازل عكس الحادث المفاجئ فإنه وإن كان غير ممكن الدفع فهو على الأقل ممكن التوقع كانفجار آلة مثلا.[1]

ونحن نرى أن المشرع الجزائري استعمل المصطلحين بنفس المعنى، فلم يقصد التفرقة بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ، وهو نفس ما ذهب إليه الفقيه "عبد الرزاق السنهوري" إذ يرى أنه لا مجال ولا فائدة من التفرقة بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ طالما أن النتائج القانونية المترتبة عنها واحدة وهي إعفاء المدين من التعويض وتبرئة ذمته.[2]

وإذا كان لا المشرع الجزائري ولا الفرنسي قد عرفا القوة القاهرة، فإن بعض الفقهاء قد حاولوا ذلك، فقد عرفها الفقيه الروماني **Ulppien** بأنها: " كل قوة لا يمكن مقاومتها".[3]

وعرفها القضاء الفرنسي بأنها: " ذلك الحادث الأجنبي الذي يعفي المدين من تنفيذ التزاماته شريطة أن يكون غير متوقع، ولا يمكن مقاومته".[4]

---

1 حسن عامر وعبد الرحيم، المسؤولية المدنية، دار المعارف، ط2، القاهرة، مصر، 1979، ص 389.
2 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 876.
3 محمد أبو السعيد، مفهوم القوة القاهرة، مجلة مصر المعاصرة، السنة 74، العدد 392، مصر، 1983، ص 201.
[4] Cour de cassation 3 éme chambre civile,24 mars 1993, Décision attaquée : Cour d'appel de Paris, 1991-06-06, du 06 juin 1991, Publié au bulletin. https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007030262.

وقد عرفت المحكمة العليا بالجزائر القوة القاهرة بأنها: " حدث تسبب فيه قوة تفوق قوة الإنسان، حيث لا يستطيع هذا الأخير أن يتجنبها أو أن يتحكم فيها، كما تتميز أيضا بطابع عدم قدرة الإنسان على توقعها".[1]

ويتضح من هذه التعاريف أن القوة القاهرة بمفهومها التقليدي تؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد مما يؤدي إلى فسخه وانتفاء مسؤولية المدين.

فالقوة القاهرة بالمفهوم التقليدي تختلف تماما عن شرط إعادة التفاوض، فتطبيق شرط إعادة التفاوض يكون في اختلال توازن العقد بشكل يجعل من تنفيذه أمرا مرهقا لأحد الأطراف ويؤدي هذا الشرط إلى إعادة التفاوض قصد رفع الإرهاق، بينما القوة القاهرة بمفهومها التقليدي تؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد وانتفاء مسؤولية المدين وفسخ العقد تلقائيا بحكم القانون.

وبخصوص الفرق بين القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض، حرصت المبادئ العامة المتعلقة بالعقود التجارية الدولية لليونيدروا على توضيح هذا الفرق، حيث نصت في المادة 2.2.6 على شرط إعادة التفاوض الذي يكون حال اختلال توازن الأداءات والتأكيد في المادة 3.2.6 على أن مجرد طلب إعادة التفاوض لا يعني التوقف عن مواصلة تنفيذ العقد من قبل الطرف المضرور الذي طلب إعادة التفاوض[2]،

1 قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1990/06/11، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الثاني، ص 88.

[2] Article 6.2.2 des PRINCIPES D'UNIDROIT RELATIFS AUX CONTRATS DU COMMERCE INTERNATIONAL
"Il y a hardship lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, …….. ".
Article 6.2.3 des PRINCIPES D'UNIDROIT RELATIFS AUX CONTRATS DU COMMERCE INTERNATIONAL
"En cas de hardship, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée.
2) La demande ne donne pas par elle même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations."

Article 7.1.7 des PRINCIPES D'UNIDROIT RELATIFS AUX CONTRATS DU COMMERCE INTERNATIONAL
" Est exonéré des conséquences de son inexécution le débiteur qui établit que celle-ci est due à un empêchement qui échappe à son contrôle et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre 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 surmonte les conséquences.."
https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016
consulté le 19/05/2020 a 15h23.

بينما نصت المادة 7.1.7 على انتفاء مسؤولية المدين عن عدم تنفيذ التزاماته إذا كان ذلك راجع لعائق غير متوقع عند إبرام العقد.

ومن مظاهر الاختلاف بين شرط إعادة التفاوض والقوة القاهرة بمفهومها التقليدي، هو النتائج المترتبة عن كل منهما.

فيترتب على شرط إعادة التفاوض التزام جديد على الأطراف بإعادة التفاوض على العقد، بينما يترتب على القوة القاهرة بمفهومها التقليدي فسخ العقد تلقائيا.

ب- توافق المفهوم الحديث للقوة القاهرة مع شرط إعادة التفاوض.

بما أن القوة القاهرة ليست من النظام العام في أغلب القوانين الداخلية ومنها التشريع الجزائري، الذي يجيز أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة،[1] إذ أنه في العديد من الأحيان يقوم الأطراف بوضع شرط اتفاقي يطلق عليه شرط القوة القاهرة " **la clause de force majeure**" ، حيث يسمح هذا الشرط بتجنب الآثار الناتجة عن القوة القاهرة بمفهومها التقليدي والتي تؤدي حتما إلى فسخ العقد، فيسمح هذا الشرط بإنقاذ العقد وتجنب فسخه في حالات كثيرة، وهو ما يدفع بالأطراف إلى تبني مفهوم موسع وحديث للقوة القاهرة يسمح بتجنب فسخ العقد وإعادة النظر فيه في شكل أقرب ما يكون إلى شرط إعادة التفاوض منه إلى القوة القاهرة التقليدية.

وفي هذا الشأن يقول الأستاذ **Fontaine:**

" يتفق الأطراف في الغالب في شروط القوة القاهرة على إعادة التفاوض في العقد بهدف تعديله، وفي هذه الحالة يمكن أن يندرج شرط القوة القاهرة ضمن طائفة شروط مراجعة العقد"[2]

1 تنص المادة 178 ق.م.ج على أنه:
يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة".

[2] **Fontaine Marcel**, Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses, op .cit, p 242.

كما يرى الأستاذ **khan** أن مفهوم القوة القاهرة بالمفهوم الحديث أصبح فعلا أقرب إلى شرط إعادة التفاوض الذي يسمح بتفادي الفسخ التلقائي للعقد، حيث يقول بأنه:

" لم يعد الفسخ ينطبق بشكل تلقائي في حالة القوة القاهرة، وإنما يلتزم الأطراف بأن يتفاوضوا حول النتائج التي يرتبها وقوع الحادث، فالأمر أصبح يتعلق بشرط إعادة التفاوض" **la clause de renégociation**".[1]

وكما سبق القول فإن المواد الناظمة للقوة القاهرة ولكونها عادة ليست من النظام العام، فيمكن للأطراف اشتراط مخالفتها في تعاقداتهم من أجل تفادي فسخ العقد، بأن يشترطوا أن يتم إعادة التفاوض على العقد، ومن أمثلة هذه الشروط مثلا حسب قول **khan** أن يتم النص في العقد على أنه:

"سوف يتقابل الأطراف في أقرب مدة ممكنة لفحص الآثار التعاقدية التي سببتها أحداث القوة القاهرة، وبصفة خاصة أثرها على الثمن ومدة التنفيذ ومدى الاستمرار في العقد ".[2]

ولعل عقود التجارة الدولية هي السباقة لمحاولة تطبيق القوة القاهرة بالمفهوم الحديث الأمر الذي يسمح بالتمسك بوجوب إنقاذ العقد وتجنب فسخه في حالات كثيرة، عكس القواعد المستقرة في النظم القانونية الوطنية والتي تقضي بفسخ العقد طبقا للمفهوم التقليدي للقوة القاهرة، [3] فالنتيجة المترتبة عن القوة القاهرة بمفهومها التقليدي والمتمثل في انفساخ العقد وانتفاء مسؤولية المدين أمر نادر التطبيق في عقود التجارة الدولية، إذ تحاول هذه الأخيرة الإبقاء قدر الإمكان على العقد والحفاظ عليه، لذلك يسعى الأطراف حسب الأستاذ **فونتان** إلى إدراج شرط القوة القاهرة الذي يسمح بإعادة التفاوض إذا ما تحققت هذه القوة القاهرة من أجل انقاذ العقد لا فسخه.

وباختصار فإن القوة القاهرة تأخذ الشكل الذي يحدده الأطراف المتعاقدة، فإذا اتفقت الأطراف على إدراج شرط في العقد يسمح بالجلوس على طاولة المفاوضات إذا ما حدث أمر مفاجئ من أجل انقاذ العقد فنكون هنا أمام تطبيق القوة القاهرة بالمفهوم الحديث وبصورة أقرب إلى شرط

[1] **Khan Philippe** , La lex mercatoria et pratique de contrats internationaux, Journée d'étude juridique jean Dabin, Bruxelles, paris, Bruyant et pèdone, 1975,p199.

[2] Ibid

[3] **Fontaine Marcel,** Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses ,op .cit,p 242.

إعادة التفاوض، بينما لو لم يتبنى الأطراف هذا الطرح فإنهم يلجؤون إلى تطبيق القوة القاهرة بالمفهوم التقليدي الذي يؤدي غالبا إلى فسخ العقد بسبب استحالة التنفيذ.

ثانيا: شرط إعادة التفاوض وشروط تعديل العقد.

عنما تشترط الأطراف المتعاقدة أثناء مرحلة إبرام العقد إدراج شرط إعادة التفاوض أو حتى شرط القوة القاهرة، فهي تقصد أو ترمي إلى مراجعة العقد بصفة عامة في حالة ظهور ما يخل بالتزام أحد الأطراف مقابل ما يتلقاه من فائدة، لـــــذلك يمكن أن تسمى هذه الشـــــــــروط بشـــــروط المراجـــعة العامـــــة **"les clauses de révision générale".**

بينما شروط تعديل العقد هي شروط لا ترمي إلى الاجتماع من أجل إعادة التفاوض، بل تهدف إلى وضع ميكانيزمات معينة تخص مخاطر محددة في العقد على سبيل الحصر كزيادة الضرائب أو انخفاض العملة، وتهدف شروط تعديل العقد كما قلنا ليس إلى إعادة التفاوض بل إلى تعديل العقد تلقائيا بناء على معايير محددة من أجل توزيع المخاطر بين الأطراف، ونجد من بين هذه الشروط ما يسمى شروط تعديل العقد أو **les clauses d'adaptation du contrat**، حيث ينتج عن هذا الشرط تعديل العقد تلقائيا وتوزيع الأعباء بين الأطراف المتعاقدة في حالة تحقق أحد الشروط التي يحددها الأطراف مسبقا أثناء إبرام العقد.

1- مختلف صيغ شروط تعديل العقد.

قد تتخذ شروط تعديل العقد صيغا مختلفة، يحددها الأطراف في العقد من أجل تفادي مخاطر معينة، فهي لا تخص مراجعة العقد بصفة عامة كما هو الحال في شرط إعادة التفاوض أو شرط القوة القاهرة، بل يتم تحديد مخاطر معينة يتم تعديل العقد مباشرة حال وقوعها.

ويمكن أن نذكر على سبيل المثال بعض شروط تعديل العقد كما هو مبين أدناه.

أ- شرط المحافظ على القيمة les clauses de maintien de valeur

يمكن للأطراف المتعاقدة أن تحدد شرط المحافظة على القيمة في العقد المبرم من أجل المحافظة على القيمة الاقتصادية للعقد، فإذا تغيرت قيمة العملة نتيجة التضخم مثلا فيتم تعديل الثمن تلقائيا حسب ما تم الاتفاق عليه، كأن تتفق الأطراف على أنه في حالة حدوث تضخم للعملة بـــنسبة تفوق عشرين بالمائة (20%) يتم تعديل الثمن ورفعه بنسبة عشرة بالمائة (10%) مثلا.

ب- شرط تغير القيمة على أساس مؤشر أو أكثر la clause d'indexation

من الشروط الشائعة أيضا بخصوص شروط تعديل العقد، شرط تغير القيمة على أساس مؤشر أو أكثر.

ويتمثل هذا الشرط في ربط قيمة الالتزامات المتبادلة بين الأطراف بمؤشر معين، كأن يتم ربط الالتزامات الناتجة عن عقد نقل البضائع الدولية بثمن المحروقات وبنسبة معينة، فكلما زادت قيمة وسعر المحروقات بنسبة تفوق ثلاثين بالمائة (30%) مثلا يتم تعديل العقد وزيادة قيمته بنسبة عشرة بالمائة (10%) مثلا وهكذا.

وللأطراف الحرية في ربط قيمة العقد بأي مؤشر يرونه مؤثرا في الالتزامات المتبادلة بينهما، شريطة احترام القوانين السائدة في البلد، حيث أن بعض الأنظمة الداخلية تسمح بإدراج شرط تغير القيمة على أساس مؤشر حتى في العقود الوطنية، لكنها تمنع الربط بمؤشرات معينة ترى أنها مخالفة للنظام العام، كأن يتم مثلا ربط راتب عامل بمؤشر المستوى المعيشي للبلد أو حتى بمعدل الأجر الوطني الأدنى المضمون **SNMG**، فهذا مخالف للقانون حسب التشريع الفرنسي.[1]

[1] Cass, SOC , 5/10/2010, n 15-20390

Cour de cassation ,chambre sociale ,Audience publique du 5 octobre 2017 ,N° de pourvoi: 15-20390

بخصوص شرط تغير القيمة بسبب تغير الظروف وعدم جواز ربطها بمؤشر مخالف للنظام العام

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rennes, 27 mars 2015), que le groupe Crédit mutuel Arkéa comprend une unité économique et sociale Arkade (UES) constituée de plusieurs fédérations du Crédit mutuel et de sociétés ; que l'UES a conclu avec les organisations syndicales une convention collective comportant un mécanisme d'augmentation générale des salaires ; que cette convention a été appliquée jusqu'en 2013 ; que la fédération CFDT des syndicats de banques et assurances, le syndicat national de la banque et du crédit, le syndicat UNSA du Crédit mutuel Arkéa et le syndicat CGT du personnel du Crédit mutuel de Bretagne (les syndicats) ont assigné devant le tribunal de grande instance les sociétés composant l'UES afin de voir ordonner une augmentation générale de salaire de 1,87 % à compter du mois de janvier 2013, sous astreinte de 1 600 euros par jour de retard et de les voir condamner à payer à chacune la somme de 10 000 euros de dommages-intérêts pour résistance abusive et manquement à l'obligation de loyauté dans les négociations ;

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué ;

وإذا كان من المعلوم أنه يمكن للعامل أن يفاوض على راتبه بكل حرية طبقا لعقد العمل، لكن أن يتم ربط الراتب بمؤشر المستوى المعيشي أو الأجر الوطني الأدنى المضمون، كأن يشترط العامل أثناء إبرام العقد أن يتحصل على زيادة بنسبة تساوي معدل التضخم مثلا، أو زيادة بنسبة معينة كلما زاد الراتب الأدنى المضمون، فهذا مخالف للقوانين، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في 5 أكتوبر 2017 عندما نصت أن أي شرط تعديل يخص اتفاقيات جماعية تحدد مؤشرات مبنية على الأجر الوطني الأدنى المضمون أو مبنية على مستوى النمو الاقتصادي أو المستوى العام للأسعار أو السلع أو الخدمات ليس لها علاقة مباشرة بنشاط المؤسسة أمر مخالف ومعرض للبطلان.

وتنص بعض الأنظمة القانونية بعدم جواز ربط شرط تغير القيمة على أساس مؤشر أو أكثر في اتجاه واحد فقط، كأن يشترط الأطراف زيادة سعر النقل إذا ارتفع سعر البترول دون التخفيض من سعل النقل في حال تهاوي أسعار البترول، فهذا الشرط بهذه الصيغة يخدم طرفا واحدا فقط، دون الطرف الآخر، وهذا مجحف ومخل بتقابل التزامات الأطراف المتعاقدة.

D’AVOIR prononcé la nullité de l’article 4-3-7 de la convention collective Arkade ;

AUX MOTIFS QUE « l’article 4-3-7-1 précise que le mécanisme de continuité repose sur le calcul annuel, au mois de janvier, de la valeur en points de la rémunération de référence R2 et que ce mécanisme n’est enclenché que si la nouvelle valeur de R2 est en progression. Il décrit ensuite les mécanismes en cas d’évolution négative et positive de R2. L’article 4-3-7-2 institue trois clauses de sauvegarde qui font référence à la fois à R2 et à la MNFD ainsi qu’à l’évolution du SMIC depuis le dernier calcul de R2 et la croissance moyenne de l’indice INSEE. Au regard des références à la valeur du SMIC ou de l’indice Insee, ces articles sont nuls en ce que l’article 4-3-6 contrevient aux dispositions de l’article L. 3231-3 du code du travail et en ce que l’article 4-3-7 contrevient à la fois à ce dernier article et à l’article 79 de l’ordonnance 59-246 modifié par la loi de finances rectificative du 4 février 1959 ».

ALORS QUE l’article 4-3-7 de de la convention collective UES Arkade prévoit un dispositif dit de « continuité de la grille » qui n’est enclenché que si la rémunération de référence est en progression et qui repose sur le calcul annuel de la valeur en point de la rémunération de référence (R2) ; que la cassation à intervenir du chef de dispositif de l’arrêt qui a dit nul le mode de calcul de la rémunération de référence entraînera, par voie de conséquence, la cassation du chef de dispositif de l’arrêt qui a prononcé la nullité de l’article 4-3-7 de de la convention collective UES Arkade par application de l’article 625 du code de procédure civile ;

ET ALORS, à titre subsidiaire, QUE l’article 4-3-7 de de la convention collective UES Arkade qui ne prévoit pas d’indexation de salaire sur le SMIC est licite ; qu’en prononçant la nullité de cet article, la cour d’appel a violé l’article L. 3231-3 du code du travail et l’article 4-3-7 de la convention collective UES Arkade. Publication

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر يوم 14 جانفي 2016، حيث يرى هذا القرار أن وضع شرط لتغيير قيمة الإيجار صعودا فقط بناء على مؤشر معين، دون إمكانية التخفيض من ثمن الإيجار بناء على ذات المؤشر أمر غير مقبول. [1]

2- أوجه الشبه والاختلاف بين شرط إعادة التفاوض وشروط تعديل العقد :

سنحاول أن نوجز أوجه التشابه بين الشروط العامة من جهة والمتضمنة كلا من شرط إعادة التفاوض وشرط القوة القاهرة وبقية شروط تعديل العقد، حيث سنحاول ذكرهما مع بعض على شكل نقاط كي تسهل التفرقة بينهما:

أ- يتوجب لتعديل العقد بسبب شرط إعادة التفاوض أو شرط القوة القاهرة، أن يجتمع الأطراف المتعاقدة من أجل التفهم حول مراجعة العقد، بينما في حالة شروط تعديل العقد يتم إجراء تعديل العقد تلقائيا طبقا للمكانيزمات التي تم ضبطها في العقد بناء على تغير قيمة النفط مثلا.[2]

ب- قيمة تعديل العقد في شروط المراجعة العامة (شرط إعادة التفاوض وشرط القوة القاهرة) يحددها الأطراف بعد مباشرتهما لإجراءات إعادة التفاوض وقد يتفقان على فسخ العقد أو وقف تنفيذه لفترة معينة، بينما قيمة تعديل العقد في شروط تعديل العقد تكون محددة مسبقا ومرتبطة بمؤشرات دقيقة تم تحديدها في العقد أول ما تم إضافة هذه الشروط، كربطها بأسعار المحروقات مثلا، وبنسبة معينة محددة.[3]

---

[1] Dans son arrêt en date du 14 janvier 2016, la troisième chambre civile de la cour de cassation a indiqué :
« Mais attendu, d'une part, qu'est nulle une clause d'indexation qui exclut la réciprocité de la variation et stipule que le loyer ne peut être révisé qu'à la hausse ; qu'ayant relevé, par motifs adoptés, que la clause excluait, en cas de baisse de l'indice, l'ajustement du loyer prévu pour chaque période annuelle en fonction de la variation de l'indice publié dans le même temps, la cour d'appel, qui a exactement retenu que le propre d'une clause d'échelle mobile était de faire varier à la hausse et à la baisse et que la clause figurant au bail, écartant toute réciprocité de variation, faussait le jeu normal de l'indexation, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ;
Attendu, d'autre part, que, sans dénaturer la convention, la cour d'appel, qui a apprécié souverainement le caractère essentiel de l'exclusion d'un ajustement à la baisse du loyer à la soumission du loyer à l'indexation, a pu en déduire que la clause devait être, en son entier, réputée non écrite ; »
Par Alexandre de Lorgeril, Avocat
Parution : Octobre 2019
Avocat au Barreau de Nantes
https://www.lorgeril-avocat.com/
consulté le 21/08/2020 a 13h49.

[2] **OPPETIT (B),** L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances, op cit , p 794.

[3] **Ibid.**

ورغم وضوح الفرق بين شرط إعادة التفاوض وشروط تعديل العقد، إلا أن عقود التجارة الدولية في العديد من الأحيان تضع شروطا غير دقيقة تثير إشكالات حولها أثناء حدوث أي ظرف طارئ، فلا يعرف الأطراف إن كان الشرط يتعلق بتعديل تلقائي للعقد أو يتوجب على الأطراف الالتقاء من أجل التفاهم حول تعديل العقد على أساس شرط إعادة التفاوض.

ومثال ذلك، عقد توريد للبترول بين شركة رومانية وأخرى فرنسية، ونتيجة تماطل الشركة الرومانية في تسليم الشحنات المتفق عليها للشركة الفرنسية، تم رفع القضية لغرفة التجارة الدولية حسب إجراءات التحكيم المتفق عليها بين الأطراف في القضية رقم 2478 لسنة 1974، حيث أن الشركة الفرنسية طالبت بتعويضات نتيجة عدم تنفيذ العقد، بينما دفعت الشركة الرومانية بأن الشرط المدرج في العقد هو شرط تعديل تلقائي يوجب طبقه على الأطراف التزاما بتعديل العقد نتيجة تغير الظروف، بينما دفعت الشركة الفرنسية بأن الشرط هو مجرد شرط إعادة تفاوض وليس شرط تعديل تلقائي.[1]

والشرط محل النزاع كان ينص على أنه:

" في حالة زيادة أو انخفاض قيمة الفرنك أو الدولار يلتقي الأطراف ليتفحصوا نتائج الموقف الجديد، ويتفقون على الإجراءات التي يتخذونها لإعادة التوازن العقدي وفقا للنوايا والمضمون الأساسي للعقد، وذلك بالنسبة للكميات التي لم تسلم بعد".[2]

وجاء تفسير هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية لهذا الشرط، بأنه شرط إعادة تفاوض **hardship** وليس شرط تعديل تلقائي، طالما أنه يهدف إلى إعادة التفاوض عند تغير الظروف، ولم يحدد مؤشرا أو آلية لتعديل العقد تلقائيا، دون إعادة تفاوض، حيث علقت الهيئة على هذا الشرط بـ:

[1] إذا تم الحكم بأن الشرط هو شرط إعادة تفاوض فيجب على الشركة الرومانية مواصلة تنفيذ العقد طالما لم يتم إجراء مفاوضات والتوصل إلى نتيجة معينة وهذا ما دفعت به الشركة الفرنسية بعد أن نادت بضرورة مواصلة تنفيذ العقد والمطالبة بتعويضات عن إخلال التنفيذ، بينما دفعت الشركة الرومانية بأن الشرط هو شرط تعديل بمعنى آخر يتم تعديل العقد تلقائيا بسبب تغير قيمة الفرنك أو الدولار.

" هذا الشرط يفرض في الواقع التزاما بإعادة التفاوض بغرض الاتفاق على الإجراءات الواجب اتخاذها لإعادة التوازن في العقد في حالة انخفاض أو ارتفاع قيمة الفرنك الفرنسي أو الدولار الأمريكي وهي العملات المحددة في العقد ...."[1]

وباختصار فإننا نكون أمام شرط إعادة التفاوض إذا كان العقد يستلزم الالتقاء لمراجعة العقد، ونكون أمام شرط تعديل إذا كان التعديل يتم تلقائيا دون إعادة تفاوض.

ثالثا: شرط إعادة التفاوض والتعديل الاتفاقي للعقد.

يعرف الأستاذ **Ghozi** التعديل الاتفاقي بأنه:

" تصرف قانوني يتم بمقتضاه اتفاق الأطراف أثناء تنفيذ العقد على تغيير عنصر منه أو عدة عناصر وذلك من أجل استمراره".[2]

فالمقصود بالتعديل الاتفاقي اتفاق الأطراف بعد إبرامهم للعقد على تعديل العقد بإرادتهما المتبادلة، وهذا أمر وارد وجائز قانونا، وفي هذا الشأن ينص المشرع الجزائري في المادة 106 ق.م.ج على أن:

"العقد شريعة المتعاقدين،فلا يجوز نقضه،ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون ".[3]

ومن المادة نستنتج أنه يمكن للأطراف المتعاقدة بعد مدة من إبرام العقد، وأثناء مرحلة التنفيذ أن تتفق على تعديل العقد سواء حدثت ظروف طارئة أخلت بتوازنه أم لا.

قد يتساءل البعض عن الفائدة المرجوة من إدراج شرط إعادة التفاوض في العقد، طالما كان بإمكان الأطراف الاتفاق لاحقا على تعديل العقد حتى دون النص على هذا الأمر في العقد الأول.

---

[1] قرار التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية، رقم 2478 لسنة 1974، وراد في مجلة القانون الدولي:
JDI, journal de droit international, Clunet, paris, France, 1975, p 233

[2] **Alain Ghozi**, la modification de l'obligation par la volonté des parties, étude de Droit civil français, L.G.D.J, paris.1980,p 04.

[3] الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق، المادة 106.

والإجابة عن هذا التساؤل، تكمن ببساطة في أن إدراج شرط إعادة التفاوض يفرض على الأفراد الجلوس إلى طاولة المفاوضات، إذ يمكن للطرف المتضرر من الظروف الطارئة أن يجبر الطرف الآخر على إجراء عملية المفاوضات بغض النظر عما إذا تم التوصل إلى تعديل العقد قصد رفع الإرهاق أم لا.

في حين أنه في التعديل الاتفاقي لا يتم تعديل العقد ولا حتى إجراء مفاوضات على ذلك إلا بالرغبة المشتركة للطرفين.

وهذا ما أشار إليه **Ghozi** بقوله:

" شرط إعادة التفاوض يلغي الحرية المعترف بها للأطراف في أن يناقشوا مبدأ التعديل ويصبح ملزما لهم".[1]

[1] **Alain Ghozi**, op cit, p 04.

المبحث الثاني: مصير عقود التجارة الدولية المختل توازنها بسبب الظروف الطارئة.

أخشى ما يخشاه الأطراف المتعاقدة في عقود التجارة الدولية هو إنهاء العقد الدولي والذي قد يمس بمصالح الدول الاقتصادية وحتى السياسية منها،[1] فالحفاظ على العقد التجاري هو أسمى ما يربوا إليه طرفي كل عقد.

من أجل تبيان أهمية ذلك، سنوضح مصير عقود التجارة الدولية التي تأثرت بسبب الظروف الطارئة، إذ سنحاول تبيان مصير هذا العقد أثناء إعادة التفاوض، أين تتفق أغلبية الأنظمة على أن مجرد اللجوء إلى إعادة التفاوض لا يعني توقف الطرف المتضرر عن تنفيذ التزاماته، بالإضافة إلى الإجراءات الواجب اتباعها جراء حدوث الظرف الطارئ كالتزام الطرف المتضرر باخطار الطرف الآخر فضلا عن التفاوض بحسن نية، حيث سيتم توضيح حكم الالتزام بإعادة التفاوض، فهل هو التزام ببذل عناية أو هو التزام بتحقيق نتيجة **(مطلب أول)**، ثم بعد ذلك سيتم التطرق إلى مصير ذات العقد بعد إعادة التفاوض، هنا أيضا يجب التمييز بين حالة نجاح المفاوضات وبين فشلها، فلكل منها آثار مختلفة بين تخفيف الأضرار وتعديل العقد في حالة نجاح المفاوضات، وبين اللجوء إلى التحكيم أو تدخل الغير لتعديل العقد أو حتى فسخ هذا الأخير في حال فشل المفاوضات وهذا أخشى مايخشاه أطراف العقد التجاري الدولي **(مطلب ثان).**

وقد تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، على النحو الآتي ذكره:

المبحث الثاني: مصير عقود التجارة الدولية المختل توازنها بسبب الظروف الطارئة.

- المطلب الأول: مصير عقود التجارة الدولية أثناء إعادة التفاوض.
- المطلب الثاني: مصير عقود التجرة الدولية بعد إعادة التفاوض.

[1] **Terki Nour-eddine**, Les clauses de force majeure et de hard ship dans les contrats internationaux, op cit, p 42.

المطلب الأول: مصير عقود التجارة الدولية أثناء إعادة التفاوض.

لا يعني إجراء التفاوض، التوقف تلقائيا عن تنفيذ العقد، فأغلبية القوانين تنص على ضرورة مواصلة تنفيذ العقد، [1]بل وتفرض التزامات وجب التقيد بها كالالتزام بالإخطار وكذا التفاوض بحسن نية، وهذا ما سنراه في **الفرع الأول.**

واستثناء يمكن أثناء إبرام العقد اللجوء إلى وقف مؤقت لتنفيذ العقد، وسنحاول توضيح الآثار والأساس القانوني لهذا الوقف في **الفرع الثاني.**

من أجل التفصيل في هذا المطلب تم تقسيمه إلى فرعين اثنين:

المطلب الأول: مصير عقود التجارة الدولية أثناء إعادة التفاوض.

- الفرع الأول: متابعة تنفيذ العقد.
- الفرع الثاني: الوقف المؤقت لتنفيذ العقد.

الفرع الأول: متابعة تنفيذ العقد.

قد يتفق طرفي العقد أثناء إبرام العقد التجاري الدولي على ضرورة مواصلة تنفيذ العقد حتى لو طرأ ظرف طارئ، حيث يتواصل التنفيذ موازاة مع إجراء عملية التفاوض، وقد لا يتفطن طرفي العقد إلى اشتراط مواصلة التنفيذ أثناء إعادة التفاوض، وهذه الحالة الأخيرة هي ما يطرح إشكالات جمة، فإذا لم يتم الاتفاق على ذلك يتم الرجوع إلى القوانين والمبادئ العامة التي تحكم عقود التجارة الدولية خاصة.

[1] Art 1195(Modifié par L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 entré en vigueur au 1 octobre 2016) dispose :
" ..... Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.....".
Art 6.2.3
"La demande ne donne pas par ellemême à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations"

أولا: النص الصريح على متابعة تنفيذ العقد أثناء مرحة التفاوض.

إذا اتفق طرفي العقد على أنه في حالة تفعيل شرط إعادة التفاوض يجب المواصلة في تنفيذ العقد إلى غاية الوصول إلى اتفاق جديد يقضي بتعديل الالتزامات قصد رفع الإرهاق، فإن الإشكال لا يطرح إذ يستمر الأطراف مباشرة في تنفيذ تعاقداتهم.

والنص على استمرار تنفيذ العقد قد يكون بصفة مباشرة وصريحة بتضمين مواد في العقد تفيد بمواصلة تنفيذ العقد طيلة فترة إعادة التفاوض، وقد يكون ذلك بصفة غير مباشرة وغير صريحة، كأن يستنتج ذلك ضمنيا، ويكون هذا الأمر في حالة الاتفاق على إخضاع العقد إلى مبادئ اليونيدروا، أو إخضاع العقد إلى المبادئ العامة للقانون أو قانون التجار أين نجد العديد من المواد تفيد بمواصلة التنفيذ فالأطراف أشاروا إلى الخضوع مثلا إلى المبادئ العامة لعقود التجارة الدولية لليونيدروا وهذه الأخيرة تفيد بضرورة مواصلة التنفيذ أثناء إعاة التفاوض....

ففي هذا الشأن ينص تمهيد المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية لليونيدروا، على أنه:

" تضع المبادئ التالية قواعد عامة خاصة بالعقود التجارية الدولية، تطبق عندما يتفق الأطراف على إخضاع عقدهم لها".[1]

ويمكن تطبيقها عندما يتفق الأطراف على إخضاع عقدهم للمبادئ العامة للقانون أو قانون التجار أو ما شابه ذلك،[2]

---

[1] يمكن للأطراف الراغبين في أن يكون اتفاقهم محكوما بهذه المبادئ أن يستخدموا العبارة التالية:
" يخضع هذا العقد لمبادئ "اليونيدروا".
ويمكن للأطراف الراغبين في تطبيق قانون دولة بعينها أن يستخدموا العبارات التالية:
" يخضع هذا العقد لمبادئ "يونيدروا" على أن تكمل عند اللزوم بقانون (دولة معينة).

[2] تنص الفقرة الأولى من تمهيد المبادئ المتعلقة بالعقود التجارة الدولية التي وضعتها اليونيدروا على أنه:
تضع المبادئ التالية قواعد عامة خاصة بالعقود التجارية الدولية، تطبق عندما يتفق الأطراف على إخضاع عقدهم لها.
ويمكن تطبيقها عندما يتفق الأطراف على إخضاع عقدهم للمبادئ العامة للقانون أو قانون التجار أو ماشابه ذلك.
ويمكن تطبيقها عندما لا يختار الأطراف قانونا بعينه ليحكم عقدهم.
ويمكن استخدامها في تفسير أو تكميل وثائق أخرى للقانون الدولي الموحد.
ويمكن استخدامها استخدامها في تفسير أو تكميل القانون الوطني.
ويمكن أن تفيد باعتبارها قانونا نموذجيا للمشرعين الوطنيين والدوليين.
أمية علوان وآخرون، مرجع سابق، ص 01.

فإذا تم إخضاع العقد لمبادئ اليونيدروا، نجد هناك مادة صريحة في هذه المبادئ تشير إلى أن إعادة التفاوض بسبب الظروف الشاقة يستوجب مواصلة التنفيذ، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 3.2.6 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية على أنه:

" لا يخول طلب إعادة التفاوض في حد ذاته للطرف المضرور من الظرف الشاق الحق في الامتناع عن التنفيذ".[1]

مما يعاب على اشتراط مواصلة تنفيذ العقد أثناء مرحلة التفاوض، هو وجود نوع من التناقض ما بين أهداف شرط إعادة التفاوض المتمثلة في محاولة رفع الإرهاق وبين مواصلة تنفيذ العقد بصيغته المرهقة، كما قد يعمل الدائن المستفيد من تحقق الحدث المخل بتوازن العقد **hardship** على إطالة مدة التفاوض لأكبر مدة ممكنة قصد تحقيق أكبر قدر من المكاسب مع ما ينتج عن ذلك من أضرار فادحة على المدين المتضرر من تغير الظروف.[2]

ثانيا: عدم اتفاق الأطراف على مواصلة تنفيذ العقد في حالة تفعيل شرط إعادة التفاوض.

إذا أغفلت الأطراف المتعاقدة النص على ضرورة مواصلة تنفيذ العقد حال اللجوء إلى تفعيل شرط إعادة التفاوض لدى إبرام العقد، فهذا يعني ضرورة مواصلة تنفيذ العقد طيلة مدة إجراء التفاوض.

[1] Article 6.2.3 UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS
"(1) In case of hardship ……
(2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.
(……".
https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016
Consulté le 15/01/2019 a 15h28.

[2] **Fontaine marcel**, Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses, op .cit, p 40.

ويمكن تفسير صمت الأطراف على أنه قبول بمتابعة تنفيذ العقد خلال عملية إعادة التفاوض طبقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد والحفاظ على استقرار المعاملات، خاصة إذا تم إخضاع عقدهم للمبادئ العامة لعقود التجارة الدولية.

وفي هذا الشأن تنص المادة 1.2.6 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية التي وضعتها اليونيدروا أنه:

" عندما يصبح تنفيذ العقد أكثر كلفة بالنسبة لأحد الأطراف، يظل هذا الطرف ملتزما بتنفيذ التزاماته وفقا للأحكام الواردة أدناه في شأن الظروف الشاقة".[1]

بالإضافة إلى نص الفقرة الثانية من المادة 3.2.6 والتي جاءت صريحة بخصوص عدم تخويل إعادة التفاوض وقف تنفيذ العقد.

فالأصل إذا هو المواصلة في تنفيذ العقد حتى لو تم تفعيل شرط إعادة التفاوض، إلا إذا كانت الأطراف قد اتفقت مسبقا على وقف تنفيذ العقد في حالة اللجوء إلى إعادة التفاوض.

وفي هذا الشأن يرى الأستاذ **Bruno oppetit** أنه :

" في شرط إعادة التفاوض إذا ما تحقق الحدث المخل بالعقد، فإنه لا يرتب سوى التزاما بإعادة التفاوض بهدف تعديل العقد، لذا فإنه يمكننا افتراض استمرار العقد في ترتيب آثاره في هذه الفترة –فترة إعادة التفاوض- ما عدا حالة وجود إرادة صريحة للأطراف بخلاف ذلك، ويمكننا رد ذلك إلى كون مختلف الشروط –شرط إعادة التفاوض- تفترض أنه في حالة عدم الاتفاق حول تعديل العقد، فللأطراف (أو الطرف الذي أثار شرط إعادة التفاوض) لهم الحق وفق آليات معينة في انهاء العقد،

[1] Article 6.2.1 UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS
"(Article 6.2.1 UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS
" Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship".
https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016
consulté le 15/05/2020 a 19h23.

وعليه نخلص أنه في غياب هذا الافتراض يبقى ساري المفعول وملزما لأطرافه، وبذلك يبقى منتجا لآثاره طيلة الفترة الفاصلة بين حدوث التغير وإقرار التعديل".[1]

وبخصوص سكوت الأطراف عن تنظيم مدى استمرارية تنفيذ العقد من توقف تنفيذه، يركز الأستاذ **فابر Faber** حول سبب إعادة التفاوض، فإذا كان التفاوض بسبب القوة القاهرة فيجب حسبه وقف تنفيذ العقد لأن هذا ما سيتجه إليه القضاء غالبا في آخر الأمر، أما في حالة إعادة التفاوض بسبب شروط تعديل العقد، فإنه إذا تم تحديد حد معين من قبل الأطراف يتحقق معه اختلال توازن العقد فإن بلوغ هذا الحد يؤدي حتما إلى وقف تنفيذ العقد.

بينما إذا كان هذا الحد غير محدد من قبل الأطراف كما هو الشأن في أغلبية شروط إعادة التفاوض فهذا يعني ضرورة استمرار تنفيذ العقد حتى في حالة تفعيل شرط إعادة التفاوض.[2]

ثالثا: الإجراءات الواجب اتباعها جراء حدوث الظرف الطارئ المستوجب لإعادة التفاوض.

يترتب عن حدوث الظرف الطارئ وطلب إعادة التفاوض مجموعة من الإجراءات وجب احترامها، كوجوب الإخطار بالإضافة إلى التفاوض عن حسن نية.

---

[1] « Dans le cas de la clause de hardship, e survenance de hardship crée simplement pour les parties une obligation de renégociation en vue d'une réadaptation éventuelle du contrat ; par suite, sauf volonté contraire des parties clairement exprimée, on doit admettre que le contrat continue à développer ses effets au cours de cette période, et on peut trouver un argument en faveur de cette solution dans le fait que les diverses clauses prévoient qu'à défaut d'accord sur la réadaptation les parties (ou la partie qui a invoqué le hardship) ont le droit, selon certaines modalités, de mettre fin au contrat et de s'en dégager, en doit donc en conclure que tant que cette faculté n'a pas été exercée, le contrat demeure en vigueur et s'impose toujours aux parties, a fortiori produit-il toujours ses effets lors de la période séparant la survenance du changement et de la réalisation de l'adaptation ».
V. B. OPPETIT, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances, Op.cit, p. 807.

[2] « Le sort de contrat pendant la négociation peut ne pas avoir été prévu par les parties. Si la révision du contrat a pour cause un cas de force majeure, il faut décider de la suspension du contrat puisque c'est la solution que les tribunaux eux-mêmes adoptent en pareille hypothèse. En dehors de cette hypothèse, il s'agit de savoir si le contrat sera suspendu ou exécuté. Une solution consiste à distinguer entre les clauses d'adaptation selon qu'elles déterminent ou non seuil précis au-delà duquel les parties considèrent que le contrat devient déséquilibré. Si elles ont déterminées ce seuil, sa venue devrait suspendre le contrat…Quand en revanche, le seuil est imprécis comme dans bon nombre de clauses de hardship par exemple, l'adaptation ne suspend pas le contrat qui doit, au contraire, poursuivre ses effets ».
V. R. FABRE, les clauses d'adaptation dans les contrats, La Revue trimestrielle de droit civilRTD.civ, Dalloz, France, 1983, p 25.

1- إلتزام المتضرر بإخطار الطرف الآخر بالحدث المخل بتوازن العقد.

يجب على الطرف المتضرر من الظروف الطارئة أن يبادر دون تأخير إلى إخطار الطرف الآخر بوقوع الحدث الذي أخل بتوازن العقد، وإلا فقد حقه في التمسك بإعادة التفاوض، حيث لا يتم تفعيل آلية التفاوض بمجرد وقوع الحدث وإنما يسبق ذلك إخطار المدين (المتضرر) للدائن في أسرع وقت.وفي هذا الشأن يرى الأستاذ **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".[1]

فالإسراع في إخطار الدائن بوجود ظرف يجعل من استمرار المدين في مواصلة تنفيذ العقد أمرا مرهقا له، يسمح للدائن باتخاذ كافة الإجراءات قصد تفادي الخسائر التي قد تلحقه جراء توقف المدين عن تنفيذ التزاماته التعاقدية[2]

في العديد من الأحيان أثناء النص على شرط إعادة التفاوض تغفل الأطراف المتعاقدة عن النص على ضرورة الإخطار، إلا أن الفقه يرى أن الإخطار واجب حتى لو لم يتم النص عليه في العقد، وأن عدم النص عليه عادة ما يكون لتوقع الأطراف علمهم المشترك بالحدث المخل بتوازن العقد في الوقت نفسه.

ولتفادي أي إشكال بخصوص هذا الشأن، تورد عدة عقود شكل الإخطار بصيغ مختلفة، نذكر منها على سبيل المثال بعض الشروط التي أوردها الأستاذ **Marcel** :

" على الطرف أن يخطر الطرف الآخر كتابة للالتقاء ومراجعة شروط العقد على ضوء تغير ظروف الصفقة".

---

[1] « En général, les clauses de hardship prévoient que la partie qui estime réunies les conditions de la réadaptation doit aviser son cocontractant de la survenance de l'évènement à l'origine du changement allégué ainsi que l'étendue de la rigueur subie
et de moyens proposés pour y remédier; l'autre partie doit alors faire sa position dans un bref délai »
V. B. OPPETIT, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances, Op.cit, p.805

2 **شريف محمد غنام**، مرجع سابق، ص 461.

" إذا وقع حدث الـ**hardship** على الطرف أ أن يخطر الطرف **ب** به خلال 30 يوما التالية على حدوثه مبينا طبيعته وأثره عليه".

"في حالة وقوع حدث اقتصادي غير عادل على الطرف الذي يقترح التفاوض أن يخطر الطرف الآخر مقترحا حلا لتجاوز هذا الوضع غير العادل....".[1]

ورغم أهمية الإخطار إلا أن العديد من عقود التجارة الدولية تغفل عن ذكره، وحتى الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية أغفلت ذكر ضرورة الإخطار، ويعود ذلك إلى أن أغلب هذه الاتفاقيات ركزت على الإخطار في حالة القوة القاهرة والتي ينتج عنها غالبا فسخ العقد، بينما في حالة الظروف الطارئة فتركت الحرية للأطراف المتعاقدة بالنص على ضرورة الإخطار بوقوع الحدث، رغم أنه قد يحدث الحدث المخل بتوازن العقد في تاريخ معين ويتراخى الطرف المتضرر في إخطار الدائن بوقوع الحدث أملا في زواله إلا أنه يجد نفسه مضطرا بعد مدة بطلب إعادة التفاوض مباشرة دون إخطار مسبق، وهذا مناف للأعراف الدولية لاسيما في مجال عقود التجارة.

وتنص المادة 3.2.6 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية في فقرتها الأولى على أنه:

" في حالة الظروف الشاقة، يحق للطرف الذي تعرض لها طلب إعادة التفاوض، ويعين توجيه هذا الطلب مسببا دون تأخير غير مبرر".[2]

---

1 M. FONTAINE, droit des contrats…Op.cit, p.p. 512 et 513

»That party may notify the other in writing that it wishes to meet and review the conditions of the agreement in the light og the changed business condition« .

»If the hardship occurs, A shall notify B thereof within thirty (30) days of becoming becoming aware thereof together with a discription of the event and its consquences for A.« .

« In case of an inequitable economic hardship, the party proposing a change or negotiations shall give notice to the other party. Setting forth a proposal for resolving the inequity ».

شروط أوردها **marcel**، وذكرها فونتان في مؤلفه **Droit des contrats internationaux, Analyse et rédaction des clauses**، نقلا عن الأستاذ ، هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، دراسة مقارنة، مرجع سابق، 107.

[2] Article 6.2.3 UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS

"(1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. **The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based**….. »

https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016

Consulté le 19/06/2019 a 13h28.

فيتضح من المادة أنها ألزمت بتوجيه طلب إعادة التفاوض وليس إخطار الطرف الآخر بوجود حادث مخل بتوازن العقد، وإن كانت المادة تدعوا إلى عدم التأخير في توجيه الطلب، إذ يفهم منها أنه يوجه الطلب مباشرة بعد حدوث الحادث الذي يؤثر في الالتزامات التعاقدية، ولذلك فلا داعي لتوجيه إخطار تم اتباعه بطلب إعادة التفاوض واللجوء مباشرة إلى توجيه طلب إعادة التفاوض، وهذا أمر منطقي لأن حدوث الظرف الطارئ يستوجب الإسراع إلى إعادة التفاوض قصد رفع الإرهاق، عكس الحالة الخاصة بالقوة القاهرة التي يوجه فيه المدين إخطارا إلى الدائن بتوقفه عن تنفيذ التزاماته الواردة في العقد.

تنص أغلب النصوص الدولية على وجوب الإخطار في حالة القوة القاهرة لا حالة الظروف الطارئة.

حيث نصت المادة 3/7.1.7 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية على أنه:

" يلتزم المدين بأن يخطر الدائن بوجود الحادث ونتائجه على قدرته على التنفيذ، فإذا لم يستلم الطرف الآخر الإخطار خلال مدة معقولة بعد أن يكون المدين قد علم بالحادث أو كان في وسعه العلم به، فيسأل عن التعويضات المترتبة على عدم تسلم الإخطار".[1]

وفي نفس السياق ذهبت غرفة التجارة الدولية **CCI** في قرارها رقم 2478 بسقوط حق الشركة الرومانية في التمسك بالقوة القاهرة لأنها تأخرت في تبليغ الطرف الآخر، وهي شركة فرنسية بالقوة القاهرة والتي تمثلت في إلغاء السلطات الرومانية لتراخيص استغلال البترول، حيث أن المنع كان في 10ماي 1973، ولم يتم تبليغ الشركة الفرنسية إلا في 29 نوفمبر 1973 عن طريق محكمة التحكيم التابعة لـ **CCI**.[2]

[1] Article 7.1.7/3 UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS
The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on its ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, it is liable for damages resulting from such non-receipt .... "
https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016
Consulté le 19/06/2019 a 14h14

[2] « La décision des autorités Roumaines en date du 10 Mai 1973, n'a été communiquée à l'autre partie, par l'entremise de la cour d'arbitrage de la CCI, qu'en annexe à une lettre datée du 29 Nov. 1973. La défenderesse a ainsi perdu la possibilité de s'en prévaloir en ce qui concerne les livraisons dues pendant le deuxième et le troisième trimestre 1973» recueil des sentences arbitrales, CCI N° 2478/1974, p.234

فنلاحظ أن الإخطار ورد في النصوص الدولية بخصوص القوة القاهرة، لا الظرف الطارئ إلا أن بعض الفقه أسقط شرط الإخطار المنصوص عليه في حالة القوة القاهرة على حالة الظروف الطارئة، وهذا ما رآه الأستاذ **Reine**، حيث نص على أنه:

" وإن كانت تخص حالة القوة القاهرة، إلا أنها تجد تطبيقا واسعا في حالة إعادة التفاوض، إذ أن الالتزام بالإخطار يتماشى مع مقتضيات التضامن وحسن النية والتعاون، الذي يطبع تنفيذ الالتزامات العقدية".[1]

2- التفاوض بحسن النية :

بما أن إعادة التفاوض تكون غالبا تطبيقا للشرط المنصوص عليه في العقد المبرم بين الأطراف، فإن إعادة التفاوض يكون ذو أساس عقدي، وتلزم القوانين الدولية والوطنية على ضرورة تنفيذ العقد بحسن نية.[2]

وهو ما ذهبت إليه اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع تحت عنوان "نصوص عامة" لما نصت على المراعاة في تفسير الاتفاقية وتطبيقها لمبدأ حسن النية في التجارة الدولية.

وبهذا الخصوص نصت المادة 1/7.1 من مبادئ اليونيدروا تحت عنوان حسن النية وأمانة التعامل على أنه:

" يلتزم كل طرف بأن يتصرف وفقا لما يقتضيه حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية".[3]

---

[1] «L'illustration proposé, si elle concerne une situation de force majeure, trouve largement application en présence d'un cas de hardship dès lors que l'obligation
d'information va de paire avec l'exigence de loyauté, de bonne foi, et de coopération qui accompagne normalement l'exécution des obligations contractuelles.»
V. R. ALACHKAR, clause de hardship et clause d'amiable composition, thèse Doctorat, Paris II, 2010, p. 134.

2 تنص المادة 107 ق.م.ج على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية"

[3] Article 1.7/1 UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS
"Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade ".
https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016
Consulté le 20/07/2019 a 14h14

فمبدأ حسن النية يطبق على العقد، كما يطبق أيضا على مرحلة التفاوض بما أن شرط إعادة التفاوض منصوص عليه أصلا في العقد، وإذا لم يكن منصوص عليه في العقد فيكون مبدأ حسن النية هو الأساس القانوني لإعادة التفاوض وفي نفس الوقت هو الأساس المتبع طيلة فترة إعادة التفاوض.

ونص قرار التحكيم في القضية رقم 2443 على أنه:

" يجب أن يعلم الأطراف جيدا أن التعاون بينهم هو الذي يسمح بحل كل المشكلات التي قد تواجههم، ويجد الالتزام بالتعاون أساسه في مبدأ حسن النية الذي يحكم تنفيذ العقود الدولية".[1]

وإذا كان الأطراف ملزمون باحترام مبدأ حسن النية أثناء إجراء المفاوضات، فهل يلتزم الأطراف بتحقيق نتيجة أم ببذل عناية.

أ- الإلتزام ببذل عناية أثناء إعادة التفاوض:

يتفق أغلب الفقه على أن مبدأ حسن النية يلزم الأطراف على بذل العناية اللازمة من أجل محاولة رفع الإرهاق عن طريق التفاوض، فهم ليسوا ملزمين بتحقيق نتيجة، ولا يسأل أحد الأطراف عن أي تقصير إلا إذا ثبت أن هذا الطرف لم يبذل الجهد الكافي لإنجاح عملية التفاوض.

وبهذا الخصوص يتساءل الأستاذ **Oppetit** بقوله:

" هل يجب الذهاب إلى أبعد من ذلك واعتبار أنه لا يقع فقط على عاتق الأطراف التزام مباشرة عملية إعادة التفاوض، وإنما أيضا بالوصول إلى اتفاق حول التعديل؟

[1] قرار تحكيم صادر عن غرفة التجارة الدولية CCI في القضية رقم 2443 لسنة 1975.
وراد في مجلة القانون الدولي:
JDI, journal de droit international, Clunet, paris, France, 1976, p 101.

يبدوا أنه يصعب إلزامهم بذلك بالنظر إلى أنه في الوضعية الجديدة المترتبة عن تغير ظروف تنفيذ العقد يمكن أن تفضي عملية إعادة التفاوض التي سادها التضامن إلى عدم اتفاق الأطراف بدون أن يرتكب أي خطأ من قبل أحدهم"[1]

وهو نفس رأي **Fontaine**، حيث يقول أنه :

" يبدوا أن الالتزام بالمشاركة في البحث عن اتفاق جديد ليس سوى التزام ببذل عناية".[2]

فلا تقوم المسؤولية العقدية للأطراف في حالة عدم توصلهم إلى اتفاق بتعديل العقد ورفع الإرهاق، طالما لم يثبت عنهما أي تقصير في إجراء المفاوضات.

ب- الإلتزام بتحقيق نتيجة أثناء إعادة التفاوض:

يرى بعض الفقه أن الالتزام بإعادة التفاوض قد يقترب إلى الالتزام بتحقيق نتيجة، فلا يتصور الحفاظ على العقد على حساب مصلحة الأفراد لو ترك لهؤلاء الحرية في مجرد بذل عناية، وهذا ما يشير إليه الفقه الأنجلوساكسوني بفكرة "العقد التشاركي" **le contrat relationel** ، فالقيمة الاقتصادية للعقد وجب تحقيقها مهما كلف الأطراف.

ومن أجل ذلك يؤكد الفقهاء على أنه إذا لم يشكل التفاوض إلتزاما بتحقيق نتيجة فهو يمثل على الأقل **l'obligation de moyens renforcé ou du resultat allégée**،[3] أي التزام ببذل عناية مشددة أو التزاما بتحقيق نتيجة مخففة.

[1] «Faut il aller plus loin et considérer que les parties ont l'obligation, non seulement de se prêter à une renégociation du contrat, mais encore d'aboutir à un accord sur la réadaptation? Il parait difficile de mettre à leur charge une obligation de parvenir à un tel résultat, car, dans la situation nouvelle provoquée par la survenance du HARSHIP, un désaccord sur l'aménagement du contrat persistant après une renégociation menée loyalement reste en éventualité possible, sans qu'il puisse être imputé à faute à l'un des partenaires. »
V. B.OPPETIT, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances, Op.cit, p.807

[2] « …, l'obligation de participera la recherche d'un nouvel accord semble pouvoir être qu'une obligation de moyens».
V. M. FONTAINE, les clauses…Op.cit, p.34

[3] **A.PLANQUELLE**, Obligation de moyens, obligation de résultat, La Revue trimestrielle de droit, civilRTD.civ, Dalloz, France, 1972, p.334

الفرع الثاني: الوقف المؤقت لتنفيذ العقد.

تسعى الأطراف المتعاقدة بخصوص عقود التجارة الدولية دوما إلى الحفاظ على العقد، كما تنص أغلبية القوانين الدولية وحتى الوطنية على مواصلة تنفيذ العقد حتى لو تم تفعيل شرط إعادة التفاوض.

وتطرح المواصلة في تنفيذ عقد تم مباشرة إعادة التفاوض فيه عدة تساؤلات، إذ يعتبرها البعض إجحافا في حق الطرف الذي طلب إعادة التفاوض، فمواصلة التنفيذ أكيد فيها إرهاق له، كما أن الطرف الآخر قد يماطل طيلة فترة إعادة التفاوض قصد تحقيق أكبر قدر من المكاسب مما يضر الغير، لذلك قد يتم تضمين بعض عقود التجارة الدولية بندا يقضي بتوقيف تنفيذ العقد مؤقتا في حالة وقوع ظرف طارئ يتطلب إعادة التفاوض، كما أن وقف التنفيذ قد يكون حتى بدون اشتراط الطرفين بناء على أسس قانونية سنراها أدناه.

أولا: تعريف وقف تنفيذ العقد.

يعرف الأستاذ حسين عامر وقف التنفيذ بأنه:

" تعطيل أو إعاقة مؤقتة في تنفيذ العقد، ناجمة عن حدث يخرج عن سيطرة الأطراف، ويهدف إلى الحفاظ على الرابطة العقدية خلال فترة الانقطاع من أجل استئناف العقد مرة أخرى".[1]

فيتضح من هذا التعريف أن وقف التنفيذ يهدف أساسا إلى المحافظة على العقد من جهة، كما يهدف إلى مواصلة تنفيذه بعد فترة الانقطاع إذا ما اتفق الأطراف على مواصلة التنفيذ أو زال الظرف الذي أدى إلى حدوث إرهاق في تنفيذ العقد.

[1] **حسين عامر**، القوة الملزمة للعقد، مطبعة مصر، الجيزة، مصر، 1999، ص 441.

ثانيا: حالات وقف تنفيذ العقد.

قد يكون طلب وقف تنفيذ العقد منصوص عليه في العقد الأصلي، كما قد يكون بناء على طلب لاحق للعقد، بالإضافة إلى حالات طلب إعادة التفاوض بسبب القوة القاهرة.

أ- وقف تنفيذ العقد باتفاق مسبق من الأطراف.

بما أن وقف تنفيذ العقد لا يكون بشكل تلقائي لمجرد حدوث الظرف الطارئ كما تنص عليه أغلبية الأنظمة القانونية،[1] تسعى أغلبية الأطراف إلى تضمين عقود التجارة الدولية صيغة تفيد بتوقيف تنفيذ العقد كأن يتم صياغة بالطريقة الآتية ذكرها أدناه:

" سيتم وقف تنفيذ العقد طيلة فترة إعادة التفاوض الهادفة إلى التعديل".[2]

فالأطراف في هذه الحالة قد توقعت إمكانية تعرض العقد أثناء مرحلة تنفيذه إلى صعوبات قد تتطلب ليس فقط شرط إعادة التفاوض، بل توقيف العقد لفترة محددة ريثما يزول الظرف الطارئ أو ريثما يتم إعادة التفاوض من جديد على الالتزامات التي يفرضها العقد.

وتجدر الإشارة إلى أن وقف تنفيذ العقد أثناء فترة التفاوض لمجرد حدوث ظرف طارئ هو أمر قد رفضت أغلب الاتفاقيات الدولية الأخذ به، لذلك فإنه في حالة عدم نص الأطراف على ذلك في العقد فالأصل هو مواصلة التنفيذ حتى بوجود الحادث الفجائي الذي يستوجب إعادة التفاوض.

وفي هذا الشأن تنص المادة 3.2.6 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية لليونيدروا على أنه:

[1] Article 6.2.3 PRINCIPES D'UNIDROIT RELATIFS AUX CONTRATS DU COMMERCE INTERNATIONAL
" La demande ne donne pas par ellemême à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations"
https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016
consulté le 12/03/2020 a 01h14.

[2] " l'exécution du contrat sera suspendue pendant le temps de la négociation en vue de l'adaptation"
Mousseron (j-M), op cit, 1988, p 614.

" لا يخول طلب إعادة التفاوض في حد ذاته للطرف المضرور من الظرف الشاق الحق في الامتناع عن التنفيذ".

وقد اتخذ المشرع الفرنسي في القانون المدني نفس الموقف، إذ نص على ضرورة مواصلة الشخص الذي يقدم طلب إعادة التفاوض بسبب ظروف طارئة في تنفيذ التزاماته طيلة فترة إعادة التفاوض.[1]

أما المشرع الجزائري فلم ينص أصلا على وقف التنفيذ بسبب الظروف الطارئة، بل ومنع في معرض حديثه عن هذه الأخيرة اتخاذ أي إجراء مخالف لأحكام المادة 107 من القانون المدني الجزائري، والتي نصت فقط على تخويل القاضي وحده سلطة تعديل العقد قصد رفع الإرهاق ومنعت أي إجراء آخر، ما يستنتج منه أنه لا يجوز الاتفاق المسبق للأطراف على وقف تنفيذ العقد إذا ما حدثت ظروف الطارئة أخلت بتوازن العقد.

ب- وقف تنفيذ العقد باتفاق لاحق من الأفراد.

غالبا ما يغفل الأطراف عن النص على وقف تنفيذ العقد في حالة ظهور أي حادث يجعل من تنفيذ العقد أمرا مرهقا، فهنا لا سبيل لوقف التنفيذ إلا إذا اتفق الأطراف على ذلك بموجب عقد لاحق، حيث نصت غالبية الاتفاقيات الدولية والقوانين في معرض حديثها حول شرط إعادة التفاوض على ضرورة مواصلة تنفيذ العقد المختل توازنه بسبب ظروف طارئة طيلة فترة إعادة التفاوض.

رغم أن وقف التنفيذ قد يبدوا هو الإجراء العادل، حيث يسمح للمدين بأن يتخلص من عبئ تنفيذ الالتزامات المرهقة بفعل الظروف الطارئة، كما يحث الدائن على إجراء المفاوضات بجدية من أجل إعادة استمرار تنفيذ العقد، إلا أن جل الاتفاقيات والقوانين الدولية تحث على استمرار تنفيذ

[1] Art 1195(Modifié par L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 entré en vigueur au 1 octobre 2016) dispose :
" Si un changement de circonstances imprévisible …….
Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation…… "

العقد أثناء مرحلة التفاوض إلا إذا اتفق الأطراف على ذلك، اتفاق قد يكون سابق لبروز الحدث المفاجئ أي يكون أثناء إبرام العقد الأول إذا لم تمنع القوانين ذلك، أو اتفاق لاحق لظهور الظرف الطارئ.

جـ وقف تنفيذ العقد بسبب القوة القاهرة.

إذا كانت معظم القوانين الدولية كالمبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية في المادة 3.2.6 تعتبر أن مجرد تحقق شرط إعادة التفاوض لا يعني وقف تنفيذ العقد ولو مؤقتا إلا أذا كانت الأطراف قد اتفقت على ذلك، فإنه بالعكس من ذلك فقد يتم وقف تنفيذ العقد بسبب القوة القاهرة طبقا للمبادئ التي أقرتها اليونيدروا ذاتها التي منعت وقف تنفيذ العقد بسبب الظرف الشاق.

وتنص المادة 7.1.7 في هذا الشأن على أنه:

" يعفى المدين من المسؤولية عن عدم التنفيذ إذا أثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى حادث لا سيطرة له عليه أو كان من غير المعقول أن يدخله في حساباته عند إبرام العقد أو كان لا يستطيع تجنب وقوعه أو تفاديه أو تجاوز نتائجه.

إذا كان الحادث مؤقتا فحسب فيظل الإعفاء منتجا لأثره خلال مدة معقولة يراعى فيها أثر الحادث على تنفيذ العقد".

نستنتج من المادة أنه يمكن توقيف تنفيذ العقد ولو كانت القوة القاهرة عابرة ومؤقتة، ويظل وقف التنفيذ ساري المفعول إلى غاية زوال الحادث الذي أدى الى استحالة تنفيذ العقد.

فوقف التنفيذ في حالة القوة القاهرة يكون بالمفهوم الحديث للقوة القاهرة، أي إذا كانت الاستحالة مؤقتة فيتوقف تنفيذ العقد، بينما إذا كانت الاستحالة دائمة يتم فسخ العقد تلقائيا بسبب استحالة التنفيذ.

ويشترط لوقف تنفيذ العقد مؤقتا بسبب استحالة تنفيذه أن تكون الاستحالة مؤقتة، وأن تنتهي قبل أن يصبح تنفيذ الالتزام غير مجد.

فإذا أدت القوة القاهرة إلى استحالة تنفيذ العقد مدة طويلة فإن العقد ينقضي كلية.[1]

وقد نصت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع على نفس الأمر، إذ أعفت الطرف الذي لم ينفذ التزاماته بسبب عائق طيلة فترة استمرار العائق من أي مسؤولية، إذ تنص المادة 1/79 على أنه:

" لا يُسأَل أحدُ الطَّرفين عن عدم تنفيذ أيٍّ من التزاماته إذا أثبت أنَّ عدمَ التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته وأنه لم يكن من المتوقَّع بصورة معقولة أن يَأخُذ العائقَ في الاعتبار وقت انعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه تجنُّبه أو تجنُّب عواقبه أو التغلُّب عليه أو على عواقبه".[2]

ويظهر الأثر المؤقت لوقف التنفيذ بسبب العائق في النقطة الثالثة من ذات المادة والتي أشارت بصريح العبارة إلى أن وقف التنفيذ يكون مؤقتا فقط، إذ نصت المادة 3/79 على أنه:

" يحدث الإعفاء المنصوص عليه في هذه المادة أثره خلال المدة التي يبقى فيها العائق قائما".[3]

---

[1] **محمد حسين منصور**، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 385.

[2] Article 79 :
" Une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement ……"
الموقع الرسمي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/v1056998-cisg-f.pdf
consulté le 17/06/2020 a 16h12.

[3] "L'exonération prévue par le présent article produit effet pendant la durée de l'empêchement".

ثالثا: مدة وقف تنفيذ العقد.

تختلف مدة وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي حسب الحالة، ففي حالة القوة القاهرة بالمفهوم الحديث يتم وقف تنفيذ العقد طيلة فترة الحادث الفجائي أو العائق، وهذا ما تشير إليه النصوص القانونية بصريح العبارة، فتشير المادة 79 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع على أنه:

" يحدث الإعفاء المنصوص عليه في هذه المادة أثره خلال المدة التي يبقى فيها العائق قائما".

بينما في حالة الظروف الطارئة فإن وقف تنفيذ العقد وبما أنه غالبا ما يكون باتفاق الأطراف، فيتم العودة إلى ما تم الاتفاق عليه من قبل الأطراف سواء اتفاق سابق لظهور الظرف الطارئ أو لاحق له.

ومن الأمثلة الخاصة بمدة وقف تنفيذ العقد نجد الشرط التالي:

" سيتم وقف تنفيذ العقد طيلة فترة إعادة التفاوض الهادفة إلى التعديل".[1]

فيتضح من هذا الشرط أن مدة التوقيف متعلقة بفترة إعادة التفاوض، وما يعاب على هذا النوع من الشروط أنها لا تبين بالتحديد مدة الوقف، ففترة التفاوض قد تطول، وقد يماطل أحد الأطراف أثناء فترة التفاوض لأنه ليس من مصلحته استمرار تنفيذ العقد.

لذلك كان من الممكن أن يتم النص على صيغة مغايرة نراها الأنسب، مثل:

" إذا استمر وقف تنفيذ العقد أثناء مرحلة التفاوض لأكثر من ثلاثة أشهر دون التوصل إلى تعديله بالشكل الذي يرضي الطرفين، يحق لكل طرف أن يطلب من الطرف الآخر المواصلة في تنفيذ العقد بالصيغة التي تم إعادة التفاوض عليها، وفي حالة تعذر ذلك فبالصيغة الأولى، وفي حالة رفض أحد الطرفين ذلك، يتم إحالة النزاع إلى محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية للفصل فيه ويكون حكمها ملزما للطرفين".

[1] **Mousseron (j-M),** op cit, 1988, p 614.

المطلب الثاني: مصير عقود التجارة الدولية بعد إعادة التفاوض.

بعد أن تطرقنا إلى مصير عقود التجارة الدولية أثناء مرحلة إعادة التفاوض، وما ينتج عنها، إما متابعة تنفيذ العقد أو وقف مؤقت له، سنتطرق في هذا المطلب إلى مصير هذه العقود بعد إعادة التفاوض،

فإذا تم إجراء المفاوضات بحسن نية، والتزم جميع الأطراف بتخفيف الأضرار قدر الإمكان بغرض إنجاح المفاوضات، فإن المآل الحتمي لإعادة التفاوض هو نجاح المفاوضات ونجاح هذه الأخيرة يعني حتما توصل الأطراف لنتيجة إيجابية وهي تعديل العقد.

والسؤال الذي قد يثور في هذه الحالة، هو هل أن هذا الاتفاق الجديد الذي يتوصل إليه الأطراف هو عقد جديد أم أنه مجرد استمرار للعقد الأصلي مع تعديل بعض أحكامه، هذا ما سنحاول تبيانه لما نتطرق إلى مصير العقد في حالة نجاح المفاوضات **(فرع أول)**، بينما إذا فشل الأطراف في الاتفاق على تعديل العقد، فينبغي التمييز بين حالتين، الأولى هي الحالة التي يكون الأطراف قد توقعوا هذا الأمر في العقد الأول، كوجود اتفاق مسبق يسمح باللجوء إلى التحكيم، أو مواصلة تنفيذ العقد الأول، أو حتى فسخ العقد، بينما يطرح الاشكال في الحالة الثانية وهي حالة فشل المفاوضات دون وجود تنظيم مسبق للأطراف لهذه الوضعية، أين قد يدفع طرف بضرورة مواصلة تنفيذ العقد الأصلي، وقد يرفض الطرف الآخر هذا الأمر ويدفع بالتحكيم حتى دون أن يكون هناك اتفاق باللجوء إلى التحكيم، وقد يتدخل القاضي إذا سمحت له القوانين بذلك من أجل تعديل العقد، لنستعرض موقف كل من المشرع الجزائري والفرنسي واليونيدروا حول هذه النقطة وتوضيح كل ما سبق في معرض حديثنا عن مصير العقد التجاري الدولي في حالة فشل المفاوضات**(فرع ثان).**

ومن أجل تبسيط كل هذه النقاط تم تقسيم المطلب إلى فرعين، على النحو الآتي ذكره:

المطلب الثاني: مصير عقود التجارة الدولية بعد إعادة التفاوض.

- الفرع الأول: مصير العقد التجاري الدولي في حالة نجاح المفاوضات.
- الفرع الثاني: مصير العقد التجاري الدولي في حالة فشل المفاوضات.

الفرع الأول: مصير العقد التجاري الدولي في حالة نجاح المفاوضات.

الهدف الأساسي من فكرة إعادة التفاوض هو الحفاظ على ديمومة واستمرارية العقد الذي اختل توازنه بسبب تغير الظروف، لذلك تسعى مختلف الأطراف جاهدة إلى التخفيف من الأضرار التي تطرأ على العقد من أجل إنجاح المفاوضات (أولا)، وفي حالة نجاح المفاوضات فمصير العقد هو التعديل مع الاختلاف في التوجهات ما بين من يرى أنه تعديل للعقد الأول وبين من يرى أنه اتفاق جديد (ثانيا).

أولا: أهمية الالتزام بتخفيف الضرر في إنجاح المفاوضات.

يجب على الأطراف المتعاقدة بذل أقصى قدر ممكن من الجهد قصد الحفاظ على العقد، فلا يكفي المبادرة بإعادة التفاوض (من قبل المدين) أو قبول الدخول في مفاوضات (من قبل الدائن)، بل يجب بذل الجهد في تخفيف الأضرار الناتجة عن العقد الذي اختل توازنه بسبب تغير الظروف ريثما يتم إجراء المفاوضات وطيلة إجرائها حتى الانتهاء منها.

1- الالتزام التعاقدي للأطراف بتخفيف الضرر:

عادة ما تتفق الأطراف المتعاقدة، أثناء إبرام عقد التجارة الدولي على الالتزام بتخفيف الضرر من خلال البنود التي يتم ادراجها في العقد، فنجد عبارات من قبيل:" ببذل قصارى جهده" أو " الإجراءات الضرورية".

وفي هذا السياق يشير **فونتان** إلى أحد الشروط التي يمكن إدراجها في العقد والتي تلزم الأطراف بالتخفيف من الأضرار في حالة الحادث المفاجئ، حيث يتم النص مثلا على أنه:

" إذا أصبح تنفيذ العقد مستحيلا بسبب حادث مستقل عن إرادة الأطراف، توجب على كلا الطرفين أن يتخذوا كل ما في وسعهم من إجراءات لتجنب أو لتقليل الخسائر".[1]

وقد يتم إدراج شرط يفيد بضرورة تخفيف الضرر على الشكل الآتي:

[1] **Fontaine**, Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses, op cit, p 228.

" في حالة القوة القاهرة، فإن الأطراف المتعاقدة يلتزمون ببذل كل الجهود الضرورية لإزالة أو تقليص الصعوبات والضرر الناجم، وفي حالة العكس فإن الطرف المخل يطالب بتعويضات من الطرف الآخر".[1]

يلاحظ من هذه الشروط أنها تطرقت إلى تخفيف الضرر في حالة القوة القاهرة، رغم أننا نرى أن ضرورة تخفيف الضرر يكون أهم بكثير في حالة الظروف الطارئة طالما أن هناك إمكانية للمحافظة على العقد، ضف إلى ذلك أن الاستحالة التي قصدها فونتان قد تكون استحالة مؤقتة وهي ما يشبه الظرف الطارئ.

2- ضرورة تخفيف الضرر حتى دون التزام مسبق من قبل الأطراف المتعاقدة:

في حالة عدم وجود بنود في العقد تلزم الأطراف على التخفيف من الأضرار إذا ما طرأ أي عائق أو بروز أي ظرف طارئ يجعل من تنفيذ العقد أمرا مرهقا، فهذا لا يعني تحلل الأطراف من الالتزام بتخفيف الضرر، كل ما هنالك أن أساس الالتزام سيتغير، فبعد أن كان ذو أساس عقدي تصبح الأطراف ملتزمة بتخفيف الضرر على أساس مبدأ حسن النية.

فإذا قام أحد الأطراف بأي عمل من شأنه أن يضر بالتزامات الطرف الآخر بأن يجعلها أكثر إرهاقا دون مراعاة ما لحق العقد من ظروف، فقد يلزم بالتعويض حتى دون أن يكون هذا الأمر منصوصا عليه في العقد، إذ تنص الفقرة الأولى من المادة 182 من القانون المدني الجزائري على أنه:

" إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".[2]

فالالتزام بتخفيف الضرر والتعويض عن أي ضرر ينتج عن ذلك قد يكون ذو أساس عقدي، وإذا لم ينص العقد على ذلك فالقوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية وحتى مبادئ حسن النية المعروفة في عقود التجارة الدولية كفيلة بذلك.

---

[1] **عواق صليحة**، مرجع سابق، ص 75.

[2] الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق، المادة 182.

3- الالتزام بتخفيف الضرر في اتفاقيات التجارة الدولية:

سبق القول إلى أن الالتزام بتخفيف الضرر قد يكون ذو أساس عقدي أو على أساس مبدأ حسن النية، ومن أجل تفادي أي إشكال في حالة عدم نص الأطراف على بند أو شرط يتضمن الالتزام بتخفيف الضرر تحرص أغلب اتفاقيات التجارة الدولية والعقود النموذجية على تضمين موادها على مبدأ الالتزام بتخفيف الضرر استنادا إلى مبدأ حسن النية الواجب احترامه في عقود التجارة الدولية.

وتنص المبادئ التي وضعها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في المادة 8.4.7 تحت عنوان تخفيف الضرر على أنه:

" لا يسأل المدين عن الضرر الذي تكبده الدائن بقدر ما كان يمكن للدائن تخفيفه باتخاذ خطوات معقولة.

يحق للدائن استرداد أي مصروفات معقولة يكون قد تكبدها لدى محاولته تخفيف الضرر".[1]

مثال توضيحي:

أوقفت شركة **(أ)** التي عهد إليها ببناء منشأة فنية ضخمة في الدولة **(ب)** العمل قبل نهايته، بسبب ظروف طارئة.

بحثت الدولة **(ب)** عن شركة أخرى لتكملة العمل والبناء، رغم أن الشركة **(أ)** كانت قد قبضت المبلغ كاملا مقدما.

قبل مباشرة الشركة الجديدة الأعمال كانت المنشأة قد تعرضت لتدهور جدي بسبب عدم اتخاذ أي إجراءات لحمايتها من العوامل المناخية.

---

[1] Article 6.2.2 des PRINCIPES D'UNIDROIT RELATIFS AUX CONTRATS DU COMMERCE INTERNATIONAL
(Atténuation du préjudice)
"1) Le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables.
2) Le créancier peut recouvrer les dépenses raisonnablement occasionnées en vue d'atténuer le préjudice".
https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016
consulté le 24/05/2020 a 17h23.

فالدولة **(ب)** بإمكانها مطالبة الشركة **(أ)** بثمن بقية البناء والتعويض عن التأخر دون المطالبة بالتعويض عن التدهور الذي لحق بالمنشأة، لأنها لم تتخذ أي إجراء لحماية المنشأة، فكان لزاما على الدولة **(ب)** التزاما بتخفيف الضرر أثناء الظروف الطارئة وهو الحفاظ على المنشأة في هذه الحالة.[1]

وتنص المادة 77 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع على أنه:

" يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة، بما فيها الكسب الذي فات.

وإذا أهمل القيام بذلك، فللطرف المخل أن يطالب بتخفيف التعويض بقدر الخسارة التي كان يمكن تجنبها".[2]

نستنتج من المادة، أنه وبالرغم من أن أحد الأطراف قد يكون هو المتسبب في الإخلال بالالتزامات التعاقدية، فإنه يمكن له الدفع بعدم اتخاذ الطرف الآخر لأي إجراء من شأنه أن يخفف من الأضرار، فيدفع الطرف المخل بالتزاماته بدفع جزء من التعويض فقط، وضرورة تحمل الدائن لجزء من التعويض نتيجة اتخاذه موقفا سلبيا وانتظاره للتعويض، دون اتخاذ أي اجراء للتخفيف من الضرر.

مثال توضيحي:

قام الشخص **(أ)** بتكليف وكالة للأسفار بحجز غرفة فندق بباريس لمدة 10 أيام، ابتداء من الفاتح من أبريل 2020، فقامت الوكالة فعلا بإجراءات الحجز وتأكيد ذلك مع قبض الثمن من الشخص **(أ)** وصبه في حساب الفندق، مع وجود شرط يفيد بإمكانية العدول عن الحجز شريطة أن يتم

---

1 **أمية علوان وآخرون**، مرجع سابق، ص 284.

[2] Article 77 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne,1980) (CVIM).
" La partie qui invoque la contravention au contrat doit prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention. Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait dû être évitée.".
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/v1056998-cisg-f.pdf consulté le 14/04/2020 a 14h25.

إعلام إدارة الفندق 24 ساعة قبل التاريخ المقرر للحجز، وفي حالة تجاوز ذلك الأجل دون إلغاء الحجز، فلا يحق للزبون الذي لم ينزل بالفندق استرداد اليومين الأولين من الحجز مع خصم قيمة عشرة بالمائة (10%) من قيمة الحجز الكلية.

في منتصف شهر مارس، علم الشخص **(أ)** بأنه سوف لن يتمكن من السفر خارج البلاد بسبب إجراءات الحجر الصحي التي فرضتها الدولة جراء جائحة كورنا، ولم يقم بإعلام وكالة السفر بعدوله عن السفر.

وفي تاريخ الفاتح من أبريل اتصل بالوكالة من أجل استرداد كامل مبلغ الحجز بالفندق، نتيجة عدم نزوله بذات الفندق.

في هذه الحالة، نجد أن الشخص **(أ)** لم يقم بأي إجراء من أجل تخفيف الأضرار، لذلك فالوكالة حتما ستقوم بإرجاع قيمة الحجز للشخص (أ) منقوصة من اليومين الأولين للحجز وكذا عشرة بالمائة (10%) من الثمن الكلي للحجز.

فلو أبلغ الشخص **(أ)** الوكالة بعدم قدرته على السفر خارج البلاد بمجرد علمه بذلك، كان بإمكان الوكالة إلغاء الحجز قبل تاريخ الفاتح من أبريل واسترجاع كامل قيمة الحجز.

4- الاجراءات المتخذة في سبيل تخفيف الضرر.

تختلف الإجراءات الواجب اتخاذها من أجل تخفيف الضرر، حسب اختلاف طبيعة العقد التجاري الدولي.

فقد يتمثل إجراء تخفيف الضرر في عقود البيع الدولي للبضائع مثلا في تغيير مكان التسليم، بسبب ظروف جعلت من التسليم في المكان المتفق عليه في العقد أمرا مرهقا كتعرض الميناء محل التسليم لأضرار فادحة بسبب الأحوال الجوية أو أي ظرف آخر.

وفي هذه الحالة، والتزاما بتخفيف الاضرار يكون لزاما على طرفي العقد قبول التغيير في مكان التسليم، ويحق للطرف الذي تكبد زيادة في مصاريف النقل نتيجة تغيير مكان التسليم المطالبة بهذه المصاريف.

وقد يكون الالتزام بتخفيف الضرر متمثلا في إجراءات خاصة يتخذها البائع من أجل الحفاظ على البضاعة، شريطة ألا يكون إجراء تخفيف الضرر أمرا مكلفا للمشتري كأن يزيد عن قيمة البضائع نفسها.

وهذا ما أكده قرار التحكيم في القضية رقم 7197 لسنة 1992، لما بين قرار التحكيم على أنه:

" لا يتضح للمحكم أن المدعي (البائع) قد خالف الالتزام بتخفيف الضرر المنصوص عليه في المادة 77 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، وأن هذه الإجراءات (إجراءات الحفاظ على البضاعة) تفرض نفسها في عقد بيع البضائع حتى ولو لم يكن هناك التزام تعاقدي يفرضها وفقا للمواد 82 إلى 85 من اتفاقية فيينا، كما أن مصاريف التخزين (التي سترد إلى البضائع) يجب ألا تزيد من الناحية الاقتصادية عن القيمة الكلية للبضائع".[1]

ثانيا: تعديل العقد هو النتيجة الطبيعية لنجاح المفاوضات.

في حالة احترام جميع الأطراف للالتزامات المفروضة عليهم، والدخول في مرحة التفاوض بحسن نية، والالتزام بإعلام الطرف الآخر عن أي صعوبة اعترضت تنفيذ العقد وكذا الالتزام بتخفيف الأضرار، فإن المآل الحتمي لإعادة التفاوض هو وصول الأطراف لنتيجة إيجابية وهي تعديل العقد.

والسؤال الذي قد يثور في هذه الحالة، هو هل الاتفاق الجديد الذي يتوصل إليه الأطراف هو عقد جديد؟ أم أنه مجرد استمرار للعقد الأصلي مع تعديل بعض أحكامه.

أ- الإتفاق الجديد هو عبارة عن عقد جديد.

يرى جانب من الفقه أن الاتفاق الذي يتوصل إليه الأطراف بعد إعادة التفاوض هو عبارة عن عقد جديد نتج عن عملية إعادة التفاوض.

ويعرف العقد الجديد بمصطلح التجديد، ويعرف السنهوري تجديد العقد بأنه:

[1] قرار تحيكم صادر عن غرفة التجارة الدولية **cci**، القضية رقم 7197 لسنة 1992.
وارد في مجلة القانون الدولي:
JDI, journal de droit international, Clunet, paris, France, 1993, p 1035

" اتفاق على انقضاء الالتزام القديم، وعقد لإنشاء الالتزام الجديد، فهو يعتمد على استبدال عنصر أو أكثر من عناصر الالتزام القائم بالتزام آخر جديد".[1]

ويتضح من تعريف السنهوري، أنه لاعتبار الاتفاق الجديد ليس مجرد تعديل عقد بل تجديدا، يجب أن تتجه إرادة الأفراد لذلك، حيث يجب أن تتجه نيتهما صراحة الى الاتفاق على انقضاء الالتزام القديم، وإنشاء عقد جديد.

فالحكم بتجديد العقد **la novation du contrat** ، لا يكون إلا في حالة وجود تغيير في الدين الأصلي **la dette initiale** حسب ما تقره مختلف القوانين الوطنية مع انصراف نية الأطراف إلى هذا التجديد.

وبخصوص التجديد الذي لا يكون إلا بتغير الدين، جاء نص المادة 1/287 ق.م.ج صريحا، إذ نصت المادة على أنه: " يتجدد الالتزام :

يتغير الدين إذا اتفق الطرفان على استبدال الالتزام الأصلي بالتزام جديد يختلف عنه في محله أو مصدره"[2]

ولا يقع التجديد تلقائيا إلا باتفاق صريح من طرفي العقد، حيث تنص المادة 1/289 ق.م.ج على أنه:

" لا يفترض التجديد بل يجب الاتفاق عليه صراحة أو استخلاصه بوضوح من الظروف".[3]

---

[1] **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 954.

[2] الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، المادة 1/287 وتقابله في القانون المدني الفرنسي المادة 1329 التي تنص على أنه:

Article 1329 du code civile français (Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 3)
"La novation est un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée.
Elle peut avoir lieu par substitution d'obligation entre les mêmes parties, par changement de débiteur ou par changement de créancier."
Legifrance, le service public de la diffusion du droit.
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000032034970?etatTexte=VIGUEUR&etatTexte=VIGUEUR_DIFF#LEGIARTI000032042100
consulté le 13/03/2020 a 15h14.

[3] الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، المادة 1/289. وتقابله في القانون المدني الفرنسي المادة 1330 التي تنص على أنه:

Article 1330 du code civile français (Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 3)
" La novation ne se présume pas ; la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'acte."
Legifrance, le service public de la diffusion du droit".
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000032034970?etatTexte=VIGUEUR&etatTexte=VIGUEUR_DIFF#LEGIARTI000032042100

ب- الاتفاق الجديد هو مجرد تعديل للعقد الأصلي:

يرى الجانب الآخر من الفقه، أن الاتفاق المتوصل إليه بعد إجراءات إعادة التفاوض لا يُنتج عقدا جديدا، بل يبقى العقد الأول ساري المفعول مع تعديلات تطرأ عليه أوجبتها حالة الظروف الطارئة والحوادث المفاجئة التي أدت إلى تفعيل شرط إعادة التفاوض.

فإذا لم تتجه إرادة الأطراف بصفة صريحة بعد إعادة التفاوض إلى اعتبار الاتفاق الجديد عقدا جديدا، كان ذلك مجرد تعديل للعقد الأصلي مع ما يمكن أن ينتج عن ذلك من تعديلات.[1]

فتجديد العقد لا يكون إلا بتغيير الدين الأصلي وانصراف نية المتعاقدين إلى وجود تجديد بصفة صريحة وليس مجرد تعديل للعقد.

وإن كان بعض الفقه كالأستاذ **Cabas** يرى أن بعض التصرفات التي لا تعد تجديدا في العقود الوطنية قد ترقى إلى أن تكون عقدا جديدا وتجديدا للالتزام في المجال الدولي، لأنها تشكل فرقا جليا في عقود التجارة الدولية،كالاتفاق على آليات جديدة لدفع الثمن، حيث أنه:

" هناك فرق جوهري بين أن يكون الدفع فوريا أو من خلال سفتجة بالدولار الأمريكي أو بالليرة الإيطالية أو بالفرنك الفرنسي أو الفرنك السويسري".[2]

ونحن نرى أن العبرة بإرادة الأطراف، فطالما أن إرادة الأطراف أثناء إعادة التفاوض لم تتجه إلى اعتبار الاتفاق عقدا جديدا، فهذا يعني بقاء العقد الأصلي مع تعديل بعض أحكامه، كما أن إدراج شرط إعادة التفاوض في العقد كان الهدف منه المحافظة على العقد الأصلي وليس إنشاء عقد جديد، فإنشاء عقد جديد كان ممكن الحدوث باتفاق جديد حتى دون وجود لشرط إعادة التفاوض

الذي لم يتم وضعه إلا لغرض الحفاظ على العقد.[3]

---

consulté le 13/03/2020 a 16h01.

1 يرى الأستاذ Almeida أنه:
" مهما يكن فإن التعديلات المتفق عليها من قبل الأطراف تؤدي إلى نتائج محددة تتمثل في:
أ- تعديل محل الالتزام الرئيسي (كتغيير الأداء أو أجل التنفيذ) .
ب- خلق التزام أو عدة التزامات جديدة.
ج- انقضاء التزام أو عدة التزامات.
د- تجديد التزام أو عدة التزامات جديدة."

[2] **R. ALACHKAR**, op cit, p 202.

[3] راجع الصفحة 298 بخصوص الفرق بين شرط إعادة التفاوض والتعديل الاتفاقي للعقد.

كما تجدر الإشارة إلى أن هناك فرق واضح بين مجرد تعديل للعقد، وإنشاء عقد جديد، ففي الحالة الأولى تبقى ملحقات العقد الأصلي مستمرة بينما في الحالة الثانية تنقضي الملحقات بسبب انقضاء العقد الأصلي.[1]

فاعتبار العقد تجديدا يخلق نوعا من الارتباك بسبب انقضاء العقد التجاري الدولي الأصلي وكامل ملحقاته، وضرورة النص عليها من جديد بخصوص العقد الجديد ما يخلق زعزعة في التعاملات الدولية، خصوصا إذا كانت هناك تأمينات وضمانات وفاء وضعت في العقد الأصلي، فليس من السهل إعادة وضعها في العقد الجديد.

وبخصوص هذا الأمر تنص المادة 1/291 ق.م.ج على أنه:

" يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه وإنشاء التزام جديد مكانه.

ولا تنتقل التأمينات التي تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين انصرفت إلى غير ذلك".[2]

وهو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي أيضا، إذ ينص على أنه في حالة الاتفاق على انقضاء العقد القديم واعتبار ما تم التوصل إليه عقدا جديدا، فإن جميع لواحق العقد القديم تنقضي بالضرورة، حتى بالنسبة للضمانات التي وضعت لفائدة ضمان الوفاء بالنسبة للعقد القديم تنقضي إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك، مع ضرورة قبول الجهات الضامنة على ضمان الوفاء بالتزامات الأطراف بالنسبة للعقد الجديد.[3]

[1] **Ghozi (A),** op cit, p 04.

[2] الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المادة 291.

[3] Article 1334 du code civile français (Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 3)
" L'extinction de l'obligation ancienne s'étend à tous ses accessoires.
Par exception, les sûretés d'origine peuvent être réservées pour la garantie de la nouvelle obligation avec le consentement des tiers garants".
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000032034970?etatTexte=VIGUEUR&etatTexte=VIGUEUR_DIFF#LEGIARTI000032042100
consulté le 13/03/2020 a 16h25.

الفرع الثاني: مصير العقد التجاري الدولي في حالة فشل المفاوضات.

قد تمنى المفاوضات التي فرضتها الظروف الطارئة على طرفي العقد التجاري الدولي بالفشل، ما يعني عدم توصل الأطراف أثناء إعادة التفاوض إلى تعديل العقد قصد رفع الإرهاق الواقع على أحد الأطراف.

ومهما اختلفت الأسباب التي حالت دون نجاح المفاوضات، والتي قد تكون بسبب امتناع أحد الأطراف عن التفاوض أو المماطلة في ذلك ما أدى إلى عدم التوصل إلى حل مقبول يضمن استمرار العقد،[1]فقد يرتكب أحد الأطراف خطأ عقديا بامتناعه عن التفاوض أو عدم تقديم اقتراحات جدية أثناء هذه المرحلة قصد عرقلة المفاوضات، رغم أنه لا يجوز إفشال مرحلة التفاوض عن قصد وإلا اعتبر المعني مرتكبا لخطإ عقدي، إذا تم اشتراط إعادة التفاوض في العقد، بينما إذا لم يتم اشتراط التفاوض في العقد وقام أحد الأطراف بقطع المفاوضات بشكل مفاجئ وتعسفي، أو تسبب في عدم متابعتها بحسن نية، أو تظاهر بأنه جاد في التفاوض قصد تضليل الطرف الآخر وإضرار مركزه المالي أو التجاري، فإن المسؤولية هنا مسؤولية تقصيرية، تستوجب دفع التعويض للطرف المتضرر وفقا لقانون الدولة التي وقع فيها ذلك الفعل.[2]

فمهما اختلفت الأسباب التي أدت إلى فشل إعادة التفاوض، فإن التساؤل المثار هنا، هو ما مصير العقد التجاري الدولي في هذه الحالة؟

والإجابة على هذا التساؤل لا تخرج عن أحد الأمرين، فأولا قد يتوقع الأطراف حالة فشل إعادة التفاوض فيتفقون على تنظيم الأمر ومصير العقد أثناء إبرامهم للعقد الأصلي، وقد يغفل الأطراف عن تنظيم حالة فشل المفاوضات أثناء إبرامهم العقد الأصلي(ثانيا).

[1] **Jaques mestre et Jean-Christophe Roda**, Les principales clauses des contrats d'affaire, Lextenso édition, Point delta, paris, 2011, P04.

[2] **بن أحمد الحاج**، القانون الواجب التطبيق على المسؤولية الناجمة عن قطع المفاوضات في عقود التجارة الدولية، الملتقى الوطني الخامس حول حماية المستهلك (مشكلات المسؤولية المدنية)، مخبر القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2015، ص 08.

أولا: تنظيم الأطراف لحالة فشل إعادة التفاوض أثناء إبرام العقد الأصلي.

أغلب عقود التجارة الدولية هي عقود نموذجية، تم إعدادها من قبل هيئات دولية متخصصة، ونظرا لاحترافية واضعي هذه العقود، فإنها غالبا ما تنظم وتتوقع مسبقا الحالة التي قد يفشل فيها الأطراف في الوصول إلى اتفاق جديد بعد إعادة التفاوض.

فيختار المتعاقدون أثناء إبرام العقد مثلا اللجوء إما إلى التحكيم في حال فشل المفاوضات أو وقف تنفيذ العقد أو في أسوأ الحالات فسخ العقد كحل أخير، وإن كان المتعاملون في عقود التجارة الدولية يميلون غالبا إلى تجنب فسخ العقد والحفاظ عليه.[1]

أ- وجود اتفاق مسبق حول فسخ العقد.

رغم أن جل الاتفاقيات الدولية المتعلقة بعقود التجارة الدولية، تحاول وضع نظام قانوني خاص بعقود التجارة الدولية من أجل تجنب خضوع هذه العقود للقوانين الوطنية، نظرا للطابع الخاص للعقود التجارية الدولية، والتي يهدف أصحابها إلى استمراريتها رغم ما قد يطرأ عليها من ظروف نظرا لطول مدة تنفيذها، ورغم كل ذلك فإنه قد يتفق الأطراف في العقد الأصلي صراحة على إنهاء العقد إذا لم يتم التوصل خلال عملية إعادة التفاوض إلى صيغة تضمن تعديل العقد بما يرضي الأطراف جميعا.

1- تمتع طرفي العقد بحق الفسخ.

قد ينص الأطراف في العقد التجاري الدولي مثلا على أنه:

" إذا لم يتوصل الأطراف إلى اتفاق في مدة معقولة، فيمكن لكل طرف منهما أن يفسخ العقد، أو يفسخ الجزء الذي لم ينفذ بعد".[2]

[1] **ثروت حبيب**، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، اتفاقية فيينا 1980، مكتبة الجلاء الجديدة، الطبعة الثانية، المنصورة، مصر، 1995، ص 408.

[2] **Fontaine(M)**, Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses, op cit, p 282.

فحق الفسخ في هذه الحالة معترف به لكلا طرفي العقد، وقد تكون صيغة الفسخ أكثر دقة، بأن تحدد المدة التي يجب أن تستمر خلالها المفاوضات، وفي حال تجاوزها يجوز بعد إعذار موجه للطرف الآخر طلب فسخ العقد، وهذا ما أشار إليه الأستاذ **فونتان** بإدراج شرط في العقد بالصيغة الآتية ذكرها:

" في غياب اتفاق الأطراف في أجل .....يوما ابتداء من تاريخ طلب التعديل، فإن للأطراف الحق في انهاء العقد بدون تعويض، وذلك من خلال إعذار في أجل .....يوم الذي يتم برسالة موصى عليها، حيث تتم متابعة التموينات بدون تعديل للشروط التعاقدية خلال مهلة الإعذار".[1]

2- حق الفسخ معترف به لأحد طرفي العقد فقط.

قد يتم اتفاق الأطراف المسبق حول فسخ العقد في حالة فشل إعادة التفاوض بالاعتراف بهذا الحق لأحد طرفي العقد دون الآخر، كأن ترد صيغة الفسخ على الشكل التالي:

" إذا أدى الحدث إلى تأخير التسليم أكثر من 06 أشهر، فإن الطرفين ملزمان بأن يتفقا في مدة شهر على مدة جديدة للتسليم، وإذا لم يتوصلا في نهاية هذه المدة إلى اتفاق، يمكن للمشتري فسخ الجزء من العقد الذي تأخر تسليمه..."[2]

فمن الواضح من هذا البند أن حق الفسخ معترف به للمشتري فقط في حال تأخر البائع في تسليم المبيع.

وقد يتساءل البعض حول عدالة الشرط الذي يعطي حق الفسخ لطرف على حساب الطرف الآخر، فالحقيقة أن البائع أيضا يعترف له غالبا بحق الفسخ في حالات أخرى دون المشتري.

وقد كانت المادة 69 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع صريحة بهذا الشأن، حيث نصت على أنه:

---

[1] « Si les parties ne parviennent pas à un accord dans un délai raisonnable, chacune d'elle pourra invoquer la résiliation du contrat ou de la partie non livrée de la commande, le tout sans indemnité »

أشار إليه الأستاذ هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 181. نقلا عن

V. M. FONTAINE, Les clauses de hardship...Op.cit., p. 35

[2] **Fontaine (M),** Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses, op cit, p 231.

" يجوز للبائع فسخ العقد:

أ- إذا كان عدم تنفيذ المشتري لالتزام من الالتزامات التي يرتبها عليه العقد أو هذه الاتفاقية يشكل مخالفة جوهرية للعقد....."

وفي حالة فسخ العقد، فإنه يتم إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد دون الإخلال بالتعويضات التي يمكن لأي طرف أن يطالب بها،[1] إذا أثبت أن فسخ العقد كان بسبب تقصير من الطرف الآخر، كعدم احترامه لشروط التفاوض بحسن نية والجدية في إيجاد الحلول أثناء مرحلة المفاوضات مثلما تقتضيه شروط إعادة التفاوض.

وقد نصت المادة 5.3.7 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية على أن الفسخ يترتب عنه تحلل الأطراف مستقبلا من الالتزامات مع إمكانية المطالبة بالتعويض، إذ نصت المادة على أنه:

" 1- يترتب على فسخ العقد تحلل الأطراف مستقبلا من التزاماتهم المتقابلة.

2- لا يحول الفسخ دون المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ.

3- لا يؤثر الفسخ على أي حكم في العقد يتعلق بتسوية المنازعات أو أي حكم آخر من شأنه أن يرتب آثاره حتى بعد الفسخ".[2]

---

[1] تنص المادة 122 ق.م.ج على أنه:
" إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض".

[2] Article 7.3.5 des PRINCIPES D'UNIDROIT RELATIFS AUX CONTRATS DU COMMERCE INTERNATIONAL
"1) La résolution du contrat libère pour l'avenir les parties de leurs obligations respectives.
2) Elle n'exclut pas le droit de demander des dommages-intérêts pour inexécution.
3) Elle n'a pas d'effet sur les clauses du contrat relatives au règlement des différends ni sur toute autre clause destinée à produire effet même en cas de résolution. "
https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016
consulté le 20/05/2020 a 16h03.

ب- وجود اتفاق مسبق حول وقف تنفيذ العقد.

عادة ما يتفق طرفي العقد، على وقف تنفيذ العقد طيلة فترة إعادة التفاوض، فمن غير المعقول أن يتم الاستمرار في تنفيذ العقد رغم تفعيل شرط إعادة التفاوض والذي لم يكن ليفعل إلا لوجود ما يخل بتوازن العقد، إلا أن الاتفاق على وقف تنفيذ العقد دون تحديد مدة الوقف قد يطرح اشكالا في حالة فشل المفاوضات أو إذا طالت مدتها، كأن يتم تضمين العقد الأصلي شرط من قبيل:

" سيتم وقف تنفيذ العقد طيلة فترة إعادة التفاوض الهادفة إلى التعديل ".[1]

ولوقف تنفيذ العقد طيلة فترة إعادة التفاوض آثار إيجابية على استمرار العملية، حيث أن هذا الوقف يساهم في:

- التخفيف من الإرهاق الواقع على المدين الذي تعرض له نتيجة تغير الظروف.
- حث الدائن على الإسراع في إعادة التفاوض بصفة جدية من أجل إعادة استمرار تنفيذ العقد.

كما يجدر التنويه إلى أن الوقف المؤقت لتنفيذ العقد في حالة الظروف الطارئة لا يكون إلا بالاتفاق الصريح للأطراف، وهذا على خلاف وقف التنفيذ بسبب القوة القاهرة خاصة بالمفهوم الحديث، والذي تنص عليه القوانين والاتفاقيات غالبا حتى دون اتفاق الأطراف على ذلك.[2]

---

[1] « L'exécution du contrat sera suspendue pendant le temps de la négociation en vue de l'adaptation ».
V. J-M. MOUSSERON, Technique…Op.cit, p. 614

[2] Article 7.1.7 des PRINCIPES D'UNIDROIT RELATIFS AUX CONTRATS DU COMMERCE INTERNATIONAL
"1) Est exonéré des conséquences de son inexécution le débiteur qui établit que celle-ci est due à un empêchement qui échappe à son contrôle et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre 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 surmonte les conséquences.
2) Lorsque l'empêchement n'est que temporaire, l'exonération produit effet pendant un délai raisonnable en tenant compte des conséquences de l'empêchement sur l'exécution du contrat ".
https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016
consulté le 21/05/2020 a 17h03.
من المادة يتضح أن وقف التنفيذ المؤقت يكون حتى إذا لم ينص عليه أطراف العقد.

ونظرا لتأثر استقرار المعاملات الدولية بتوقف تنفيذ عقود التجارة الدولية، فإن هذا التوقف لا يجب أن يكون لمدة طويلة، فبما أنه محدد بفترة إعادة التفاوض وجب أن تكون فترة إعادة التفاوض قصيرة نسبيا، فيمكن للأطراف تحديدها على سبيل المثال ب 03 أشهر، فينص العقد الأصلي على أنه:

" يجب أن تمتد فترة التفاوض 90 يوما ابتداء من تاريخ الإخطار دون تجاوزها"

ولتحديد فترة إعادة التفاوض أثر إيجابي على حث الأطراف على تقييم قدرتهم على مواصلة تنفيذ العقد خاصة الطرف المدين، حيث يقول الأستاذ **Reine** أنه:

" في جميع الأحوال، فإن تحديد أجل لإنهاء عملية إعادة التفاوض في إطار محدد ودقيق، يسمح للطرف المتضرر من حدث الـــــ **hardship** بتقييم مدى قدرته على المواصلة حتى نهاية المفاوضات".[1]

وفي الأخير فان لتحديد فترة التفاوض فائدة، سواء في حث الأطراف على الغسراع في عملية التفاوض، كما أن فائدة تحديدة مدة التفاوض قد تظهر أيضا في حال فشل المفاوضات، إذ غالبا ما يتفق الأطراف في حال تحيد فترة التفاوض عن مصير العقد في حال تجاوز هذه الفترة بين مواصلة التنفيذ أو الفسخ أو اللجوء لجهات معينة كالتحكيم مثلا.

جـ- وجود اتفاق مسبق باللجوء إلى التحكيم.

تدفع الرغبة الملحة لأطراف العقد التجاري الدولي في ضمان استمرارية العقد غالبا إلى وضع عدة أنظمة لحماية العقد، يكمل كل نظام الآخر.

1- دور المحكم في استمرارية العقد في حالة فشل المفاوضات.

قد يتفق طرفي العقد على اللجوء إلى إعادة التفاوض في حالة ظهور ظروف طارئة من أجل تعديل العقد، وفي حالة فشلهم في ذلك قد يضعون من اللجوء إلى التحكيم درجة أمان ثانية للعقد.

[1] « Dans tous les cas, la définition d'un délai destiné à enfermer la procédure de la négociation dans un cadre temporel déterminer, permet à la partie Victime du hardship d'évaluer, plus ou moins, précisément sa capacité de la survie jusqu'à l'issue des
renégociations ».
V. R. ALACHKAR, Op.cit, p. 195.

فقد يتضمن العقد بندا يشير صراحة إلى ذلك، بالنص على أنه:

" إذا لم يتوصل الأطراف بعد 06 أشهر من المفاوضات الجادة المبنية على حسن النية الى اتفاق لتجاوز تغير الظروف، تحال المسألة إلى غرفة التجارة الدولية **CCI** طبقا للقسم رقم .....من هذا الاتفاق، حيث يحاول المحكمين تضمين قرارهم الحفاظ على أكبر قدر ممكن من المصالح الاقتصادية للمشاريع وذلك لصالح الأطراف".[1]

2- تدخل بعض الأطراف الأخرى لضمان استمرارية العقد التجاري الدولي :

تجدر الإشارة إلى أن اتفاق الأطراف على إسناد دور في رفع الإرهاق الناتج عن الظروف الطارئة في حالة فشل المفاوضات لا يكون حكرا على المحكم فقط، فقد يتم إسناد هذا الدور إلى الموفق أو الخبير مثلا.

أ- الموفق le conciliateur .

قد يتم إسناد مهمة التوفيق بين الأطراف في حالة فشلهم في التوصل إلى أرضية توفيقية إلى الموفق،**le conciliateur**، إذ يمكن أن يشير بند في العقد الأصلي إلى أنه:

" في حال فشل المتعاقدين في تعديل العقد اثناء إعادة التفاوض بعد 03 أشهر كاملة، يحتكم الأطراف إلى موفق ...."

[1] « If after six (6) months of good faith negotiations the parties cannot agree on how best to modify this to accommodate the changed circumstances, the matter will be rebered to ICC arbitration in accordance with section … of this agreement. In reaching their conclusion, the arbitrators will attempt to presarve to the extent possible the economics benefits of the projects for the parties ».

مشار إليه من قبل هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 136

وتتلخص مهمة الموفق في تقريب وجهات نظر الأطراف من أجل تجاوز مشكلة تغير الظروف دون أن تكون له قوة إلزامية تجبر الأطراف على تنفيذ توصياته وآرائه.[1]

ب- الخبير l'expert .

من أجل تفادي فسخ العقد التجاري الدولي في حالة فشل المفاوضات قد يعهد بهذه المهمة ليس إلى محكم ولا موفق بل إلى خبير.

والقرار الذي قد يتخذه الخبير في هذه الحالة لا يخرج عن أمرين:

الحالة الأولى: قرار الخبير غير ملزم.

في هذه الحالة يكون دور الخبير أشبه بمهمة الموفق، إذ يستعين به الأطراف ويتخذونه كمستشار نظرا لخبرته في مجال معين، غالبا ما يكون ذو طابع تقني بحث، ولا تكون لقراراته أي قوة إلزامية على الأطراف.

الحالة الثانية: قرار الخبير ملزم.

على عكس الحالة الأولى، وعلى عكس رأي الموفق الغير ملزم للأطراف، قد يتخذ الخبير في حالات معينة مواقفا تكون ملزمة لأطراف العقد، لو اختاروا في العقد الأصلي إعطاء الخبير هذه السلطة الملزمة.

فقد يتفق طرفي العقد على تكليف الخبير بمهمة تعديل العقد نيابة عنهما **Mandataire**، والقرار الذي يتوصل إليه يكون ملزما لطرفي العقد تحت طائلة المساءلة على أساس المسؤولية العقدية.[2]

[1] **J.M. MOUSSERON,** op cit, p 547.
[2] **M. ALMEIDA PRADO**, Le hardship dans le droit du commerce international, Bruylant, Bruxelles, Belgique, 2003, p. 150.

ثانيا :عدم تنظيم الأطراف لحالة فشل المفاوضات وقت التعاقد.

أكثر الوضعيات التي قد تطرح إشكالا ومساسا باستقرار عقود التاجرة الدولية، هي حالة فشل المفاوضات التي تم إجراؤها بسبب تغير الظروف دون أن يكون طرفي العقد قد وضعوا حلولا مسبقة بسبب عدم استباقهم لهذه الحالة (فشل المفاوضات)، أثناء إبرام العقد الأصلي.

ففي حالة فشل المفاوضات دون أن يكون الأطراف قد اتفقوا على مخرجات لذلك، لا يسع الأطراف إلا المواصلة في تنفيذ العقد رغم الإرهاق الذي يفرضه على أحد طرفي العقد، وهناك من يتوجه إلى التحكيم رافضا مواصلة تنفيذ العقد بالصيغة الأولى حتى دون قبول الطرف الآخر بذلك أو قد يتدخل بعض الأطراف حتى دون اتفاق طرفي العقد على ذلك في العقد الأول كالقاضي إذا كان القانون المختص بالفصل في النزاع يجيز ذلك، مثل ما هو في التشريع الجزائري أو الفرنسي، أو اللجوء إلى آخر حل وهو فسخ العقد التجاري الدولي.

أ- مواصلة تنفيذ العقد التجاري الدولي الأصلي.

إذا كانت نصوص الاتفاقيات الدولية كالمبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية تنص على أن مجرد طلب إعادة التفاوض لا يعني بالضرورة التوقف عن تنفيذ العقد أثناء إجراءات التفاوض،[1] فإنه من المنطقي أن يستمر تنفيذ العقد الأول في حالة فشل المفاوضات، طالما أن الهدف من المفاوضات هو بذل عناية وليس تحقيق نتيجة.

وبهذا الخصوص يقول الأستاذ **Oppetit** أنه:

" في حالة عدم اتفاق الأطراف حول التعديلات اللازمة للعقد، فالأصل أن يبقى هذا الأخير ساري المفعول بجميع شروطه، ما لم يوجد شرط صريح بخلاف ذلك".[2]

[1] Article 6.2.3 PRINCIPES D'UNIDROIT RELATIFS AUX CONTRATS DU COMMERCE INTERNATIONAL
" La demande ne donne pas par ellemême à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations"
https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016.
consulté le 12/03/2020 a 14h45.

[2] « Faute d'accord entre les parties sur le réajustement à apporter au contrat, il faut en principe décider que ce dernier, sauf clause expresse, reste en vigueur dans ses stipulations ».
V. B. OPPETIT, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances, Op.cit, p.813

وهذا نفس ما انتهجته غرفة التجارة الدولية في شروطها النموذجية في حالة عدم توقع فشل المفاوضات سنة 1985، حيث ينص ذات الشرط النموذجي على أنه:

" في حالة عدم اتفاق الأطراف حول تعديل العقد خلال 90 يوما من تاريخ الطلب بذلك، يبقى العقد ساري المفعول وفق شروطه الأساسية".[1]

مما ذكر أعلاه نستنتج أن الأصل هو استمرار عقود التجارة الدولية ضمانا لمبدأ قدسية العقد، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك.

وعلى العكس من ذلك يرى بعض الفقه أن استمرار تنفيذ العقد بعد فشل عملية التفاوض قد يكون فيه نوع من الاجحاف تجاه الطرف الذي تعرض للإرهاق، والذي طلب بإعادة التفاوض قصد رفع الإرهاق وليس مواصلة تنفيذ العقد الأول حسب الشروط الأولية، وبهذا الصدد يقول الأستاذ **Opetit** أنه:

" ....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، لذا إذا لم يكن بإمكان هؤلاء بالرغم من إرادتهم المشتركة الوصول إلى اتفاق، فإنه يبدوا أن المحافظة على العقد أمر غير مقبول".[2]

لذلك قد يدفع الطرف المتضرر بوجود خطأ تقصيري[3] من قبل الدائن ساهم في إفشال عملية المفاوضات، خاصة إذا أثبت سوء نية الدائن أثناء عملية إعادة التفاوض.

---

[1] « A défaut d'un accord des parties sur la révision du contrat dans un délai de 90 jours après la demande. Le contrat demeure en vigueur conformément à ses termes initiaux ».
V. CCI, Force majeure et imprévision, Paris, N°. 421, 1985, p.9

[2] «…il est évident que le maintien en vigueur de stipulations contractuelles inchangées malgré la survenance du hardship ne correspond guère à l'esprit de la clause et à l'intention des parties ; si ces dernières, malgré leur volonté commune d'aboutir, n'ont pu parvenir à un accord, la survie du contrat parait inconcevable »
V. B. OPPETIT, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances, Op.cit, p.216

[3] رغم أن اللجوء لإعادة التفاوض قد يكون ذو أساسي عقدي إذا تم النص عليه في العقد الأول أو على أساس مبدأ حسن النية إذا لم ينص عليه في العقد، فإن فشل المفاوضات قد يعود إلى تقصير من طرف الدائن فيدفع المتضرر في هذه الحالة بوجود خطأ تقصيري.

ب- اللجوء إلى التحكيم.

يرى بعض الفقه أن الاستمرار في تنفيذ العقد في حالة فشل عملية إعادة التفاوض وسكوت الأطراف عن حل هذه الحالة أمر غير مقبول، بل ويشجعون الطرف المتضرر على اللجوء إلى التحكيم من أجل طلب إنهاء العقد على أساس الخطأ التقصيري.

ويبرر الفقه القائل بإمكانية طلب إنهاء العقد من قبل الجهات التحكيمية على أساس الخطأ التقصيري بربط شرط إعادة التفاوض وفشل العملية بشرط آخر وهو شرط التحكيم، إلا أن الأستاذ **Almeida** رفض هذا الأمر، حيث صرح بأن فشل عملية إعادة التفاوض لا يعطي للطرف المتضرر الحق في اللجوء إلى التحكيم من أجل طلب إنهاء العقد إلا إذا كان هناك اتفاق مسبق وصريح بذلك الأمر.[1]

ويؤكد **Almeida** أن مجرد فشل عملية التفاوض لا يعطي الأطراف الحق في اللجوء إلى التحكيم، حيث ينص على أنه:

" إن منح اللجوء إلى التحكيم يبدوا أمرا غير معقول بالنظر إلى الممارسة التعاقدية الحالية، حيث لا يزال الجدل قائما بدون أي حل، وهنا يمكن للقانون الواجب التطبيق أن يلعب دورا كبيرا في تحديد الحلول اللازمة من الناحية الفعلية".[2]

فالحل قد يكون في القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، ففي هذه الحالة يمكن العودة إلى قانون وطني معين إذا فشلت المفاوضات ولم يتوقع الأطراف هذه الحالة، فلا يتم اللجوء إلى التحكيم حسب الأستاذ **Almeida**، بل يتم العودة إلى القانون الواجب التطبيق.

---

[1] فيجب حسب Almeida تخصيص بند في العقد الأول ينص صراحة على أنه في حالة فشل المفاوضات يلجأ الأطراف إلى التحكيم.
راجع بهذا الخصوص الصفحة 333 بخصوص اللجوء إلى التحكيم في حالة وجود اتفاق مسبق.

[2] « Cette conclusion nous parait 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 le cas de concret »
V. M. ALMEIDA PRADO, Le hardship…Op.cit, p.153

جـ تدخل القاضي من أجل تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة وفشل عملية التفاوض.

قد تجد الأطراف المتعاقدة أنفسها أمام مصير مجهول في حال فشلت عملية إعادة التفاوض، وعدم تطرقهم لتنظيم هذه الحالة أثناء إبرام العقد في بادئ الأمر.

في هذه الحالة يكون الاستمرار في تنفيذ العقد حسب الشروط الأولى حسب ما ينادي به البعض عملا مناف لأصل شرط إعادة التفاوض، والذي يهدف أساسا إلى رفع الإرهاق، فلا يعقل مواصلة تنفيذ العقد رغم وجود الإرهاق.

والحل قد يكون بالعودة إلى القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، وهذا ما نادى به الأستاذ **Almeida.**

فإذا تقرر على سبيل المثال أن القانون الوطني الجزائري هو المختص بالفصل بالنزاع، فتفتح هذه الإحالة المجال واسعا أمام القاضي للتدخل في العقد ومحاولة رفع الإرهاق حتى دون إشارة الأطراف إلى ذلك، فموقف القاضي الوطني يختلف باختلاف النظام القانوني، حيث أن ما قد يحكم به القاضي الجزائري إذا كان هو القانون المختص قد يختلف عن موقف نظيره الفرنسي، مع الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قبل سنة 2016 كان لا يعترف أصلا بنظرية الظروف الطارئة، فلو كان هو المختص للفصل في عقد تجاري دولي اختل توازنه بسبب ظروف طارئة قبل سنة 2016 فكان سيحكم حتما بمواصلة تنفيذ العقد بالشروط الأولى طبقا لقدسية العقد الذي لطالما نادت به المادة (1134)، واختلف الأمر بشكل جذري بعد صدور الأمر 2016-131 الذي أدخل نظرية الظروف الطارئة في المنظومة التشريعية الفرنسية.[1]

[1] Art 1134(version en vigueur du 17 février 1804 au 1 octobre 2016) dispose :
"Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.
Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.
Elles doivent être exécutées de bonne foi "

1- موقف المشرع الجزائري.

إذا كان القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي هو القانون الجزائري، فهذا يعطي للقاضي السلطة وحده في تعديل العقد، فإذا طرأت ظروف طارئة تجعل من تنفيذ العقد أمرا مرهقا لأحد الأطراف جاز للقاضي أن يتدخل.

وما يلاحظ هنا أن سلطة تعديل العقد قصد رفع الإرهاق في القانون الجزائري بخلاف المشرع الفرنسي هي سلطة معترف بها للقاضي فقط وأي اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلا، وهذا ما نصت عليه المادة 107 ق.م.ج بقولها أنه: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.

ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام.

غير أنه إذا طرأت **حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها** وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، 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**. "[1]

فبالعودة إلى القانون المدني نجد أن المشرع قد أعطى القاضي إمكانية تعديل العقود عامة، إذا توافرت شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة.

ويمكن تلخيص هذه الشروط حسب المادة **107 ق.م.ج** في[2]**:**

- أن يكون الظرف الطارئ استثنائيا.
- أن يكون الظرف الطارئ عاما.

[1] الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق، المادة 107.
[2] أنظر الصفحة 35، أين تم التفصيل في شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة.

- أن يكون الظرف الطارئ فجائيا.
- عدم القدرة على الدفع.
- ألا يكون للطرف المتضرر يدا في حدوث الظرف الطارئ.[1]

2- موقف المشرع الفرنسي.

لم يكن المشرع الفرنسي قبل سنة 2016 يعترف أصلا بنظرية الظروف الطارئة، فعلى سبيل المثال كان يحكم على الأطراف التي تتحجج بوجود إرهاق في العقد التجاري الدولي إذا طرح النزاع أمامه بضرورة مواصلة تنفيذ العقد الأولي مهما كان مرهقا.

بعد سنة 2016 وبعد تعديل القانون المدني بموجب الأمر 2016-131 وإدخال المادة 1195 تغير موقف المشرع الفرنسي 180 درجة، إذ أعطى ليس فقط للقاضي إمكانية تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة، بل حتى للأطراف على خلاف المشرع الجزائري.[2]

والاختلاف الموجود بين التشريعين الفرنسي والجزائري، هو أن نظرية الظروف الطارئة اعتبرها المشرع الجزائري من النظام العام، فلا يجوز مثلا للأطراف المتعاقدة الاتفاق على تحمل المخاطر التي قد تنتج عن العقد ومواصلة تنفيذ العقد الذي صار مرهقا لأحد الأطراف، وهو ما نص عليه بقوله: "ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

بينما أجاز المشرع الفرنسي مخالفة ذلك، بل وربط تفعيل نظرية الظروف الطارئة بضرورة ألا يكون الأطراف قد تحملوا المخاطر التي قد تنتج عن الظرف الطارئ، فبمفهوم المخالفة يمكن للأطراف الاتفاق على استبعاد نظرية الظروف الطارئة.[3]

---

[1] **سعيد السيد علي**، مرجع سابق، ص ص 103-105.

[2] راجع الصفحة 84 بخصوص الإجراءات الجديدة حول إعادة التفاوض في القانون المدني الفرنسي بسبب الظروف الطارئة التي وضعتها المادة 1195 لأول مرة بعد الأمر 2016-131.

[3] Art 1195(Modifié par L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 entré en vigueur au 1 octobre 2016) dispose :

" Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse **pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque**, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation".

قبل فترة ليست بالطويلة، كان المشرع الفرنسي يرى أن تدخل القاضي لتعديل عقد مبرم بين طرفين ضربا لمبدأ القوة الملزمة للعقود، فإلى غاية سنة 2016 لم يكن يتصور إمكانية تعديل العقود مهما كانت حتى عقود التجارة الدولية بسبب الظروف الطارئة مهما كان السبب، فإما إنهاء العقد برمته بسب قوة قاهرة أو تركه قائما وفق ما اتفق الأطراف عليه، باستثناء القانون الإداري الذي كان سباقا في الاخذ بالنظرية.

بعد صدور الأمر 2016-131 الذي يعدل القانون المدني الفرنسي كان من بين ضحاياه المادة 1134 التي كانت مادة فارقة في تكريس مبدأ القوة الملزمة للعقود ورفض أي تعديل للعقد مهما تغيرت الظروف.[1]

حيث أصبح ممكنا حسب المشرع الفرنسي أن يقوم القاضي بتعديل العقد حالة ما تغيرت الظروف بصفة مفاجئة وغير متوقعة لدى إبرام العقد تجعل من تنفيذ العقد أمرا مرهقا.

---

[1] كانت المادة سابقا تنص على أنه :

"Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi."

بعد تعديل المادة 1134 والتي كانت تمنع إدخال أي تعديل على العقد، أصبح المشرع الفرنسي يعترف بنظرية الظروف الطارئة، حيث أحدثت المادة 1195 ثورة في القانون المدني الفرنسي بنصها :

"Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe."

وأهم الفوارق الموجودة في نظرية الظروف الطارئة بين المشرعين الجزائري والفرنسي، هو أن المشرع الفرنسي تحدث عن إجراء جديد لم يكن معروفا في العقود الداخلية من قبل، وهو إعادة التفاوض بسبب الظروف الطارئة.

حيث يمكن تصور أن يطلب أحد الأطراف المتضرر بسبب جائحة كورنا إذا تم تكييفها كظرف طارئ من الطرف الآخر إعادة التفاوض من جديد حول العقد التجاري الدولي إذا كان القانون الفرنسي هو المختص في الفصل بالنزاع، من أجل تخفيف الأضرار الناتجة عن الظرف الطارئ، حيث نصت المادة 1194 من القانون المدني على أنه:

" celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant"

بينما في القانون الجزائري لا يمكن للمدين إلزام الدائن بإعادة التفاوض حول بنود العقد حتى لو تأثر بظروف طارئة جعلت من تنفيذه أمر مرهقا، إلا إذا تم ذلك باتفاق الطرفين، وهو ما يسمح به القانون المدني الجزائري.

والنقطة الأخرى التي تشكل فرقا بين نظرية الظروف الطارئة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، هو أن التشريع الجزائري منع اتفاق الأطراف على استبعاد تطبيق النظرية بقوله في المادة 107 على أنه**:**"ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

بينما ربط المشرع الفرنسي في المادة 1195 تفعيل نظرية الظروف الطارئة بعدم تحمل أحد الطرفين للمخاطر الناتجة عن الظروف الطارئة، بقوله**:**

" pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque "

حيث يفهم من ذلك أنه يجوز مثلا في العقد وفق نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الفرنسي، أن يتم الاتفاق على تحمل أحد الأطراف للمخاطر الممكن أن تنتج عن الظرف الطارئ.

3- موقف المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص(اليونيدروا):

تنص المادة 3.2.6 بخصوص الظروف الشاقة في فقرتها الرابعة:

"إذا توصلت المحكمة إلى توافر الظروف الشاقة، فيمكن لها أن تقضي مادام ذلك معقولا، باي مما يلي:

أ- إنهاء العقد في التاريخ ووفقا للشروط التي يتم تحديدها، أو

ب- تطويع العقد بالتعديل، بهدف إعادة توازن الأداءات ."

أعطى المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص للقاضي سلطة تعديل العقد الذي يختل توازنه بسبب الظروف الطارئة، إلا أن مكمن الخلاف بين اليونيدروا والمشرع الفرنسي من جهة والمشرع الجزائري من جهة أخرى هو أن المشرع الجزائري أعطى للقاضي وحده سلطة تعديل العقد.

وعلى العكس من ذلك، فلم يجعل كلا من المشرع الفرنسي واليونيدروا من تدخل القاضي الحل الوحيد لرفع الإرهاق بل هو أحد الحلول ويأتي كآخر مرحلة، حيث لا يتم السماح للقاضي بالتدخل لتعديل العقد إلا بعد فشل المفاوضات ومحاولات تعديل العقد من قبل الأطراف.[1]

[1] راجع الصفحات من 202-212 بخصوص دور القاضي في تعديل عقود التجارة الدولية بسبب تغير الظروف، لاسيما موقف اليونيدروا.

خلاصة الباب الثاني

تطبيقا لمبدأ بقاء العقد، الذي أصبح مبدأ عام في مجال عقود التجارة الدولية، فإنه قد يتم اللجوء في العديد من الأحيان إلى وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي، قصد رفع الإرهاق وتفادي فسخه، و يعتبر العقد الموقوف عقدا صحيحا من حيث تكوينه القانوني، لكنه لا ينتج بصفة مؤقتة آثاره في مواجهة كل من المتعاقد والغير معا، كما لا يتم وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي بصفة تلقائية لمجرد تغير الظروف وهذا ما نص عليه المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص وكذا المشرع الفرنسي، وهذا راجع إلى التخوف من التعسف في استعمال وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية دون وجه حق.

قد يكون وقف التنفيذ ذو أساس عقدي فيتم النص عليه في العقد ، كما قد يكون بنص قانوني أو اتفاقية دولية، وقد يكون أساس وقف التنفيذ هو الدفع بعدم التنفيذ، ويتمثل في امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه ما لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته، فوقف التنفيذ في الحالة الأخيرة لم يكن بسبب ظروف طارئة خارجة عن إرادة الأطراف، بل كان وسيلة لإجبار الطرف الآخر على مواصلة تنفيذ التزاماته التي توقف عنها، وباستثناء الدفع بعدم التنفيذ فإن المشرع الجزائري لم ينص على وقف التنفيذ صراحة في حالة الظروف الطارئة، إلا أنه يمكن تصور أن يكون تدخل القاضي لرد الإرهاق إلى الحد المعقول سببا أساسيا لوقف التنفيذ.

لقد كان لتأخر المشرع الفرنسي في الأخذ بنظرية الظروف الطارئة الفرصة في الاطلاع على تشريعات سابقيه، حيث اعتمد على إعادة التفاوض بشكل صريح عكس بقية القوانين الوطنية، كما أنه تفطن إلى ذكر ضرورة مواصلة الأطراف لتنفيذ التزاماتهم أثناء فترة إعادة التفاوض، وقد سبقه اليونيدروا في ذلك.

إن العائق المنصوص عليه وفق المادة 79 من اتفاقية فيينا يعفي المدين من المسؤولية فقط ولا يحميه من فسخ العقد، إذ تنص ذات المادة في آخر فقره منها على عدم وجود ما يمنع أحد الطرفين من استعمال أي من حقوقه الأخرى باستثناء طلب التعويضات وفقا لأحكام هذه الاتفاقية،

إذ يمكن للدائن مثلا إعلان فسخ العقد لعدم تنفيذ المدين لالتزاماته بسبب استحالة التنفيذ، وكل ما في الأمر أنه لا يمكن للدائن مطالبة المدين بأي تعويض عن عدم التنفيذ.

وقف التنفيذ حسب اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع في حالة حدوث العائق المؤقت هو أشبه للحادث المؤقت الذي نص عليه المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في مبادئه المتعلقة بالعقود التجارية الدولية لما تحدث عن الحادث المؤقت في حالة القوة القاهرة بموجب المادة 7.1.7، وكان الهدف واحدا سواء تعلق الأمر بالعائق (الأونسيترال) أو الحادث المؤقت (اليونيدروا) ألا وهو تفادي فسخ عقود التجارية الدولية قدر الإمكان.

يساهم وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي أثناء فترة إعادة التفاوض في التخفيف من الإرهاق الواقع على المدين الذي تعرض له نتيجة تغير الظروف، كما يعمل هذا الوقف على حث الدائن في الإسراع في إعادة التفاوض بصفة جدية من أجل إعادة استمرار تنفيذ العقد، لذلك ينبغي على الأطراف المتعاقدة إضافة بند في العقد ينص على وقف تنفيذ العقد طيلة فترة إعادة التفاوض، وفي حالة إهمال ذلك فإنه يتم المواصلة في تنفيذ العقد مهما كان مرهقا، وهذا ما أكدته المادة 3.2.6 من اليونيدروا في معرض حديثها عن الظروف الشاقة و إعادة التفاوض حين أشارت إلى أن مجرد طلب إعادة التفاوض لا ينتج عنه وقف تنفيذ العقد.

فلا يتم وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية بسبب الظروف الطارئة إلا باتفاق صريح للأطراف، بخلاف القوة القاهرة التي تنص جل القوانين والاتفاقيات على وقف التنفيذ فيها بسبب القوة القاهرة حتى دون اتفاق الأطراف إذا كان الحادث مؤقتا.

يعد شرط إعادة التفاوض أحد الحلول الواقعية التي فرضتها عقود التجارة الدولية من أجل تجنب الإرهاق الناتج عن الظروف الطارئة، وقد تطرقت أغلب النصوص التي اعترفت بنظرية الظروف الطارئة إلى إعادة التفاوض كسبيل قانوني لرفع الإرهاق الناتج عن تلك الظروف.
وينبغي التمييز بين إعادة التفاوض المنصوص عليه في العقد التجاري الدولي وإعادة التفاوض الذي يتم بسبب توافر شروط إعمال الظروف الطارئة، فإن كانت النتيجة والهدف واحد، إلا أن

أساس إعادة التفاوض يكون ذو أساس عقدي في حالة النص عليه في العقد التجاري بينما في الحالة الثانية يكون القانون هو أساس اللجوء إليه.

الفسخ الذي تطرقت إليه اتفاقية الأمم المتحدة ليس بالانفساخ الاتفاقي ولا بالانفساخ القانوني، فالأول يكون في حالة ما إذا ما اتفق طرفي العقد أثناء إبرام العقد على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم قضائي بمجرد حصول إخلال بأحد الالتزامات المتفق عليها، وهذا ما تطرق إليه المشرع الجزائري في المادة 120 ق.م.ج، بينما يكون الانفساخ القانوني تلقائيا وبقوة القانون عندما ينص القانون على حالات معينة ينفسخ بتوافرها العقد، كأن يتم النص على انحلال العقد بسبب استحالة تنفيذ الالتزام المقابل، فينفسخ العقد بقوة القانون، وهذا ما أشارت إليه المادة 121 ق.م.ج.

فالفسخ الذي تطرقت إليه اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع ليس بالانفساخ الاتفاقي ولا بالانفساخ القانوني، بل هو فسخ يتم بطلب من أحد الأطراف بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزاماته، فالفسخ في هذه الحالة يكون بطلب الدائن وليس بقوة القانون.

خـــــاتمـــــــــة:

تعتبر عقود التجارة الدولية المجال الخصب لإعمال نظرية الظروف الطارئة، لما تمتاز به هكذا عقود من تراخي في تنفيذها، إذ غالبا ما تمتد الفترة ما بين إبرام العقد التجاري الدولي ووقت تنفيذه عدة سنوات وهذا راجع إما لرغبة الأطراف في تحقيق نوع من الاستقرار في معاملاتهم كما هو الشأن في عقود التوريد وعقود الامتياز مثلا، أو أن طبيعة هذه العقود هي التي تتطلب طول المدة كعقود نقل التكنولوجيا وعقود إنشاء المصانع، ضف إلى ذلك عدم استقرار الساحة الاقتصادية الدولية.

فطول فترة تنفيذ العقود التجارية الدولية يجعلها أكثر عرضة لتغير الظروف من العقود الداخلية والتي غالبا ما تكون عقودا فورية، كما أن الظروف الطارئة قد تلحق بعقود التجارة الدولية ليس بسبب طول مدة هذه العقود فحسب وإنما بسبب اتصالها بأكثر من نظام قانوني واحد، فالقرارات الصادرة من دولة معينة بقطع العلاقات الاقتصادية بينها وبين دولة أخرى أو منع استيراد سلعة معينة، يجعل من تنفيذ الالتزامات للأطراف المتواجدة في الدولتين أمرا مرهقا إن لم يكن مستحيلا.

ومن أجل تفادي هذه العواقب يتم اللجوء عادة في إطار نظرية الظروف الطارئة إلى محاولة تعديل العقد قصد رفع الإرهاق الواقع على طرفي العقد كليهما أو أحدهما، إلا أن هذا الأمر ليس بالهين، حيث يتم الاصطدام بالفقه الكلاسيكي الذي ينادي إلى ضرورة احترام قدسية العقد مهما تغيرت الظروف، إذ أن مجرد التفكير في تعديل العقد بسبب تغير الظروف أمر يمس باستقرار المعاملات الاقتصادية الدولية حسبهم، ويمس بالأمن القانوني لتلك العقود.

لكن القول بأن الأمن القانوني للعقد التجاري الدولي لن يتأتى إلا بالاحترام المطلق لبنود العقد التجاري الدولي، وعدم تعديل العقد مهما تغيرت الظروف، أمر مردود عليه فاستقرار عقود التجارة الدولية والحفاظ على العلاقة التعاقدية لن يتحقق في حالة إلزام الأطراف المتعاقدة بتنفيذ العقد بنفس الصيغة التي أبرم بها قبل عقود رغم تغير الظروف المحيطة بالعقد، فتحقيق الأمن القانوني واحترام مبدأ حسن النية يستدعيان

إمكانية ورود استثناءات على القوة الملزمة للعقود نتيجة للإرهاق الذي قد يلحق بأحد الأطراف بسبب الظروف الطارئة، فتعديل التزامات الأطراف أفضل من بقاء هذه العقود دون تنفيذ بسبب استحالة تنفيذها.

وانطلاقا مما سبق، يتضح أن الأخذ بنظرية الطارئة في عقود التجارة الدولية لا يتعارض مع مبدأ الأمن القانوني لتلك العقود، كما أن مبدأ حسن النية وأمانة التعامل الذي وضعه المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في مبادئه المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، يقضي بعدم إلزام الأطراف على المواصلة في تنفيذ العقد، إذا اختل التوازن في أدائهما وقت تنفيذ العقد عما كان متفقا عليه وقت إبرام العقد، بسبب ظروف طارئة لم تكن متوقعة.

ونتيجة لذلك، فإن دراستنا هذه، والمتعلقة بنظرية الظروف الطارئة في مجال عقود التجارة الدولية قد أفرزت على مجموعة من **النتائج**، يمكن أن نوجزها فيما يلي:

- يعتبر المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة من النظام العام، فلا يمكن لطرفي العقد التجاري الدولي في حالة ما إذا كان القانون الجزائري هو المختص بالفصل في النزاع الناتج عن ذلك العقد أن يتفقا على استبعادها، كأن يتم الاتفاق في العقد التجاري الدولي على تحمل أحد الطرفين لتبعات ظهور أي ظرف طارئ كوباء محاولين إبعاد تدخل القاضي لتعديل العقد قصد رفع الإرهاق مثلا ، عكس المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية لليونيدروا والمشرع الفرنسي اللذين كان لهما رأي آخر بأن مكنا الأطراف من تحمل تبعة المخاطر واستبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة، بينما منعت المادة 107 ق.م.ج ذلك صراحة بقولها : " ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، وهذا خلافا لما هو وارد في حالة القوة القاهرة أين يمكن للمدين تحمل تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة.
- قد يتم الاتفاق على تحمل المخاطر بصفة صريحة، كما قد يكون بصفة ضمنية، فالاتفاق الصريح على تحمل المخاطر واستبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة يكون عن طريق إضافة بند أثناء إبرام العقد التجاري الدولي يفيد باستبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة في حال طرأ أي ظرف على العقد لاحقا.

وقد يستنتج تحمل المخاطر والظروف الشاقة غير الصريح من طبيعة العقد، حيث أن شركة التأمين التي تطلب أقساطا إضافية من أجل التأمين عن حوادث الملاحة الناتجة عن مخاطر الحرب، تتحمل بشكل ضمني تبعة أي ظرف شاق ناتج عن الحروب.

- بخلاف المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص الذي تعرض إلى نظرية الظروف الطارئة بصفة واضحة تحت اسم الظروف الشاقة **(hardship)**، فإن اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لم تشر إلى الظروف الطارئة تحت أي مسمى، واكتفت بالحالة التي يكون فيها التنفيذ مستحيلا، سواء كانت الاستحالة دائمة أو مؤقتة، إذ نصت المادة 79 من اتفاقية فيينا على إعفاء المدين من المسؤولية عن عدم التنفيذ طيلة فترة العائق **"empêchement".**
- إن وجه الشبه بين كل من نظرية الظروف الطارئة**"la théorie de l'imprevision"** حسب المشرعين الفرنسي والجزائري ونظرية الظروف الشاقة **hardship** حسب المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية للمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص من جهة و العائق حسب اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع من جهة أخرى هو عنصر الخارجية وعدم التوقع، ومكمن الاختلاف هو أن العائق يجعل من الالتزام أمرا مستحيل التنفيذ إما بصفة دائمة أو مؤقتة، بينما الظروف الطارئة أو الشاقة لا تجعل من تنفيذ الالتزام أمرا مستحيلا بل مرهقا مع وجود إمكانية لتنفيذه مع تعديل إلتزامات الأطراف المتعاقدة.
- قد تؤول الظروف الطارئة في العديد من الأحيان إلى قوة قاهرة، فالظروف الطارئة التي تلحق بالعقد التجاري الدولي وتجعل من تنفيذه أمرا مستحيلا استحالة مطلقة تؤدي إلى فسخ العقد بقوة القانون مع انتفاء مسؤولية المدين، ففي هذه الحالة يمكن للطرف المتضرر أن يتمسك بأحدهما، فإذا كان يهدف إلى إنهاء العقد دفع بالقوة القاهرة، أما إذا كان يرمي إلى مواصلة تنفيذ العقد مع رفع الإرهاق وإعادة التفاوض دفع بتوافر الظروف الشاقة.

وإذا كانت القوة القاهرة سابقا تؤدي إلى فسخ عقود التجارة الدولية في أغلبية الأحوال، فإن المفهوم الحديث للقوة القاهرة الذي ولد في كنف عقود التجارة الدولية والمعروف بـــــ" المفهوم الحديث

للقوة القاهرة" أو "القوة القاهرة الحديثة" كان أكثر مرونة من المفهوم التقليدي للقوة القاهرة وهو أقرب بذلك إلى نظرية الظروف الطارئة.

والمفهوم الحديث للقوة القاهرة والمنتشر بكثرة في عقود التجارة الدولية لا يؤدي إلى فسخ العقد مباشرة، بل يؤدي إلى وقف تنفيذ العقد فترة من الزمن، ويتقابل أطراف العقد في تلك الفترة من أجل إعادة التفاوض حول العقد التجاري الدولي الذي تعرض لظروف طارئة غير متوقعة والبحث عن سبل تعديل التزامات أطراف العقد قصد الحفاظ عليه من الفسخ.

- لم تتضمن أغلبية عقود التجارة الدولية المبرمة من قبل متعاملين جزائريين شرط إعادة التفاوض، لأن المادة 107 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثالثة عندما تطرقت إلى نظرية الظروف الطارئة أعطت للقاضي وحده سلطة تعديل العقد ومنعت أي إجراء مخالف لذلك كشرط إعادة التفاوض الذي يسمح للأفراد بتعديل العقد مثلا.
- يرى الفقه الأنجلوساكسوني أن الالتزام بإعادة التفاوض هو التزام بتحقيق نتيجة، وليس مجرد بذل عناية، وهذا ما يشير إليه بفكرة "العقد التشاركي **" le contrat relationel "** لأنه من المستبعد أن يقوم أحد الطرفين بتعديل العقد على حساب مصلحته لو تركت له الحرية في مجرد بذل عناية، ومن أجل ذلك يؤكد الفقهاء على أنه إذا لم يشكل التفاوض إلتزاما بتحقيق نتيجة فهو يمثل على الأقل إلتزاما ببذل عناية مشددة أو ألتزاما بتحقيق نتيجة مخففة، أي

L'obligation de moyens renforcés ou du résultat allégée.

وبناء على هذه النتائج التي تبين بجلاء الاختلافات الواردة بين الظروف الطارئة التي نصت عليها القوانين الداخلية ونظيرتها الدولية، بالإضافة إلى التداخل بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة خاصة بمفهومها الحديث، ودور شرط إعادة التفاوض في حل الصعوبات الناتجة عن الظروف الطارئة، يمكن اقتراح التوصيات الآتية:

- إن جعل المشرع الجزائري من نظرية الظروف الطارئة أمرا من النظام العام، وإعطائه للقاضي وحده إمكانية تعديل العقد قصد رفع الإرهاق في حالة الظروف الطارئة، وإبطال كل أمر مخالف لذلك، يمنع الأطراف من إدراج شرط إعادة التفاوض في العقد، لذلك نوصي بضرورة تعديل المادة 107 من القانون المدني، وذلك بحذف الفقرة "ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك "، والسماح للأطراف بإمكانية إدراج شرط إعادة التفاوض كسبيل لرفع أي إرهاق ناتج عن الظروف الطارئة، وهذا هو الأصل في عقود التجارة الدولية.
- ضرورة إسقاط المشرع الجزائري لشرط العمومية من أجل إعمال نظرية الظروف الطارئة، أسوة بنظيريه اليوناني والإيطالي، فاشتراط ضرورة أن يشمل الظرف الطارئ الذي أدى إلى اختلال التوازن العقدي عددا كبيرا من الأشخاص، أو فئة من المهنيين كالمزارعين أو الناقلين، أو منطقة كاملة من العالم فيه إجحاف للطرف المتضرر، فإذا تعرض ناقل بضاعة دولية مثلا إلى إرهاق بسبب غرق سفينته فلا يمكنه التحجج بالظرف الطارئ لأن الظرف لم يشمل غيره، ولم يتوافر شرط العمومية.
- لم يوفق المشرع الجزائري لما استعمل لفظ **réduire** في المادة 107 ق.م.ج ، إذ لا يتصور دائما أن تتم معالجة الإرهاق الذي قد يصيب الأطراف في حالة الظروف الطارئة بانقاص التزامات طرف معين، إذ من الممكن أن يمر رفع الإرهاق عن الطرف المدين عبر زيادة التزامات الدائن، فالمادة 3.2.6 من اليونيدروا -المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص -كانت أدق حيث نصت على تطويع العقد بالتعديل، كما كان المشرع الفرنسي هو الآخر دقيقا في اختيار ألفاظه حيت استعمل في المادة 1195 من الأمر 2016-131 لفظ **réviser** وليس **réduire** وهذا ما يفيد مراجعة العقد بالزيادة أو النقصان، لذا وجب على المشرع الجزائري تدارك الأمر.
- يمكن للمتعاملين الاقتصاديين في مجال عقود التجارة الدولية التي يكون أحد أطرافها شخصا جزائريا عاما أو خاصا، تدارك أمر عدم جواز الاتفاق على شرط إعادة التفاوض وفق التشريع الجزائري، وتفادي أي إشكال بهذا الخصوص باتفاق الأطراف -إذا كانت لها نية إعادة التفاوض- باللجوء إلى التحكيم في حالة وجود نزاع، فمنع اشتراط التفاوض يلزم القاضي الوطني لا المحكم، كما يمكن الاتفاق على جعل قانون دولة أخرى هو المختص للفصل في النزاع إذا كان يسمح بإعادة التفاوض.

● يتوجب على أطراف عقود التجارة الدولية الأجانب وحتى الجزائريين أثناء إبرام عقود تجارية دولية، تبني مفهوم موسع وحديث للقوة القاهرة يسمح بتجنب فسخ العقد، و بما أن القوة القاهرة ليست من النظام العام في أغلب القوانين الداخلية ومنها التشريع الجزائري، الذي يجيز أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، نوصي بعدم إغفال وضع القوة القاهرة كشرط اتفاقي، تحت مسمى شرط القوة القاهرة **"la clause de force majeure"**، والذي يسمح بتجنب الآثار الناتجة عن القوة القاهرة بمفهومها التقليدي والتي تؤدي حتما إلى فسخ العقد، فيسمح هذا الشرط بإنقاذ العقد وتجنب فسخه في حالات كثيرة، و بفضل هذا الشرط يمكن للعديد من الأطراف الدولية توقي فسخ العقد التجاري الدولي الذي يتعرض إلى قوة قاهرة، عبر تعديله في شكل أقرب ما يكون إلى شرط إعادة التفاوض منه إلى القوة القاهرة التقليدية، وهذا أسمى ما تسعى إليه الأطراف في عقود التجارة الدولية، فالنتيجة المترتبة عن القوة القاهرة بمفهومها التقليدي والمتمثل في انفساخ العقد وانتفاء مسؤولية المدين أصبح أمرا نادر التطبيق في عقود التجارة الدولية.

● يجب على أطراف العقد التجاري الدولي توضيح طبيعة الاتفاق الجديد الذي يتم التوصل إليه بعد إعادة التفاوض، وتبيان ما إذا كان يشكل عقدا جديدا أو مجرد تعديل للعقد الأصلي لا يرقى لأن يكون عقدا جديدا، إذ أن العبرة في ذلك هي بالإرادة الصريحة للأطراف، فإذا لم تتجه إلى اعتبار الاتفاق الجديد عقدا جديدا، كان ذلك مجرد تعديل للعقد الأصلي، وتظهر فائدة التعديل في عدم انقضاء لواحق العقد القديم كالضمانات التي وضعت لفائدة ضمان الوفاء بالنسبة للعقد القديم، إذ أن اعتبار الاتفاق عقدا جديدا ينتج عنه ضرورة قبول الجهات الضامنة على ضمان الوفاء بالتزامات الأطراف بالنسبة للعقد الجديد، وهذا أمر جد معقد في عقود التجارة الدولية.

● بما أن فشل عملية إعادة التفاوض لا يعطي للطرف المتضرر الحق بصفة تلقائية في اللجوء إلى التحكيم من أجل طلب إنهاء أو تعديل العقد إلا إذا كان هناك اتفاق مسبق وصريح بذلك، وهذا ما أشار إليه الأستاذ **Almeida**، فإنه يجب وضع درجة أمان ثانية إضافة إلى إعادة التفاوض تسمح بتوقي فسخ العقد و ذلك بوضع شرط صريح يفيد باللجوء إلى التحكيم إذا فشلت عملية إعادة التفاوض في تعديل التزامات الأطراف، فإذا فشلت عملية إعادة التفاوض ولم يشر الأطراف صراحة إلى التحكيم، فلا

يتم اللجوء إلى التحكيم حسب الأستاذ **Almeida**، بل يتم العودة إلى القانون الواجب التطبيق، والذي قد يعطي للقاضي دورا جديد لم يكن معروفا به، وهو إمكانية تعديل العقد من أجل معالجة آثار الظروف الطارئة وهو ما قد يرفضه أطراف العقد التجاري الدولي لعدم تخصص القاضي الوطني وإلمامه بخبايا وتعقيدات عقود التجارة الدولية، خاصة إذا علمنا أن تدخل القاضي لتعديل بنود العقد التجاري الدولي لن يخضع لرقابة محكمة النقض التي تكتفي بتطبيق صحيح القانون وفقط، وبما أن المشرع قد أعطى للقاضي إمكانية التدخل فهو قد طبق القانون ولا مجال لمحكمة النقض للتدخل هنا، لذلك يستحسن صياغة شرط إعادة التفاوض بدقة، مع توقع الحالة التي قد يفشل فيها شرط إعادة التفاوض في التوصل إلى تعديل العقد وتدخل الغير سواء كام محكما أو خبيرا أو حتى قاضيا.

- على المتعاملين الاقتصاديين أثناء اشتراط إعادة التفاوض عدم إغفال إضافة بند آخر ينص على وقف تنفيذ العقد طيلة فترة إعادة التفاوض أو على الأقل تحديدها بفترة قصيرة، بما أن مبادئ اليونيدروا تنص على أن مجرد طلب إعادة التفاوض بسبب الظروف الشاقة لا ينتج عنه وقف تنفيذ العقد، مما يستوجب مواصلة تنفيذه مهما كان مرهقا، وقد يستغل الدائن المستفيد من تحقق الحدث المخل بتوازن العقد هذا الأمر ويعمل على إطالة مدة التفاوض لأكبر مدة ممكنة قصد تحقيق أكبر قدر من المكاسب مع ما ينتج عن ذلك من أضرار فادحة على المدين المتضرر من تغير الظروف.
- تركت اتفاقية فيينا فراغا عمليا كبيرا بعدم تطرقها للظروف الطارئة، أين اكتفت بالحديث عن العائق فقط، فإذا تعرض أطراف العقد إلى ظروف طارئة جعلت من تنفيذ العقد أمرا مرهقا وليس مستحيلا، فلا مجال لإعمال أحكام الاتفاقية من أجل رفع الإرهاق، لذلك نوصي الأطراف بضرورة أخذ هذا الأمر في الحسبان وتوقع هذه الحالة، خاصة لو علمنا أن أحكام القانون الدولي الخاص هي الكفيلة بحل هذا الإشكال، إذ تشير المادة السابعة (07) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع إلى أن المسائل التي لم تحسمها نصوص الاتفاقية تسري عليها أحكام القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص، فقد يجد الأطراف أنفسهما أمام قانون وطني لم يرغبا في تطبيقه بادئ الأمر، لذا يجب توقع هذا الأمر بالاتفاق على القانون الذي سيطبق على علاقتهما أو الاتفاق على اللجوء للتحكيم مثلا.

الملاحـــــــــــق

الملحق الأول

قرار محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية الصادر بتاريخ 06 مارس 1876 بخصوص قضية قناة كرابون (**Cour de cassation, civ., 06-03-1876**)

الملحق الثاني

قرار المحمكة العليا لانجلترا وبلاد الغال،الصادر بتاريخ 26 مارس1647 المتعلق بقضية برادين ضد جين.

الملحق الثالث

قضية تايلور ضد كادويل، الصادر عن المحكمة العليا لانجلترا وويلز، قسم الملكة.

Taylor & Anor v Caldwell & Anor [1863] EWHC QB J1 (6 May 1863)
England and Wales High Court(Queen's Bench Division)Decisions

الملحق الرابع

قرار المحكمة العليا المتعلق بقضية (د.ح) ضد المجلس الشعبي لبلدية عين الباردة حول دور القاضي في رفع الإرهاق ورد الالتزام إلى الحد المعقول بسبب الظروف الطارئة

الملحق الخامس

المتضمن العقد المبرم بين شركة نفطال وشركة **Shell aviation limited.**

-نموذج العقد مقتبس من ملاحق مذكرة مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص127.

الملحق الأول

قرار محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية الصادر بتاريخ 06 مارس 1876 بخصوص قضية قناة كرابون (Cour de cassation, civ., 06-03-1876)

Numéro du document : GACIV/12/2008/0018
Publication : Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12e édition 2008, p. 183
Type de document : 165
Décision commentée : Cour de cassation, civ., 06-03-1876

Indexation
CONTRAT ET OBLIGATIONS
1.Contrat
2.Exécution
3.Imprévision
4.Révision
5.Equilibre contractuel

IMPRÉVISION. CONTRAT A EXÉCUTION SUCCESSIVE. CHANGEMENT DES CIRCONSTANCES. DÉSÉQUILIBRE DES PRESTATIONS. ABSENCE DE RÉVISION

Civ. 6 mars 1876

(*D.* 76. 1. 193, note Giboulot)

François **Terré**, *Membre de l'Institut ; Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*
Yves **Lequette**, *Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*

De Galliffet c/ Commune de Pélissanne

La règle que consacre l'article 1134 du Code civil étant générale et absolue et régissant notamment les contrats à exécution successive, il n'appartient pas aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qu'elles ont librement acceptées.

Faits. — Ils sont complètement rapportés dans le jugement du tribunal civil d'Aix, du 18 mars 1841, dont les passages essentiels sont reproduits ci-dessous :

« Attendu que, par l'acte du 22 juin 1567, Adam de Craponne s'oblige à faire et construire un canal destiné à arroser les vergers, vignes, prés et autres propriétés des habitants de la commune de Pélissanne sous diverses clauses et conditions qui sont, entre autres, que : pour la fabrique et facture dudit canal, les particuliers y nommés et les conseillers au nom de ladite communauté seront tenus de payer, une fois seulement, à Adam de Craponne, 20 florins pour chacune carteirade, payables en trois années ; et, en outre, que, pour chaque fois que lesdits particuliers arroseront leurs propriétés, ils payeront audit Adam de Craponne ou à ses hoirs : 3 sols pour chaque carteirade, payables à chaque arrosage, incontinent et ainsi perpétuellement, excepté qu'ils ne devront pas payer ce droit de 3 sols par carteirade durant les trois années accordées pour le payement du prix et salaire de 20 florins, concernant la fabrique dudit canal ; — (...) Qu'il ne sera permis auxdits communauté et particuliers, ni de détruire ledit canal, ni de faire payer audit de Craponne aucune chose pour le passage

dudit canal, durant le terroir dudit Pélissanne ; — Qu'enfin, aucun impôt ne pourra être établi par lesdits communauté et habitants de Pélissanne sur les revenus annuels provenant des arrosages par ledit canal ; (...).

Attendu qu'en cet état, il est bien certain que le payement à faire par les particuliers arrosants de Pélissanne, de 15 centimes par chaque carteirade de leurs propriétés, est le seul droit, la seule redevance à payer par eux, pour chacune fois qu'ils usent de leur faculté d'arroser ; — Attendu que, moyennant cette redevance à recevoir par lui des arrosants, Adam de Craponne s'oblige d'entretenir perpétuellement et à ses frais le canal, de la largeur et de la profondeur convenues ; comme encore il s'oblige à faire faire bien et dûment trois ponts et levées aux endroits où ledit canal passera ; ensuite, que le passage de ladite eau n'empêche pas les charrettes, voitures et bétail de passer, et de maintenir lesdits ponts et chaussées bons et suffisants, toujours et perpétuellement à ses dépens ; — Attendu qu'il est évident que le prix de 15 centimes payés aujourd'hui, comme il y a trois siècles, pour chaque arrosage d'une carteirade, qui contient environ 190 ares, est insuffisant et hors de toute proportion avec le prix des eaux que le marquis de Galliffet paye lui-même à l'oeuvre générale de Craponne, pour les fournir ensuite aux arrosants de Pélissanne, avec les dépenses qu'il est obligé de faire pour entretenir en état, bons et suffisants, le canal et les ponts existant sur le canal, et pour payer l'eygadier dont le salaire est à sa charge, tous prix, dépenses et salaires augmentés considérablement ; — Attendu que l'insuffisance du produit des arrosages a été reconnue avant la demande du marquis de Galliffet, puisqu'on lit dans un rapport officiel transmis au Gouvernement en 1778 que le canal de Craponne ne pourrait exister longtemps si on n'augmentait pas le prix de ces arrosages ; — Et que le 8 flor. an X, les maires et adjoints de la commune de Pélissanne écrivaient eux-mêmes au père du marquis de Galliffet qu'ils ne pouvaient se dissimuler que les cotisations pour les arrosages étaient mal établies et en général insuffisantes ; — Attendu que la nécessité reconnue de cette augmentation des droits d'arrosage donna lieu plus tard à diverses mesures provisoires prises par l'autorité administrative ; — Que, dans un arrêté du 4 vent. an XII, le sous-préfet d'Aix considère que les dépenses de l'oeuvre de Craponne, nécessaires seulement pour entretenir l'eau dans son canal, sont infiniment au-dessus des recettes ; — Que cette disproportion entre les moyens et les charges résulte indubitablement de la nullité des droits d'arrosage pour plusieurs communautés d'arrosants et de leur extrême modicité dans les autres communes ; et que cette entreprise utile serait abandonnée par l'effet de l'impossibilité où se trouvent les propriétaires de faire face aux frais annuels d'entretien du canal, si on ne venait promptement à leur secours ; — Qu'enfin, dans un arrêté du 22 de ce même mois de ventôse an XII, rendu sur une délibération des propriétaires du canal de Craponne, le préfet du département considère que les changements apportés par le temps dans le prix de toutes choses ne permettent pas aujourd'hui aux propriétaires du canal de faire les réparations et les dépenses d'entretien avec le produit des arrosages, dont la plupart sont demeurés au taux fixé en 1567 par Adam de Craponne ; qu'il est équitable et conforme à tous les intérêts de rétablir la proportion entre les produits des arrosages et les charges de l'oeuvre, et, par ces motifs, alloue au caissier de l'oeuvre de Craponne, à titre de prêt, une somme de 5 918,10 F pour être employée de suite aux travaux nécessaires pour introduire l'eau dans le canal et assurer les arrosages, de laquelle somme avancée ainsi, le Gouvernement sera remboursé sur les premiers produits de l'augmentation du prix des arrosages ;

Attendu qu'il serait injuste de soumettre le marquis de Galliffet à continuer de supporter une charge augmentée par l'état actuel des choses, et cela sans augmenter le droit d'arrosage, qui n'est plus une indemnité proportionnée à cette charge, avec laquelle ce droit a cessé d'être en rapport ; — Attendu que, suivant Jullien, qui résume

les auteurs sur une matière équipollente, t. 2, p. 37, de ses *Statuts* : « Le contrat qui a un trait successif doit être réduit à l'équité, quand la suite des temps le rend injuste, quand l'état des choses est tellement changé que l'ancienne convention, eu égard au temps présent, devient injuste » ; — Attendu qu'il appartient à la justice de faire cesser cette iniquité en employant le seul remède possible, vu la nature du mal, c'est-à-dire l'augmentation du droit d'arrosage ; — Attendu que le marquis de Galliffet a produit des actes de prix faits et des tableaux de travaux faits en 1636 pour le canal de Craponne, d'après lesquels la main-d'oeuvre était payée alors à raison de 45, 50 et 60 centimes par journée d'homme, et de 20 centimes pour femme ; — Et que ce prix des journées d'homme et de femme devait être moindre encore en 1567 ; — Attendu qu'en général les cotisations à payer par les successeurs d'Adam de Craponne à l'oeuvre de Craponne ont été portées aujourd'hui à un taux élevé bien plus de quatre fois au-dessus de celui fixé dans les transactions du XVI^e^ siècle ; — Attendu que le marquis de Galliffet reste dans des bornes raisonnables et équitables en demandant que, pour l'avenir, le droit d'arrosage qui lui est dû par les propriétaires arrosants de la commune de Pélissanne soit élevé de 15 centimes à 60 centimes pour chacune des fois qu'ils arroseront la contenance de terrain indiquée dans l'acte du 22 juin 1567, et que cette augmentation doit être ordonnée ; — Attendu qu'en demandant dans ses conclusions, comme dans sa citation de 1834, que le droit d'arrosage fût à l'avenir payé 60 centimes au lieu de 15 centimes, le marquis de Galliffet a entendu nécessairement que cette augmentation ait son effet à partir de la demande judiciaire, et que c'est ainsi qu'elle doit être ordonnée, etc. ».

Après plusieurs jugements et arrêts intervenus entre les parties pour décider des questions accessoires, le 31 décembre 1873, un arrêt de la cour d'Aix statua en ces termes sur l'augmentation de la redevance d'arrosage :

« Attendu que si les conventions légalement formées tiennent lieu de loi aux parties et si elles ne peuvent être modifiées que du consentement commun, il n'en est pas de même pour les contrats qui ont un caractère successif ; — Qu'il est reconnu, en droit, que ces contrats, qui reposent sur une redevance périodique, peuvent être modifiés par la justice, lorsqu'il n'existe plus une corrélation équitable entre les redevances d'une part et les charges de l'autre ; que, dans l'espèce, la redevance due par les arrosants représente la jouissance successive des eaux du canal, ayant pour corrélatif l'entretien et les dépenses de ce même canal ; que du jour où cette égalité cesse, la loi primitive du contrat est rompue et qu'il appartient aux tribunaux de rétablir l'égalité primitive ;

Attendu, en fait, que les conventions de 1560 et 1567 présentent ce caractère successif ; que l'oeuvre de Craponne, en prenant l'engagement de fournir de l'eau aux arrosants de Pélissanne, a stipulé, comme compensation, une redevance déterminée ; que cette redevance de 3 sols par carteirade, qui pouvait être suffisante à cette époque, cesse de l'être aujourd'hui que les dépenses pour l'entretien du canal ont considérablement augmenté ; qu'on ne peut soutenir qu'Adam de Craponne a reçu, à l'origine, des avantages particuliers qui rendraient ses successeurs non recevables à demander aujourd'hui une équitable augmentation dans les redevances ; — Attendu que les premiers juges, en fixant cette augmentation à 60 centimes par carteirade, ont sagement apprécié les faits du procès ; — Attendu qu'il est justifié au procès que la redevance pour un hectare de terrain à arroser ne dépasserait pas 70 F ; que c'est là le chiffre, en moyenne, que coûte l'arrosage d'un hectare ; qu'il y a donc lieu d'adopter les motifs des premiers juges et de confirmer, sur ce chef, leur décision ; — Attendu que si cette augmentation est équitable pour l'avenir, il n'en saurait être de même pour le passé, alors surtout que les hoirs de Galliffet demandent cette augmentation à partir de 1834 ; — Attendu que la redevance doit être en proportion avec les charges ; qu'il y a lieu d'établir une différence entre le temps présent et l'époque de la demande

; qu'il est incontestable qu'en 1834 le prix des journées, et par suite les dépenses pour l'entretien du canal étaient bien moindres qu'aujourd'hui ; qu'il est donc juste d'établir une différence dans le prix de la redevance, et qu'en la fixant à 30 centimes par carteirade, à partir de 1834 jusqu'en 1874, la justice établit une équitable proportion entre les deux époques ; (...) »

Pourvoi par la commune de Pélissanne et par les syndics des arrosants.

Moyens. — 1° Excès de pouvoir et violation de l'article 1134 du Code civil, en ce que, sous le prétexte qu'il s'agissait d'un contrat successif, l'arrêt attaqué a substitué un prix nouveau à celui qui résultait de la convention des parties.

2° Excès de pouvoir et violation des articles 1134 et 1135 du Code civil, en ce que la cour d'appel, sous prétexte qu'il serait difficile de déterminer la part des travaux incombant respectivement aux parties en cause, a décidé qu'elles les subiraient à frais communs.

Arrêt

La Cour ; — *Sur le deuxième moyen* : — Attendu qu'il résulte des déclarations de l'arrêt attaqué que les travaux qu'il prescrit doivent être exécutés dans l'intérêt des parties, afin, d'une part, de mesurer la quantité d'eau que les hoirs de Galliffet doivent livrer aux arrosants, et, d'autre part, de remédier à des abus de jouissance commis par ceux-ci ; — Que la moitié de la dépense totale mise à la charge de chacune des parties représente donc, dans l'appréciation souveraine de la cour d'appel, le montant des frais qui incombent à cette partie pour l'exécution de ses obligations personnelles, et non une portion des frais dont est tenu son adversaire ; — D'où il suit qu'en faisant masse de toutes les dépenses nécessaires pour rétablir respectivement les parties dans leurs droits et en les condamnant à payer ces dépenses par égale portion, la cour d'Aix n'a commis aucun excès de pouvoir, et n'a violé ni l'article 1134, ni l'article 1135 du Code civil ; — Rejette ce moyen ;

Mais, sur le premier moyen du pourvoi : — Vu l'article 1134 du Code civil ; — Attendu que la disposition de cet article n'étant que la reproduction des anciens principes constamment suivis en matière d'obligations conventionnelles, la circonstance que les contrats dont l'exécution donne lieu au litige sont antérieurs à la promulgation du Code civil ne saurait être, dans l'espèce, un obstacle à l'application dudit article ; — Attendu que la règle qu'il consacre est générale, absolue, et régit les contrats dont l'exécution s'étend à des époques successives de même qu'à ceux de toute autre nature ; — Que, dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants ; — Qu'en décidant le contraire et en élevant à 30 centimes de 1834 à 1874, puis à 60 centimes à partir de 1874, la redevance d'arrosage, fixée à 3 sols par les conventions de 1560 et 1567, sous prétexte que cette redevance n'était plus en rapport avec les frais d'entretien du canal de Craponne, l'arrêt attaqué a formellement violé l'article 1134 ci-dessus visé ; — *Par ces motifs*, casse...

Observations

1 « Tête de pont jetée dans le futur » (Carbonnier, *Flexible droit*, 6e éd., p. 175 ; H. Lécuyer, « Le contrat, acte de prévision », *Mélanges Terré*, 1999, p. 643), le contrat subit les « meurtrissures du temps ». Lorsque son exécution est échelonnée et que les obligations qui en découlent ont été exclusivement fixées en considération des circonstances contemporaines de sa conclusion, les parties sont exposées à un aléa : la transformation du contexte économique, politique, monétaire ou social peut rompre l'équilibre initial des prestations. Est-il alors possible au cocontractant désavantagé d'obtenir la révision du contrat ? C'est tout le problème de l'imprévision contractuelle. La jurisprudence y a apporté au XIXe siècle une réponse tranchée (I), qui est, à l'époque présente marquée tout à la fois par la place de plus en plus grande faite aux contrats à long terme et par l'instabilité chronique des données économiques et monétaires, l'objet de très vives contestations (II).

I. — Le refus de la révision pour imprévision

2 Aucune affaire n'est, en la matière, plus significative que celle du *Canal de Craponne.* Les conventions litigieuses passées en 1560 et 1567 avaient pour objet la fourniture d'eau destinée à alimenter des canaux d'irrigation dans la plaine d'Arles, moyennant une redevance de 3 sols par carteirade (190 ares). Au cours du XIXe siècle, l'entreprise qui exploitait le canal, faisant état de la baisse de la valeur de la monnaie et de la hausse du coût de la main-d'oeuvre, demanda un relèvement de la taxe qui n'était plus en rapport avec les frais d'entretien. La cour d'Aix ayant élevé cette redevance à 60 centimes, sa décision fut cassée. Aucune considération de temps ou d'équité ne peut, en effet, selon la Cour de cassation, permettre au juge de modifier la convention des parties ; l'article 1134 du Code civil, texte général et absolu, l'impose. La loi du contrat est une « loi d'airain » qui s'impose au juge comme aux parties.

La solution n'était pas sans précédent. A l'occasion des contrats de remplacement militaire rendus plus onéreux par la survenance de la guerre de Crimée, la Cour de cassation avait déjà censuré les décisions des cours d'appel, qui avaient admis leur résiliation (Civ. 9 janv. 1856, 3 arrêts, *DP* 56. 1. 33 ; 11 mars 1856, *DP* 56. 1. 100). La période d'inflation consécutive à la première guerre mondiale fut l'occasion pour la Cour de cassation de réaffirmer la solution dans les domaines les plus divers : bail à cheptel (Civ. 6 juin 1921, *D.* 1921. 1. 73, rapp. A. Colin, *S.* 1921. 1. 193, note Hugueney ; 30 mai 1922, *D.* 1922. 1. 69, *S.* 1922. 1. 289, note Hugueney, mais v. depuis L. du 4 juin 1941 modifiant l'art. 1826 C. civ.), livraison périodique de charbon à prix fixe (Civ. 14 nov. 1933, *Gaz. Pal.* 1934. 1. 58), prix de série rendu insuffisant du fait d'une augmentation des salaires (Com. 18 janv. 1950, *D.* 1950. 227). Depuis, la Cour de cassation réaffirme régulièrement son refus d'admettre la révision pour imprévision lorsque l'occasion s'en présente (v. par ex. : Com. 18 déc. 1979, *Bull. civ.* IV, n° 339, *RTD civ.* 1980.180, obs. G. Cornu). Mieux, lorsque certains arrêts récents ont pu être interprétés, en raison de leur ambiguïté, comme le signe annonciateur d'une évolution devant conduire à la consécration de la révision pour imprévision (Civ. 1re, 16 mars 2004, 1754, note. D. Mazeaud, *RDC* 2004. 642, obs. D. Mazeaud), les hauts magistrats sont immédiatement intervenus pour dénoncer le caractère erroné d'une telle interprétation (Renaud-Payen, note *JCP* E 2004. 737), ce qui a déclenché une guerre picrocholine au sein de la doctrine (J. Ghestin, « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2004. 2239 ; A. Bénabent, « Doctrine ou Dallas ? », *D.* 2005. 852).

En dépit de son ancienneté et de sa constance, cette jurisprudence ne devait pas être suivie par la juridiction administrative. Dans l'arrêt *Gaz de Bordeaux*, le Conseil d'État consacre, en effet, la théorie de l'imprévision. Constatant qu'une hausse imprévisible du charbon avait bouleversé l'économie du contrat de concession, la haute juridiction reconnaît au concessionnaire un droit à indemnité contre l'autorité concédante (CE 30 mars 1916, *D.* 1916. 3. 25, *S.* 1916. 3. 17, *GAJA*, 16e éd., n° 31). Encore faut-il que le bouleversement du contrat soit dû à un événement imprévisible, extérieur aux parties contractantes et qu'il ne présente qu'un caractère temporaire ; si le déséquilibre est définitif, il y a lieu de résilier le contrat (CE 9 déc. 1932, *Cie des Tramways de Cherbourg*, *D.* 1933. 3. 17, concl. Josse, note Pelloux ; 14 juin 2000, *Commune de Staffelfelden, Lebon,* p. 227, *RD imm.* 2000. 565, obs. Llorens, *BJCP* 2000. 435, concl. Bergeal).

3 La diversité des points de vue atteste, s'il en était besoin, la difficulté du problème à résoudre.

En faveur de la solution retenue par la Cour de cassation, on a fait valoir que

l'hypothèse n'est pas réductible à l'un des cas de figure qui aurait permis de ne pas exécuter le contrat ou éventuellement de le rééquilibrer. De fait, il n'y a pas force majeure, car l'exécution des prestations est certes devenue difficile mais non impossible ; il n'y a pas non plus lésion, car le déséquilibre ne prend pas sa source dans une inégalité initiale des prestations, mais dans un bouleversement extérieur et postérieur à la conclusion du contrat[1]. Néanmoins, les moyens techniques susceptibles de fonder une révision du contrat ne font pas totalement défaut. On aurait pu invoquer l'idée selon laquelle la théorie de la cause ne doit pas jouer seulement au moment de la formation du contrat, mais aussi lors de son exécution. Partant, une certaine équivalence devrait être maintenue entre les prestations des contractants. Il aurait pu encore être fait appel à la règle qui veut que les conventions soient exécutées de bonne foi (art. 1134, al. 3) ; n'est-ce pas en effet la méconnaître que d'exiger la stricte exécution d'un contrat alors que le changement des circonstances rend écrasante la charge de l'un et dérisoire la prestation de l'autre ? (rappr. la position de la jurisprudence allemande, Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, 1961, nos 43, 147, 526 et 533).

De même, la possibilité d'une révision aurait pu être déduite de l'article 1135 du Code civil qui dispose que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Mais, on l'a vu, la haute juridiction récuse dans l'arrêt ci-dessus reproduit toute référence à l'équité. Enfin, il aurait toujours été possible de sous-entendre dans tout contrat de longue durée une clause particulière, dite clause *rebus sic stantibus*, en vertu de laquelle le consentement est subordonné à la persistance de l'état de fait qui existait au jour où il a été exprimé. Sans doute eût-on objecté que cette interprétation est divinatoire, les parties n'ayant pas envisagé la situation qui est à l'origine de la difficulté. Mais elle ne l'est pas plus que la découverte qu'a faite la jurisprudence de certaines obligations dans certains contrats (v. par ex. *infra*, n° 276, pour l'obligation de sécurité dans le contrat de transport).

4 Dès lors, on peut affirmer que, si la jurisprudence a refusé de s'engager sur la voie de la révision pour imprévision, c'est par un choix délibéré (Marty et Raynaud, *Les obligations*, t. I, n° 250 ; Carbonnier, t. 4, n° 144 ; Flour, Aubert et Savaux, *Les obligations*, vol. I, nos 404 et s. ; Terré, Simler et Lequette, *Les obligations*, n° 441). Celui-ci s'explique principalement par des raisons juridiques ainsi que par des raisons économiques. Raisons *juridiques* : les tribunaux ont craint, d'une part, que les contractants de mauvaise foi ne cherchent à se dérober à leurs engagements, d'autre part, que l'arbitraire du juge, favorisant l'instabilité du contrat, ne se retourne contre la sécurité juridique. Raisons *économiques* : la révision du contrat est certes souvent le seul moyen d'éviter la ruine d'une des parties et par là l'inexécution du contrat. C'est d'ailleurs pour éviter l'interruption du service public que la jurisprudence administrative a initialement fait place à la révision pour imprévision. Selon la formule d'Hauriou, la rigidité du service public est assurée par la flexibilité du contrat. Mais admettre la révision dans un cas, c'est risquer de mettre le cocontractant dans l'impossibilité d'exécuter les obligations assumées par lui dans d'autres contrats et par là même provoquer un déséquilibre généralisé « par un jeu de réactions en chaîne impossibles à limiter et même à prévoir » (Flour, Aubert et Savaux, *Les obligations*, vol. 1, n° 410). Or le juge est mal placé pour apprécier si sa décision, particulière par définition, sera, au regard de l'économie nationale, bonne ou mauvaise. D'où son refus de procéder à la révision. C'est au législateur, mieux armé pour apprécier les conséquences économiques de tel ou tel choix, d'intervenir ponctuellement, lorsque l'injustice contractuelle est particulièrement criante et qu'une catégorie importante de personnes risque d'être ruinée. Tel a été le cas notamment à la suite des deux guerres mondiales (sur ces interventions, v. Carbonnier, t. 4, n° 145 ; Flour, Aubert et

Savaux, *Les obligations*, vol. 1, nos 413 et s. ; Terré, Simler et Lequette, *Les obligations*, n° 443 ; dans un domaine voisin, le refus jurisprudentiel de réduire le montant des clauses pénales insérées dans le contrat a été brisé par le législateur, v. *infra*, n° 168, § 5).

Au-delà de ces lois de circonstance, le législateur met parfois en place des systèmes de révision permanents mais limités à un domaine étroit. Ainsi en va-t-il du droit des successions et des libéralités avec la loi du 3 juillet 1971 prévoyant la réévaluation de la soulte due par un copartageant, lorsque « par suite des circonstances économiques, la valeur du bien mis dans son lot a augmenté ou diminué d'un quart depuis le partage » (art. 833-1 C. civ.) ou celle du 4 juillet 1984 « permettant la révision des charges et conditions apposées à certaines libéralités » (art. 900-2 et s. C. civ. ; sur ces lois, v. Terré et Lequette, *Les successions, Les libéralités*, 3e éd., nos 331-1 et s. et 934).

II. — Appréciation

5 Longtemps reprise par la quasi-totalité de la doctrine civiliste, cette argumentation est aujourd'hui discutée. L'exemple du droit comparé montre en effet que, très largement admise au XIXe siècle dans les autres pays d'Europe, cette position a été abandonnée depuis lors, tantôt à la suite d'une évolution jurisprudentielle (Grande-Bretagne, Allemagne, Espagne, Suisse), tantôt du fait d'une intervention du législateur (Italie, Grèce, Portugal) (Schindler-Viguie, *La notion de juste prix en droit positif français,* thèse Paris II, 1992, p. 317 et s.). Or, en aucun de ces pays, l'admission de la révision pour imprévision n'a, semble-t-il, engendré l'insécurité redoutée (R. David, « L'imprévision dans les droits européens », *Mélanges Jauffret*, 1974, p. 211 et s. ; *Les contrats en droit anglais*, 2e éd., n° 432, p. 316 ; D. Tallon, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », *Mélanges Sayag*, 1997, p. 403). La multiplication des contrats conclus pour une longue durée, soit que la complexité de la tâche à accomplir appelle d'importants délais d'exécution, soit encore que l'insécurité grandissante du monde environnant incite à s'assurer par des accords durables un approvisionnement en matières premières ou en énergie, milite également en faveur d'une évolution de la jurisprudence (Ghestin et Billiau, *Le prix dans les contrats de longue durée*, 1990, nos 127 et s., p. 168 et s.).

Certes, instruits par l'expérience, les cocontractants s'efforcent de parer aux conséquences désastreuses de l'instabilité économique ou monétaire au moyen de clauses conventionnelles d'adaptation (R. Fabre, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD civ.* 1983. 1 ; M. Fontaine, « Les contrats internationaux à long terme », *Études Houin*, 1985, p. 263 ; Ph. Fouchard, « L'adaptation des contrats à la conjoncture économique », *Rev. arb.* 1979. 67 ; Jarrosson, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre les professionnels*, 1990, p. 141). Celle-ci peut être automatique : clause monétaire indexant le prix à payer sur la valeur de tel produit ou de tel service (sur la validité de ces clauses, *infra*, n° 246), clause du client le plus favorisé qui permet l'alignement des conditions du contrat sur celles plus favorables qui seraient dans l'avenir consenties à un tiers, clause de l'offre concurrente qui permet à une partie, en faisant valoir auprès de son partenaire la proposition plus favorable reçue d'un tiers, d'obtenir soit l'alignement sur celle-ci, soit la suspension ou la résiliation du contrat (*Droit et pratique du commerce international,* 1978, p. 186 et s.). Il peut également avoir été convenu de renégocier le contrat au cas où des données nouvelles se feraient jour. Tel est l'objet de la clause de *hardship* qui permet à l'une ou l'autre des parties de demander un « réaménagement du contrat qui les lie si un changement intervenu dans les données initiales au regard desquelles elles s'étaient engagées vient à

modifier l'équilibre de ce contrat au point de faire subir à l'une d'elles une rigueur (« *hardship* ») injuste » (v. B. Oppetit, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de *hardship* », *JDI* 1974. 794 et s. ; v. aussi *Droit et pratique du commerce international* 1976, p. 7 et s.). Quant à la clause de force majeure qui a pour objet principal de suspendre l'exécution du contrat en cas d'impossibilité d'exécution, elle peut également conduire à une renégociation du contrat lorsque cette situation se prolonge (Ph. Kahn, « Force majeure et contrats internationaux de longue durée », *JDI* 1975. 467 et s. ; v. aussi *Droit et pratique du commerce international,* 1979. 470 et s.).

Mais on a fait valoir que, plutôt que d'inviter les parties à insérer elles-mêmes dans leur contrat des clauses destinées à répudier les solutions actuelles de notre droit, il serait préférable de renverser le principe et d'admettre la révision pour imprévision. Qu'en est-il, en effet, du bien-fondé d'une règle supplétive que les particuliers sont encouragés à écarter dans tous les cas (R. David, art. préc., *Mélanges Jauffret*, p. 229) ? A cela, il est aisé de répondre que l'absence de révision pour imprévision est préférable en ce qu'elle est une puissante incitation à l'adoption de clauses qui apportent une réponse sur mesure aux difficultés nées de l'instabilité économique et monétaire. On est alors en présence d'une règle supplétive qui remplit une *fonction répulsive* (C. Pérès, *La règle supplétive,* thèse Paris I, éd. 2004, n° 588, p. 571). Aussi bien le système fonctionne-t-il avec une réelle efficacité puisque grâce à ces clauses, le contentieux est, en la matière, à peu près inexistant. En d'autres termes, en droit français, la révision du contrat est l'oeuvre non du juge mais des parties, lesquelles opérant selon des modalités préétablies démontrent ainsi qu'elles sont capables d'anticipation.

Un moyen terme consisterait, comme le préconisent certains, à mettre à la charge des parties une obligation de négocier afin d'adapter le contrat au changement des circonstances. Le juge interviendrait alors simplement afin de vérifier si le refus de négocier ne constitue pas un manquement à l'exigence de bonne foi susceptible d'être sanctionné sur le terrain de la responsabilité contractuelle (Y. Picod, « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, 1993, p. 68 et s. ; comp. D. Tallon, art. préc., *Mélanges Sayag*, p. 414 ; M.-E. Pancrazi-Tian, *La protection judiciaire du lien contractuel,* 1996, n^{os} 450 et s., p. 361 ; L. Aynès, « Le devoir de renégocier », *RJ com.* 1999. 11 et s.).

C'est en ce sens que s'oriente l'avant-projet de réforme du droit des obligations (voir art. 1135-2 et 1135-3 ; P. Catala, « La renégociation des contrats », *Mélanges Paul Didier*, 2008, p. 91). Encore faudrait-il pour que le mécanisme soit pleinement efficace que le juge exerce, en la matière, un réel contrôle. Tel n'est pas le cas, pour l'heure, de celui qui est exercé lorsqu'une clause de *hardship* est stipulée, en sorte que l'obligation qui est ainsi contractée se transforme en une obligation purement potestative (Civ. 1re, 3 oct. 2006, *D.* 2007.765, note D. Mazeaud).

La Cour de cassation pourrait découvrir des raisons de modifier sa position et de faire disparaître l'une des plus célèbres distorsions entre le droit civil et le droit administratif dans l'infléchissement de la jurisprudence du Conseil d'État. En admettant que le concessionnaire peut, alors même que la concession a pris fin, faire jouer à son profit la théorie de l'imprévision comme élément de règlement de la situation définitive (CE 12 mars 1976, *AJDA* 1976. 528 et 552, concl. Labetoulle), celui-ci ne fait plus reposer l'admission de la révision pour imprévision sur la seule idée de continuité du service public, mais aussi sur le droit du contractant à un certain équilibre financier (Laubadère, Vénézia et Gaudemet, *Droit administratif*, t. I, 10^{e} éd., n° 1076).

6 L'accroissement des pouvoirs du juge, en matière de détermination du prix, qui

résulte des arrêts rendus par l'Assemblée plénière le 1er décembre 1995 (*supra*, nos 152-155), crée, au reste, un contexte favorable à une consécration de la révision pour imprévision. Mettant en avant une obligation de bonne foi réactivée par une conception solidariste des contrats, un courant doctrinal très actif milite pour l'admission d'une révision judiciaire des contrats dès lors que leur exécution risque, en raison de leur déséquilibre, d'emporter la ruine d'un des contractants (C. Jamin, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'art. 1134 C. civ. », *Dr. et patr.* 1998. 46 ; C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du contrat », *RTD civ.* 1997. 380 ; D. Mazeaud, « La révision du contrat », *LPA* 30 janvier 2005, p. 4 ; L. Grynbaum, *Le contrat contingent*, thèse Paris II, 1998 ; L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, thèse Orléans, 2000. Pour une critique, v. Y. Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », *Mélanges Paul Didier*, 2008, p. 247 et s., sp. p. 272). Certaines décisions récentes ont pu être comprises comme un premier pas dans cette direction. Dans le fameux arrêt *Huard*, la Cour de cassation a, en effet, approuvé la cour de Paris d'avoir considéré qu'en cas de changement de circonstances exposant un distributeur à une concurrence renforcée, le fournisseur était contraint par l'exigence de bonne foi de négocier avec celui-ci un accord de coopération commerciale afin de lui permettre de s'aligner sur ses concurrents (Com. 3 nov. 1992, *JCP* 1993. II. 22614, note Virassamy, *CCC* 1993, n° 45, *RTD civ.* 1993. 124, obs. Mestre). Et plus récemment, elle a censuré les juges du fond qui avaient refusé la révision de son contrat à un agent commercial qui se plaignait de la concurrence à laquelle il se trouvait confronté de la part de centrales d'achat qui se fournissaient auprès de ses mandants (Com. 24 nov. 1998, *Defrénois* 1999. 371, obs. D. Mazeaud, *RTD civ.* 1999. 98, obs. Mestre). Certes, dans l'un et l'autre cas, le problème posé n'était pas, à proprement parler, celui de l'imprévision, puisque loin d'être dues à des événements fortuits, les situations justifiant l'aménagement du prix avaient été le fait de l'un des contractants. Il n'en reste pas moins que ces décisions « ouvrent directement sur une exigence de renégociation du prix » (Molfessis, « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », *LPA*, 5 mai 2000, n° 90, p. 54, n° 29). Quant à certaines cours d'appel, elles n'ont pas hésité, dans deux décisions remarquées, à inviter les parties à renégocier leur contrat de bonne foi (Paris, 28 sept. 1976, *JCP* 1976. II. 18810, note J. Robert, *Rev. arb.* 1977. 341. et chron. B. Oppetit, p. 315 ; Nancy, 26 sept. 2007, *D.* 2008. 1120, note. M. Boutonnet, *JCP* 2008. II. 10091, note M. Lamoureux).

Principes du droit européen du contrat (art. 2-117) et principes Unidroit (art. 6-21 à 23) donnent au juge le pouvoir soit de résoudre soit de modifier le contrat. Mais ils soulignent le caractère exceptionnel de l'action qui n'est ouverte que si l'exécution est excessivement onéreuse pour l'une des parties. Les textes insistent sur le premier devoir des parties qui est de parvenir à un accord amiable. La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises paraît, en revanche, exclure la révision pour imprévision (art. 79).

Notes

1 Il a été suggéré qu'il y aurait une correspondance entre le régime de la lésion et celui de la révision pour imprévision. Le refus de l'admettre irait de pair avec l'admission très étroite de la rescision pour lésion. Inversement sa consécration supposerait que la rescision pour lésion soit accueillie beaucoup plus largement (Cornu, *Regards sur le titre III du Livre III du Code civil, Les cours de droit,* Cours de doctorat 1977, p. 77).

- Fin du document -

الملحق الثاني

قرار المحمكة العليا لانجلترا وبلاد الغال،الصادر بتاريخ 26 مارس1647 المتعلق بقضية برادين ضد جين.

[Accueil] [Bases de données] [Droit mondial] [Recherche multi-bases de données] [Aide] [Commentaires]

OpenLaw JISC BAILII

Décisions de la Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles (Division du banc du roi)

Vous êtes ici: BAILII >> Bases de données >> Décisions de la High Court d'Angleterre et du Pays de Galles (Division du Banc du Roi) >> Paradine v Jane [1647] EWHC KB J5 (26 mars 1647)
URL: *http://www.bailii.org/ew /cases/EWHC/KB/1647/J5.html*
Citer comme: (1647) Aleyn 26, 82 ER 897, [1647] EWHC KB J5

[Nouvelle recherche] [Aide]

JISCBAILII_CASE_CONTRACT

HIL. 22 VOITURE. POURRIR. 1178 et 1179.

Numéro de référence neutre: [1647] 4 (KB)

DIVISION DU BANC DU ROI

26 mars 1647

Avant :

Entre:

Paradine

-v-

Jeanne

Jugement

Dette.

Endetté, le demandeur déclare sur un bail de plusieurs années un loyer aux quatre fêtes habituelles; et à louer derrière pour trois ans, se terminant à la Fête de l'Annonciation, 21 Car. apporte son action; l'accusé plaide qu'un certain prince allemand, du nom du prince Rupert, un étranger né, ennemi du roi et du royaume, avait envahi le royaume avec une armée hostile d'hommes; et avec la même force est entré en possession de l'accusé, et il a été expulsé et tenu hors de possession de la voiture du 19 juillet 18. jusqu'à la Fête de l'Annonciation, 21 Car. par lequel il ne pouvait pas prendre les bénéfices; sur quoi le plaignant a refusé et le plaidoyer a été résolu insuffisant.

1. Parce que l'accusé n'a pas répondu au loyer d'un quart.

2. Il n'a pas affirmé que l'armée était tous des étrangers, ce qui n'est pas prévu, puis il a son recours contre eux; et Bacon a cité 33 H. 6. 1. e. où le geôlier en barre d'une évasion a plaidé, que des ennemis étrangers ont cassé la prison, etc. et une exception a été prise, car il devrait montrer de quel pays ils étaient, à savoir. Écossais, & c.

3. Il a été résolu que la question du plaidoyer était insuffisante; car, bien que toute l'armée ait été des ennemis étrangers, il devait pourtant payer son loyer. Et cette différence a été prise, là où la loi crée un devoir ou une charge, et que la partie est incapable de l'exécuter sans aucun défaut en lui, et n'a aucun recours, la loi l'excusera. Comme dans le cas des déchets, si une maison est détruite par la tempête ou par des ennemis, le locataire est excusé. Dyer, 33 ans. A. Inst. 53. d. 283. a. 12 H. 4. 6. donc d'une évasion. Co. 4. 84. b. 33 H. 6. 1. Donc, dans 9 E. 3. 16. une annulation a été accordée aux juges, qu'ils ne devraient pas procéder dans un cessavit sur un cesser pendant la guerre, mais lorsque la partie par son propre contrat crée un devoir ou charge sur lui-même, il est tenu de le réparer, s'il peut, nonobstant tout accident par nécessité inévitable, parce qu'il aurait pu prévoir contre elle par son contrat. Et donc, si le locataire s'engage à réparer une maison, même si elle est brûlée par la foudre ou jetée par des ennemis, il doit pourtant la réparer. Teinturier 33. a. 40 E. 3. 6. h. Maintenant, le loyer est un devoir créé par les parties lors de la réservation, et s'il y avait eu un engagement à le payer, il n'y avait pas eu de question mais le locataire devait l'avoir réparé, malgré l'interruption par les ennemis, car la loi ne protégerait pas lui au-delà de son accord, pas plus que dans le cas de réparations; cette réserve étant alors une alliance de droit, et après quoi une action d'alliance a été maintenue (comme Roll l'a dit), c'est tout comme s'il y avait eu une alliance réelle. Une autre raison a été ajoutée, étant donné que le locataire doit bénéficier de bénéfices occasionnels, il doit donc courir le risque de pertes occasionnelles, et ne pas en mettre tout le fardeau sur son bailleur; et Dyer 56. 6. a été cité à cet effet, que bien que la terre soit entourée, ou gagnée par la mer, ou rendue stérile par une traînée de poudre, le bailleur aura tout son loyer: et le jugement fut rendu pour le demandeur.

BAILII: Politique de copyright | Avertissements | Politique de confidentialité | Commentaires | Faire un don à BAILII
URL: *http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/KB/1647/J5.html*

الملحق الثالث

قضية تايلور ضد كادويل، الصادر عن المحكمة العليا لانجلترا وويلز، قسم الملكة.

Taylor & Anor v Caldwell & Anor [1863] EWHC QB J1 (6 May 1863)

England and Wales High Court(Queen's Bench Division)Decisions

[Home] [Databases] [World Law] [Multidatabase Search] [Help] [Feedback]

OpenLaw JISC BAILII

England and Wales High Court (Queen's Bench Division) Decisions

You are here: BAILII >> Databases >> England and Wales High Court (Queen's Bench Division) Decisions >> Taylor & Anor v Caldwell & Anor [1863] EWHC QB J1 (6 May 1863)
URL: *http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/1863/J1.html*
Cite as: [1863] EWHC QB J1, 122 ER 309, 3 B & S 826

[New search] [Help]

JISCBAILII_CASE_CONTRACT

Neutral Citation Number: [1863] EWHC QB J1
122 ER 309;3 B. & S. 826

QUEENS'S BENCH

6 May 1863

B e f o r e :

BLACKBURN J.

Between:
TAYLOR
v
CALDWELL

The declaration alleged that by an agreement, bearing date the 27th May, 1861, the defendants agreed to let, and the plaintiffs agreed to take, on the terms therein stated, The Surrey Gardens and Music Hall, Newington, Surrey, for the following days, that is to say, Monday the 17th June, 1861, Monday the 15th July, 1861, Monday the 5th August, 1861, and Monday the 19th August, 1861, for the purpose of giving a series of four grand concerts and day and night fetes, at the Gardens and Hall on those days respectively, at the rent or sum of 100l. for each of those days. It then averred the fulfilment of conditions etc., on the part of the plaintiffs; and breach by the defendants, that they did not nor would allow the plaintiffs to have the use of The Surrey Music Hall and Gardens according to the agreement, but wholly made default therein, etc.; whereby the plaintiffs lost divers moneys paid by them for printing advertisements of and in advertising the concerts, and also lost divers sums expended and expenses incurred by them in preparing for the concerts and otherwise in relation thereto, and on the faith of the performance by the

defendants of the agreement on their part, and had been otherwise injured, etc.

Pleas. First. Traverse of the agreement.

Second. That the defendants did allow the plaintiffs to have the use of The Surrey Music Hall and Gardens according to the agreement, and did not make any default therein, etc.

Third. That the plaintiffs were not ready or willing to take The Surrey Music Hall and Gardens.

Fourth. Exoneration before breach.

Fifth. That at the time of the agreement there was a general custom of the trade and business of the plaintiffs and the defendants, with respect to which the agreement was made, known to the plaintiffs and the defendants, and with reference to which they agreed, and which was part of the agreement, that in the event of the Gardens and Music Hall being destroyed or so far damaged by accidental fire as to prevent the entertainments being given according to the intent of the agreement, between the time of making the agreement and the time appointed for the performance of the same, the agreement should be rescinded and at an end; and that the Gardens and Music Hall were destroyed and so far damaged by accidental fire as to prevent the entertainments, or any of them, being given, according to the intent of the agreement, between the time of making the agreement and the first of the times appointed for the performance of the same, and continued so destroyed and damaged until after the times appointed for the performance of the agreement had elapsed, without the default of the defendants or either of them.

Issue on all the pleas. On the trial, before Blackburn J., at the London Sittings after Michaelmas Term, 1861, it appeared that the action was brought on the following agreement:

"Royal Surrey Gardens,

" 27th May, 1861.

"Agreement between Messrs. Caldwell & Bishop, of the one part, and Messrs. Taylor & Lewis of the other part, whereby the said Caldwell & Bishop agree to let, and the said Taylor & Lewis agree to take, on the terms hereinafter stated, The Surrey Gardens and Music Hall, Newington, Surrey, for the following days, viz.:

"Monday, the 17th June, 1861,

Monday the 15th July, 1861,

Monday the 5th August, 1861,

Monday the 19th August, 1861,

for the purpose of giving a series of four grand concerts and day and night fetes at the said Gardens and Hall on those days respectively at the rent or sum of 1001. for each of the said days. The said Caldwell & Bishop agree to find and provide at their own sole expense, on each of the aforesaid days, for the amusement of the public and persons then in the said Gardens and Hall, an efficient and organised military and quadrille band, the united bands to consist of from thirty-five to forty members; al fresco entertainments of

various descriptions; coloured minstrels, fireworks and full illuminations; a ballet or divertissement, if permitted; a wizard and Grecian statues; tight rope performances; rifle galleries; air gun shooting; Chinese and Parisian games; boats on the lake, and (weather permitting) aquatic sports, and all and every other entertainment as given nightly during the months and times above mentioned. And the said Caldwell & Bishop also agree that the before mentioned united bands shall be present and assist at each of the said concerts, from its commencement until 9 o'clock at night; that they will, one week at least previous to the above mentioned dates, underline in bold type in all their bills and advertisements that Mr. Sims Reeves and other artistes will sing at the said gardens on those dates respectively, and that the said Taylor & Lewis shall have the right of placing their boards, bills and placards in such number and manner (but subject to the approval of the said Caldwell & Bishop) in and about the entrance to the said gardens, and in the said grounds, one week at least previous to each of the above mentioned days respectively, all bills so displayed being affixed on boards. And the said Caldwell & Bishop also agree to allow dancing on the new circular platform after 9 o'clock at night, but not before. And the said Caldwell & Bishop also agree not to allow the firework display to take place till a J past 11 o'clock at night. And, lastly, the said Caldwell & Bishop agree that the said Taylor & Lewis shall be entitled to and shall be at liberty to take and receive, as and for the sole use and property of them the said Taylor & Lewis, all moneys paid for entrance to the Gardens, Galleries and Music Hall and firework galleries, and that the said Taylor & Lewis may in their own discretion secure the patronage of any charitable institution in connection with the said concerts. And the said Taylor & Lewis agree to pay the aforesaid respective sum of 100l. in the evening of the said respective days by a crossed cheque, and also to find and provide, at their own sole cost, all the necessary artistes for the said concerts, including Mr. Sims Reeves, God's will permitting. (Signed)

"J. CALDWELL."

Witness "CHAS. BISHOP.

(Signed) "S. Denis."

On the 11th June the Music Hall was destroyed by an accidental fire, so that it became impossible to give the concerts. Under these circumstances a verdict was returned for the plaintiff, with leave reserved to enter a verdict for the defendants on the second and third issues.

Petersdorff Serjt., in Hilary Term, 1862, obtained a rule to enter a verdict for the defendants generally.

The rule was argued, in Hilary Term, 1863 (January 28th); before Cockburn C.J., Wightman, Crompton and Blackburn JJ.

H. Tindal Atkinson shewed cause. First. The agreement sued on does not shew a "letting" by the defendants to the plaintiffs of the Hall and Gardens, although it uses the word "let," and contains a stipulation that the plaintiffs are to be empowered to receive the money at the doors, and to have the use of the Hall, for which they are to pay 100l., and pocket the surplus; for the possession is to remain in the defendants, and the whole tenor of the instrument is against the notion of a letting. Whether an instrument shall be construed as a lease or only an agreement for a lease, even though it contains words of present demise, depends on the intention of the parties to be collected from the instrument; *Morgan d. Dowding v. Bissell* (3 Taunt. 65). *Christie v. Lewis* (2 B. & B. 410) is the nearest case to the present, where it

was held that, although a charter party between the owner of a ship and its freighter contains words of grant of the ship, the possession of it may not pass to the freighter, but remain in the owner, if the general provisions in the instrument qualify the words of grant.

Secondly. The destruction of the premises by fire will not exonerate the defendants from performing their part of the agreement. In *Paradine v. Jane* (Al. 26) it is laid down that, where the law creates a duty or charge, and the party is disabled to perform it without any default in him, and hath no remedy over, there the law will excuse him; but when the party, by his own contract, creates a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, if he may, notwithstanding any accident by inevitable necessity, because he might have provided against it by his contract. And there accordingly it was held no plea to an action for rent reserved by lease that the defendant was kept out of possession by an alien enemy whereby he could not take the profits.

Pearce, in support of the rule. First. This instrument amounts to a demise. It uses the legal words for that purpose, and is treated in the declaration as a demise.

Secondly. The words "God's will permitting" override the whole agreement.

Cur. adv. vult.

The judgment of the Court was now delivered by

Blackburn J. In this case the plaintiffs and defendants had, on the 27th May, 1861, entered into a contract by which the defendants agreed to let the plaintiffs have the use of The Surrey Gardens and Music Hall on four days then to come, viz., the 17th June, 15th July, 5th August and 19th August, for the purpose of giving a series of four grand concerts, and day and night fetes at the Gardens and Hall on those days respectively; and the plaintiffs agreed to take the Gardens and Hall on those days, and pay 100l. for each day. The parties inaccurately call this a "letting," and the money to be paid a "rent;" but the whole agreement is such as to shew that the defendants were to retain the possession of the Hall and Gardens so that there was to be no demise of them, and that the contract was merely to give the plaintiffs the use of them on those days. Nothing however, in our opinion, depends on this. The agreement then proceeds to set out various stipulations between the parties as to what each was to supply for these concerts and entertainments, and as to the manner in which they should be carried on. The effect of the whole is to shew that the existence of the Music Hall in the Surrey Gardens in a state fit for a concert was essential for the fulfilment of the contract,-such entertainments as the parties contemplated in their agreement could not be given without it. After the making of the agreement, and before the first day on which a concert was to be given, the Hall was destroyed by fire. This destruction, we must take it on the evidence, was without the fault of either party, and was so complete that in consequence the concerts could not be given as intended. And the question we have to decide is whether, under these circumstances, the loss which the plaintiffs have sustained is to fall upon the defendants. The parties when framing their agreement evidently had not present to their minds the possibility of such a disaster, and have made no express stipulation with reference to it, so that the answer to the question must depend upon the general rules of law applicable to such a contract. There seems no doubt that where there is a positive contract to do a thing, not in itself unlawful, the contractor must perform it or pay damages for not doing it, although in consequence of unforeseen accidents, the performance of his contract has become unexpectedly burthensome or even impossible. The law is so laid

down in 1 Roll. Abr. 450, Condition (G), and in the note (2) to Walton v. Waterhouse (2 Wms. Saund. 421 a. 6th ed.), and is recognised as the general rule by all the Judges in the much discussed case of Hall v. Wright (E. B. & E. 746). But this rule is only applicable when the contract is positive and absolute, and not subject to any condition either express or implied: and there are authorities which, as we think, establish the principle that where, from the nature of the contract, it appears that the parties must from the beginning have known that it could not be fulfilled unless when the time for the fulfilment of the contract arrived some particular specified thing continued to exist, so that, when entering into the contract, they must have contemplated such continuing existence as the foundation of what was to be done; there, in the absence of any express or implied warranty that the thing shall exist, the contract is not to be construed as a positive contract, but as subject to an implied condition that the parties shall be excused in case, before breach, performance becomes impossible from the perishing of the thing without default of the contractor. There seems little doubt that this implication tends to further the great object of making the legal construction such as to fulfil the intention of those who entered into the contract. For in the course of affairs men in making such contracts in general would, if it were brought to their minds, say that there should be such a condition. Accordingly, in the Civil law, such an exception is implied in every obligation of the class which they call obligatio de certo corpore. The rule is laid down in the Digest, lib. xLv., tit. l, de verborum obligationibus, 1. 33. "Si Stichus certo die dari promissus, ante diem moriatur: non tenetur promissor." The principle is more fully developed in l. 23. "Si ex legati causa, aut ex stipulatii hominem certum mihi debeas: non aliter post mortem ejus tenearis mihi, quam si per te steterit, quominus vivo eo eum mihi dares: quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti, aut occidisti eum." The examples are of contracts respecting a slave, which was the common illustration of a certain subject used by the Roman lawyers, just as we are apt to take a horse; and no doubt the propriety, one might almost say necessity, of the implied condition is more obvious when the contract relates to a living animal, whether man or brute, than when it relates to some inanimate thing (such as in the present case a theatre) the existence of which is not so obviously precarious as that of the live animal, but the principle is adopted in the Civil law as applicable to every obligation of which the subject is a certain thing. The general subject is treated of by Pothier, who in his Traite des Obligations, partie 3, chap. 6, art. 3, § 668 states the result to be that the debtor corporis certi is freed from his obligation when the thing has perished, neither by his act, nor his neglect, and before he is in default, unless by some stipulation he has taken on himself the risk of the particular misfortune which has occurred.

Although the Civil law is not of itself authority in an English Court, it affords great assistance in investigating the principles on which the law is grounded. And it seems to us that the common law authorities establish that in such a contract the same condition of the continued existence of the thing is implied by English law.

There is a class of contracts in which a person binds himself to do something which requires to be performed by him in person; and such promises, e.g. promises to marry, or promises to serve for a certain time, are never in practice qualified by an express exception of the death of the party; and therefore in such cases the contract is in terms broken if the promisor dies before fulfilment. Yet it was very early determined that, if the performance is personal, the executors are not liable; *Hyde v. The Dean of Windsor* (Cro. Eliz. 552, 553). See 2 Wms. Exors. 1560, 5th ed., where a very apt illustration is given. "Thus," says the learned author, "if an author undertakes to compose a work, and dies before completing it, his executors are discharged from this

contract: for the undertaking is merely personal in its nature, and, by the intervention of the contractor's death, has become impossible to be performed."For this he cites a dictum of Lord Lyndhurst in *Marshall v. Broadhurst* (1 Tyr. 348, 349), and a case mentioned by Patteson J. in Wentworth v. Cock (10 A. & E. 42, 45-46). In *Hall v. Wright* (E. B. & E. 746, 749), Crompton J., in his judgment, puts another case. "Where a contract depends upon personal skill, and the act of God renders it impossible, as, for instance, in the case of a painter employed to paint a picture who is struck blind, it may be that the performance might be excused."

It seems that in those cases the only ground on which the parties or their executors, can be excused from the consequences of the breach of the contract is, that from the nature of the contract there is an implied condition of the continued existence of the life of the contractor, and, perhaps in the case of the painter of his eyesight. In the instances just given, the person, the continued existence of whose life is necessary to the fulfilment of the contract, is himself the contractor, but that does not seem in itself to be necessary to the application of the principle; as is illustrated by the following example. In the ordinary form of an apprentice deed the apprentice binds himself in unqualified terms to "serve until the full end and term of seven years to be fully complete and ended," during which term it is covenanted that the apprentice his master "faithfully shall serve," and the father of the apprentice in equally unqualified terms binds himself for the performance by the apprentice of all and every covenant on his part. (See the form, 2 Chitty on Pleading, 370, 7th ed. by Greening.) It is undeniable that if the apprentice dies within the seven years, the covenant of the father that he shall perform his covenant to serve for seven years is not fulfilled, yet surely it cannot be that an action would lie against the father? Yet the only reason why it would not is that he is excused because of the apprentice's death.

These are instances where the implied condition is of the life of a human being, but there are others in which the same implication is made as to the continued existence of a thing. For example, where a contract of sale is made amounting to a bargain and sale, transferring presently the property in specific chattels, which are to be delivered by the vendor at a future day; there, if the chattels, without the fault of the vendor, perish in the interval, the purchaser must pay the price and the vendor is excused from performing his contract to deliver, which has thus become impossible.

That this is the rule of the English law is established by the case of *Rugg v. Minett* (11 East, 210), where the article that perished before delivery was turpentine, and it was decided that the vendor was bound to refund the price of all those lots in which the property had not passed; but was entitled to retain without deduction the price of those lots in which the property had passed, though they were not delivered, and though in the conditions of sale, which are set out in the report, there was no express qualification of the promise to deliver on payment. It seems in that case rather to have been taken for granted than decided that the destruction of the thing sold before delivery excused the vendor from fulfilling his contract to deliver on payment.

This also is the rule in the Civil law, and it is worth noticing that Pothier, in his celebrated Traite du Contrat de Vente (see Part. 4, § 307, etc.; and Part. 2, ch. 1, sect. 1, art. 4, § 1), treats this as merely an example of the more general rule that every obligation de certo corpore is extinguished when the thing ceases to exist. See Blackburn on the Contract of Sale, p. 173.

The same principle seems to be involved in the decision of *Sparrow v. Sowyate* (W. Jones, 29), where, to an action of debt on an obligation by bail,

conditioned for the payment of the debt or the render of the debtor, it was held a good plea that before any default in rendering him the principal debtor died. It is true that was the case of a bond with a condition, and a distinction is sometimes made in this respect between a condition and a contract. But this observation does not apply to *Williams v. Lloyd* (W. Jones, 179). In that case the count, which was in assumpsit, alleged that the plaintiff had delivered a horse to the defendant, who promised to redeliver it on request. Breach, that though requested to redeliver the horse he refused. Plea, that the horse was sick and died, and the plaintiff made the request after its death; and on demurrer it was held a good plea, as the bailee was discharged from his promise by the death of the horse without default or negligence on the part of the defendant. "Let it be admitted," say the Court, "that he promised to deliver it on request, if the horse die before, that is become impossible by the act of God, so the party shall be discharged, as much as if an obligation were made conditioned to deliver the horse on request, and he died before it." And Jones, adds the report, cited 22 Ass. 41, in which it was held that a ferryman who had promised to carry a horse safe across the ferry was held chargeable for the drowning of the animal only because he had overloaded the boat, and it was agreed, that notwithstanding the promise no action would have lain had there been no neglect or default on his part. It may, we think, be safely asserted to be now English law, that in all contracts of loan of chattels or bailments if the performance of the promise of the borrower or bailee to return the things lent or bailed, becomes impossible because it has perished, this impossibility (if not arising from the fault of the borrower or bailee from some risk which he has taken upon himself) excuses the borrower or bailee from the performance of his promise to redeliver the chattel. The great case of *Coggs v. Bernard* (1 Smith's L. C. 171, 5th ed.; 2 L. Raym. 909) is now the leading case on the law of bailments, and Lord Holt, in that case, referred so much to the Civil law that it might perhaps be thought that this principle was there derived direct from the civilians, and was not generally applicable in English law except in the ease of bailments; but the case of *Williams v. Lloyd* (W. Jones, 179), above cited, shews that the same law had been already adopted by the English law as early as The Book of Assizes. The principle seems to us to be that, in contracts in which the performance depends on the continued existence of a given person or thing, a condition is implied that the impossibility of performance arising from the perishing of the person or thing shall excuse the performance. In none of these cases is the promise in words other than positive, nor is there any express stipulation that the destruction of the person or thing shall excuse the performance; but that excuse is by law implied, because from the nature of the contract it is apparent that the parties contracted on the basis of the continued existence of the particular person or chattel. In the present case, looking at the whole contract, we find that the parties contracted on the basis of the continued existence of the Music Hall at the time when the concerts were to be given; that being essential to their performance.

We think, therefore, that the Music Hall having ceased to exist, without fault of either party, both parties are excused, the plaintiffs from taking the gardens and paying the money, the defendants from performing their promise to give the use of the Hall and Gardens and other things. Consequently the rule must be absolute to enter the verdict for the defendants. Rule absolute.

BAILII: Copyright Policy | Disclaimers | Privacy Policy | Feedback | Donate to BAILII
URL: *http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/1863/J1.html*

الملحق الرابع

قرار المحكمة العليا المتعلق بقضية (د.ح) ضد المجلس الشعبي لبلدية عين الباردة حول دور القاضي في رفع الإرهاق ورد الالتزام إلى الحد المعقول بسبب الظروف الطارئة.

ملف رقم 99694 قرار بتاريخ 1993/10/10 .

قضية: (د ح) ضد: المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة.

آثار العقد – تنفيذ الالتزام التعاقدي – الحادث الاستثنائي – ردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

(المادة 3/107 ق. مدني).

من المقرر قانونا أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها. وترتب على حدوثها، أن تنفيد الالتزام التعاقدي، وأن 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.

ولما ثبت – من مستندات القضية الحالية – أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف والمستأنف عليه (رئيس بلدية عين الباردة) بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي، فإن ذلك يعد حادثا استثنائيا غير متوقعا، يجب الأخذ به.

ومتى كان كذلك استوجب الغاء القرار المستأنف، وتعويض الطاعن عن الأضرار التي لحقته.

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر بالأبيار.

وبعد المداولة القانونية، أصدرت القرار الآتي نصه:

بمقتضى القانون رقم 22/89 المؤرخ في 89/12/12 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها.

بمقتضى القانون رقم 23/90 المؤرخ في 90/08/18 المعدل والمكمل للأمر رقم 66/154 المؤرخ في 66/6/8 المتضمن قانون الاجراءات المدنية.

بناء على المواد: 171/07 مكرر من 181 إلى 189، 277، 281، 283، 285 من قانون الاجراءات المدنية.

بعد الاطلاع على العريضة والمذكرات وطلبات الطرفين وجميع مستندات ملف القضية.

بعد الاطلاع على القرار المطعون فيه.

بعد الاستماع إلى السيد: فريجه حسين المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيدة: مليكة مرابط المحامية العامة في تقديم طلباتها المكتوبة.

حيث انه بموجب عريضة مودعة لدى كتابة ضبط المحكمة العليا بتاريخ 1991/11/26 استأنف (د ح) القرار الصادر عن الغرفة الادارية لدى مجلس قضاء عنابة الصادر بتاريخ 1991/09/30 والذي قضى برفض طلبات المدعي والمتمثلة في استرجاع مبلغ 700.000.00 دج كان قد دفعه مقابل إيجار سوق المواشي بسبب عدم استغلاله بحجة المرض الموسمي الذي أصاب المواشي.

عن الوجه المثار:

ان القرار المطعون فيه بالاستئناف غير مؤسس وحلل الوقائع تحليلا خطأ لأن المستأنف لم يطلب بالتعويض كما جاء في حيثيات القرار وانما طالب بارجاع المبلغ أو على الأقل يسدد مقابل المدة التي عمل فيها دون المدة التي لم يعمل فيها، وان المادة 22 من دفتر الشروط التي اعتمد عليها قضاة مجلس قضاء عنابة تخص الأضرار التي يمكن أن تلحق المستأنف أثناء تنفيذ العقد لأسباب قاهرة خارجة عن البلدية. أما عندما يتسبب المستأنف عليه في الاضرار للمستأنفز فإنه يلزم بالتعويض.

وعليه من حيث الشكل:

قبول الاستئناف شكلا لوروده في الآجال القانونية.

وفي الموضوع:

حيث يتضح أنه بالرجوع إلى مستندات الملف ووقائع الدعوى ان السوق بقيت مغلقة بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي.

حيث بالرجوع إلى القانون المدني وخاصة المادة 3/107 أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان 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.

حيث ان المبلغ المعروض من الإدارة معقول.

لهذه الأسباب

تقضي المحكمة العليا:

في الشكل: قبول الاستئناف شكلا.

في الموضوع: الغاء القرار الصادر عن الغرفة الادارية لمجلس قضاء عنابة بتاريخ 1991/09/30 .

وبعد التصدي بتعويض الطاعن بمبلغ 420,000 دج عن الأضرار التي لحقته والمصاريف على عاتق المستأنف عليها.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه من طرف المحكمة العليا الغرفة الادارية المتركبة من السادة:

جنادي عبد الحميد	الرئيس
فريحه حسين	المستشار المقرر
لبيض غنية	المستشارة
أبركان فريدة	المستشارة

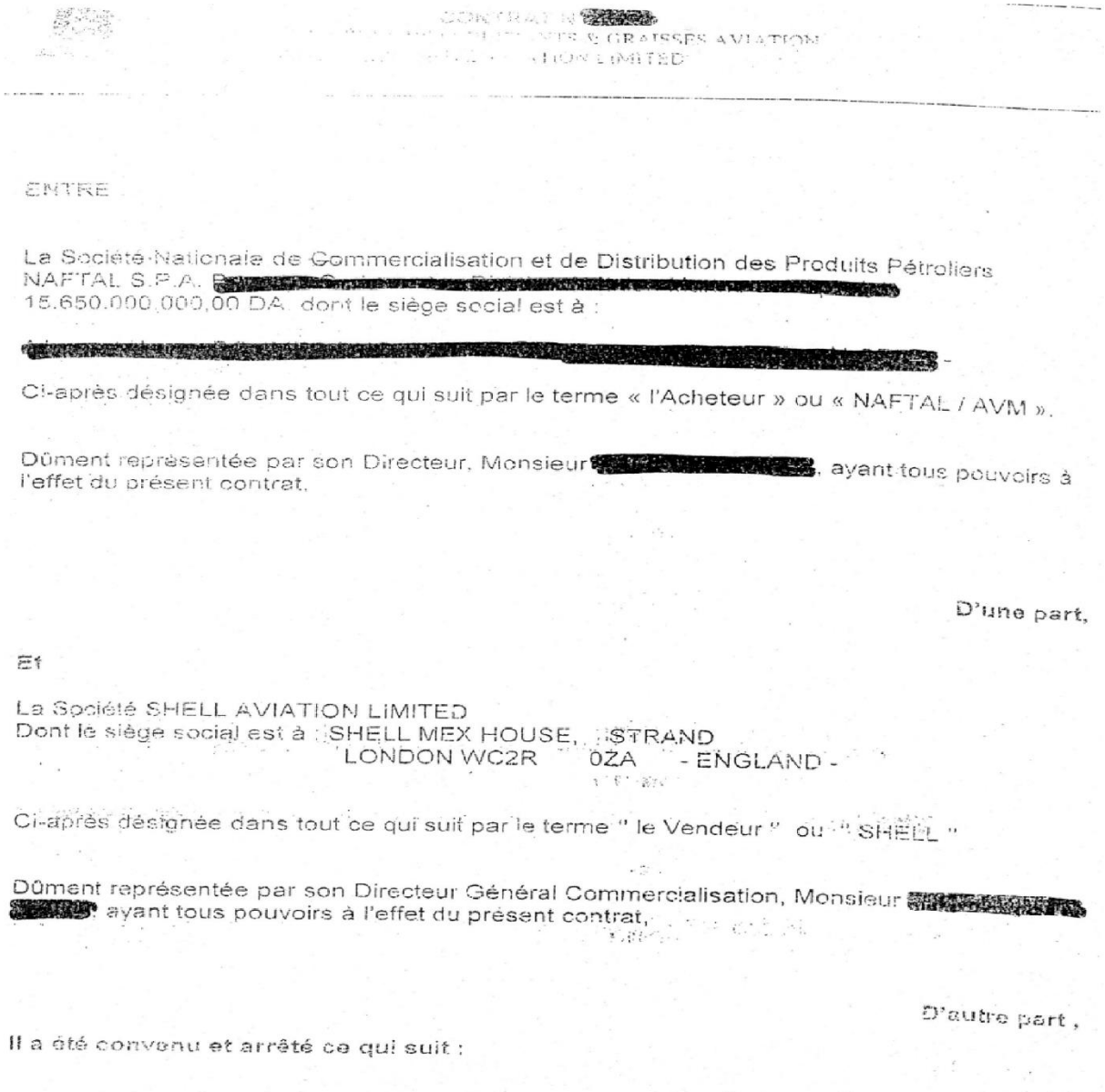
وبحضور السيدة: مليكة مرابط المحامية العامة وبمساعدة السيد: رضا عبادة كاتب الضبط.

الملحق الخامس

العقد المبرم بين شركة نفطال وشركة **Shell aviation limited.**

-نموذج العقد مقتبس من ملاحق مذكرة مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية مرجع سابق، ص127-

لاحظ جيدا تطرق الأطراف في المادتين 19، 21 من العقد إلى إعادة التفاوض في حالة القوة القاهرة دون تطرقهم إلى ذلك في حالة الظروف الطارئة، وقد يرجع ذلك حسب رأينا إلى تأثر واضعي العقد بالتشريع الفرنسي والذي كان من الرافضين أصلا لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ولم يعترف بها إلا مؤخرا



CONTRAT N[redacted]
...TES & GRAISSES AVIATION
...TION LIMITED

ENTRE

La Société Nationale de Commercialisation et de Distribution des Produits Pétroliers NAFTAL S.P.A. [redacted]
15.650.000.000,00 DA, dont le siège social est à :

[redacted] -

Ci-après désignée dans tout ce qui suit par le terme « l'Acheteur » ou « NAFTAL / AVM ».

Dûment représentée par son Directeur, Monsieur [redacted], ayant tous pouvoirs à l'effet du présent contrat,

D'une part,

Et

La Société SHELL AVIATION LIMITED
Dont le siège social est à : SHELL MEX HOUSE, STRAND
LONDON WC2R 0ZA - ENGLAND -

Ci-après désignée dans tout ce qui suit par le terme " le Vendeur " ou " SHELL "

Dûment représentée par son Directeur Général Commercialisation, Monsieur [redacted] ayant tous pouvoirs à l'effet du présent contrat,

D'autre part,

Il a été convenu et arrêté ce qui suit :

ARTICLE 1 / - OBJET DU CONTRAT

Le présent contrat a pour objet de définir les termes et conditions selon lesquelles Vendeur s'engage à fabriquer et à livrer à l'Acheteur en CFR (Incoterms 2000) port d'Alge Vingt et Un Mille Cent Trente (21.130) litres d'huiles lubrifiantes Aviation et Deux Mille Ce Vingt et Un (2.121) kilos de graisses Aviation et ce conformément aux spécificatior techniques.

Les produits sont d'origine des U.S.A, Allemagne et Angleterre, de provenance Belgique Angleterre.

ARTICLE 2 / - MODE DE PASSATION

Le présent contrat est passé selon la procédure de gré à gré conformément aux Procès Verbau du Comité Ad Hoc n° [redacted] respectivement du [redacted] et aux disposition de la réglementation en vigueur au sein de NAFTAL, en matière de transactions commerciales.

ARTICLE 3/ -TEXTES DE REFERENCE

Le présent contrat est régi par l'ensemble des dispositions de la législation et de l réglementation Algériennes en vigueur.

ARTICLE 4/ - DOCUMENTS CONTRACTUELS

Font partie intégrante des documents contractuels, le présent contrat et les annexes suivantes :

- L'annexe 1 : Factures proforma
- L'annexe 2 : Spécifications techniques
- L'annexe 3 : Déclaration à souscrire

En cas de contradiction entre le présent contrat et les annexes, les dispositions contenues dans le présent contrat prévaudront.

ARTICLE 19 / - FORCE MAJEURE

Les parties contractantes seront momentanément déliées, totalement ou partiellement de leurs obligations dans la mesure où celles-ci seront affectées par un cas de force majeure.

Les parties au présent contrat entendent par cas de force majeure, tout acte ou événement imprévisible, irrésistible et indépendant de la volonté des parties, à charge pour la partie qui s'en prévaut d'apporter la preuve du cas de force majeure.

La partie qui invoque la force majeure devra, immédiatement après la survenance de l'événement constituant la force majeure, adresser une notification expresse à l'autre partie par téléphone, fax ou télex, confirmée par lettre recommandée avec accusé de réception.

Les obligations de l'une ou des deux parties affectées par la survenance d'un cas de force majeure seraient prorogées et si nécessaire renégociées d'un commun accord d'une durée la plus courte possible et qui ne saurait excéder la durée du retard réellement subi en raison du cas de force majeure

Tout retard pour le cas de force majeure non justifié dans les conditions et formes ci-dessus ne sera en aucune façon admissible ni retenu pour le décompte du délai contractuel.

Dans tous les cas, la partie qui invoque le cas de force majeure devra prendre toute disposition utile pour assurer dans les brefs délais la reprise de l'exécution de ses obligations affectées par le dit cas de force majeure, la poursuite de l'exécution normale du contrat et pour combler les retards dans toute la mesure de ses moyens.

Le délai d'exécution de livraison de la fourniture sera prorogé d'une durée n'excédant pas celle de la force majeure. Toutefois la suspension de cette exécution ne pourra excéder deux (02) mois, sauf accord express entre les deux parties.

Passé ce délai, la partie contre laquelle le cas de force majeure a été invoqué, peut résilier le contrat sans aucune autre formalité ni préjudice.

ARTICLE 21 / - REGLEMENT DES DIFFERENDS

Tout différend ou litige de quelque nature que ce soit survenant entre le vendeur et l'acheteur au sujet de l'exécution du présent contrat qui n'aurait pu être réglé à l'amiable sera définitivement réglé par un arbitre unique, si les parties peuvent se mettre d'accord sur le choix de l'arbitre.

Dans le cas contraire le différend sera tranché définitivement suivant le règlement de conciliation et d'arbitrage de la chambre de commerce internationale par trois (03) arbitres nommés conformément à ce règlement.

En cas d'arbitrage, le droit applicable au présent contrat sera le droit en rigueur en Algérie.

Le lieu de l'arbitrage sera Paris, France
La langue de l'arbitrage sera le Français

ARTICLE 22 / - EXCLUSION DES INTERMEDIAIRES

Le présent contrat est conclu et sera exécuté dans son ensemble sans l'entremise, l'assistance ou l'intervention d'un intermédiaire, courtier, commissionnaire ou assimilé.

ARTICLE 23 / - TRANSFERT DU CONTRAT

Le présent contrat étant conclu intuitu personae, les droits et obligations du Vendeur relatifs au contrat ne pourront être transférés sans accord écrit de l'Acheteur à toute autre personne physique ou morale non signataire du présent contrat.

Le Vendeur sera, dans le cas de transfert de contrat, solidairement et conjointement responsable de la bonne exécution du présent contrat.

قائمة المراجع:

ـ باللغة العربية:

أـ المعاجم:

1. **أبي نصر اسماعيل بن حماد الجوهري**، الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية، دار الحديث، القاهرة، مصر،2003 .
2. **مجد الدين الفيروز أبادي أبو طاهر محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الشيرازي**، القاموس المحيط، إشراف نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة 8، بيروت، لبنان، 2005.

بـ الكتب العامة:

1. **ابن الاثير مجد الدين أبو السعدات**، النهاية في غريب الحديث، ج1، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2000.
2. **أحمد أبو الوفا**، التعليق على نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الطبعة السادسة الإسكندرية، مصر،1961.
3. **أمين محمود**، شريعة حمو رابي، دار الوراق للنشر المحدودة، لندن، 2007.
4. **أنور سلطان**، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، 1987.
5. **بلحاج العربي**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6، بن عكنون، الجزائر، 2008.
6. **حسام الدين كامل الأهواني**، النظرية العامة للالتزام، ج 1، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، مصر، 1955.
7. **حسن صوفي أبو طالب**، مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، مصر، 1965.
8. **حسن عامر وعبد الرحيم**، المسؤولية المدنية، دار المعارف، ط2، القاهرة، مصر، 1979.
9. **حسن عبد الباسط جميعي**، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، مصر، 1996.

10. **حسن عبد الباسط جميعي**، مشكلات تحديد المقابل النقدي في العقود، (دون دار نشر)، (دون بلد نشر)، 2005.

11. **حسين عامر**، القوة الملزمة للعقد، مطبعة مصر، الجيزة، مصر، 1999.

12. **حفيضة الحداد**، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 1998.

13. **خليل أحمد حسن قدادة**، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.

14. **رمضان أبو السعود**، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر،2003.

15. **سليمان محمد الطماوي**، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، ط3، القاهرة، 1975.

16. **سميحة القليوبي**، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، الطبعة السادسة، مصر، 2013.

17. **سمير عبد السيد تناغو**، مصادر الالتزام (العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون مصدران جديدان للالتزام الحكم- القرار الإداري) ، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2005.

18. **طالب حسن موسى**، الموجز في قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، الأردن، 2001.

19. **عبد الحي حجازي**، النظرية العامة للالتزام، ج 1، المطبعة العالمية، القاهرة، مصر، 1962.

20. **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015.

21. **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر،1981.

22. **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 4، البيع والمقايضة، (دون دار نشر)، (دون بلد نشر)، 1986.

23. **عبد الرزاق السنهوري**، نظرية العقد، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، المجمع العلمي العربي الإسلامي ومنشورات محمد الداية، بيروت، 1934.
24. **عبد الكريم بلعيور**، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
25. **عبد المنعم فرج الصده**، نظرية العقود في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، لبنان، 1974.
26. **عدنان السرحان ونوري خاطر**، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية(الالتزامات)، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان ،2000.
27. **علي علي سليمان**، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 7، بن عكنون، الجزائر، 2006.
28. **علي فيلالي**، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، الدويرة، الجزائر،1997.
29. **علي نجيدة**، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.
30. **عمار بوضياف**، شرح الصفقات العمومية، دار جسور، ط3، الجزائر، 2011.
31. **فتحي عبد الرحيم عبد الله**، الوجيز في العقود المدنية المسماة، عقد الإيجار، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 1999.
32. **فتحي عبد الرحيم عبد الله**، شرح النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2001.
33. **قذافي عزات الغنانيم**، العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، ط1، الأردن، 2008.
34. **مازن ليلو راضي**، الوجيز في القانون الإداري، منشورات الأكاديمية العربية في الدانمارك، الدانمارك، 2006.
35. **محسن عبد الحميد إبراهيم البيه**، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء 1، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 1993.
36. **محمد الصغير باعلي**، العقود الإدارية، دار العلوم، الجزائر، 2005.
37. **محمد المظفر**، نظرية العقد، دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، دار حافظ للنشر، ط3، المملكة العربية السعودية، 2011.

38. **محمد صبري السعدي**، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، دار الهدى، الطبعة الأولى، الجزائر ،1992.
39. **محمد علي الدليمي**، النظرية العامة للالتزام، القسم الأول: مصادر الالتزام، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، 1998.
40. **محمد قاسم**، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأردني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005.
41. **محمود عبد الرحيم الشريفات**، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن،2011.
42. **مصطفى الجمال**، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، شرح مفصل لأحكام التقنينات العربية المستمدة من الفقه الغربي والمستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقاتها القضائية ،الفتح للطباعة والنشر، ط1، الإسكندرية، مصر، 1996.
43. **مصطفى الجمال**، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، بيروت، لبنان،1987.
44. **نزيه محمد الصادق المهدي**، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982.
45. **وائل حمدي أحمد علي**، حسن النية في البيوع الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010.

جـــ الكتب المتخصصة:

46. **أحمد سعيد الزقرد**، أصول قانون التجارة الدولية، البيع الدولي للبضائع، المكتبة العصرية للنشر، مصر، 2007.
47. **أحمد عبد الكريم سلامة**، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، القاهرة، مصر، 2018.
48. **أسماء مدحت سامي**، الإعفاء من المسؤولية في اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع (اتفاقية فيينا)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
49. **أشرف عبد العليم الرفاعي**، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

50. **أمية علوان، محي الدين إسماعيل علم الدين، محمد حسام محمود لطفي،** المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014.
51. **الثنيان سليمان بن إبراهيم،** الجوائح وأحكامها، دار عالم الكتب، ط1، الرياض، السعودية، 1992.
52. **جعفر عبد السلام،** شرط بقاء الشيء على حاله، أو نظرية الظروف الطارئة في القانون الدولي (دراسة تأصيلية للفقه والعمل الدوليين حول تطويع نصوص المعاهدات للتغيرات اللاحقة في الظروف)، دار الكاتب العربي للطباعة و النشر، الإسكندرية، 1970.
53. **جواد محمد علي،** العقود الدولية، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1997.
54. **حبيب ثروت،** دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، اتفاقية فيينا 1980، مكتبة الجلاء الجديدة، الطبعة الثانية، المنصورة، مصر، 1995.
55. **حسبو الفزاري،** أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، مطبعة الجيزة، الإسكندرية، مصر،1979.
56. **رشوان حسن رشوان أحمد،** أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، عرض لفكرة ملاءمة العقد للظروف الاقتصادية، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، مصر، 1994.
57. **رضوان أبو زيد،** الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، مصر،1981.
58. **سعيد السيد علي،** نظرية الظروف الطارئة في العقود الادارية والشريعة الاسلامية ،دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، الاسكندرية، مصر،2006.
59. **سلامة فارس عرب،** وسائل معالجة اختلال التوازن في قانون التجارة الدولية، دار الكتاب الحديث، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1999.
60. **سمير عثمان اليوسف،** نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
61. **شريف محمد غنام،** أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007.
62. **طالب حسن موسى،** قانون التجارة الدولية، دار الثقافة، ط1، عمان، الأردن، 2008.
63. **عادل محمد خير،** عقود البيع الدولي للبضائع من خلال اتفاقية فيينا وجهود لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
64. **عبد الحكم فودة،** آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف، ط1، الاسكندرية، مصر، 1999.

65. **عبد السلام الترمانيني**، نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971.
66. **عبد الوهاب بن سعد الرومي**، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، (دون دار نشر)، القاهرة، 1994.
67. **عصام الدين القصبي**، قانون التجارة أمام هيئات التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مصر، 2012.
68. **عمر سعد الله**، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة (مصادر قانون التجارة الدولية، عقود التجارة الدولية، حل نزاعات التجارة الدولية)، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2009.
69. **غازي عبد الإحسان ناجي**، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، 1986.
70. **فوزي محمد سامي**، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995.
71. **مجيد محمود سعيد أبو حجير**، نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة، دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة، ط6، عمان، الأردن، 2002.
72. **محسن شفيق**، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1988.
73. **محسن شفيق**، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
74. **محمد إبراهيم الدسوقي**، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، مطبعة معهد الإدارة العامة للبحوث العامة، المملكة العربية السعودية، 1995.
75. **محمد محيي الدين إبراهيم سليم**، التسلط الاقتصادي وأثره على التوازن العقدي، دار المطبوعات الجامعية، ط1، الإسكندرية، 2007.
76. **محمد إبراهيم موسى**، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
77. **محمد الخطيب محمد**، التزامات المشتري في البيع الدولي، دراسة مقارنة بأحكام فقه الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت، 1986.
78. **محمد السعيد جعفور**، المدخل للعلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر، 2007.
79. **محمد بلاق**، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2016.

80. **محمد بودالي**، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة، الجزائر، 2007.
81. **محمد حسين منصور**، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2009 .
82. **محمد حسين منصور**، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2002.
83. **محمد حمدي إسماعيل سلطح**، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإدارة في العقود المدنية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.
84. **محمد سعيد عبد الرحمان**، الحكم الشرطي (دراسة لفكرة تغير الظروف في مجال الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
85. **محمد شريف غنام**، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009.
86. **محمد عبد الرحيم عنبر**، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، مطبعة زهران، القاهرة، مصر، 1987.
87. **محمد محيي الدين ابراهيم سليم**، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر،2008 .
88. **محمود الكيلاني**، الموسوعة التجارية والمصرفية، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا"، المجلد الأول، دار الثقافة، عمان، الأردن،2008 .
89. **محمود سمير الشرقاوي**، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992.
90. **محمود مختار أحمد البريري**، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ط4، القاهرة، مصر، 2014.
91. **محمود نديم الخضر**، اختلال تنفيذ عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2018.
92. **محي الدين إسماعيل علم الدين**، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول ، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، مصر،1986 .
93. **معاشو عمار**، النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد بالجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
94. **نادر محمد إبراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دراسة حول ماهية وتطبيق الأعراف التجارية الدولية وسوابق التحكيم الاقتصادي الدولي وأهم الأنظمة القانونية المتصلة به، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002.

95. **نصيرة بوجمعة سعدي**، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1992 .
96. **هشام خالد**، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001.
97. **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1995.
98. **هشام علي صادق**، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الطبعة الرابعة، الاسكندرية مصر، (دون سنة نشر).
99. **وليد صلاح مرسي رمضان**، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها، دار الجامعة الجديدة، مصر 2009.
100. **وهبة الزحيلي**، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، ط4، بيروت، لبنان، 1985.
101. **يوسف حسن يوسف**، العقود التجارية الإلكترونية الدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط 1، القاهرة، مصر، 2012.

د- الأطروحات والرسائل :

1/- أطروحات الدكتوراه :

1. **أحمد مروك**، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1 بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2015.
2. **جلال مسعد**، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2012.
3. **الحاج بن احمد**، التحولات الاقتصادية وأثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس ، 2011.
4. **حياة محمد محمد أبو النجا**، الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، جامعة المنصورة، مصر، 2004.
5. **رشوان حسن رشوان أحمد**، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، القسم المدني، جامعة القاهرة، 1994.

6. **زروتي الطيب**، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر،1991 .
7. **الشيخ بوسماحة**، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2008
8. **صبحي عرب**، تسويق النفط الجزائري، عقد التسويق، دراسة قانونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1989.
9. **عبد الكريم موكه**، تأثير تغير الظروف على استقرار الثمن في عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، الجزائر، 2016.
10. **عبد اللطيف هني**، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016.
11. **الفزاري حسب الرسول الشيخ**، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1979.
12. **محمود الكيلاني**، جزاء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1988.
13. **نرمين محمد محمود صبح**، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، القانون التجاري، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2003.
14. **وفاء مصطفى محمد عثمان**، توازن المصالح في تكوين عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا 1980، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005.

2/- رسائل الماجيستير :

1. **جميلة بولحية** ، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،1983.
2. **خديجة فاضل**، تعديل العقد أثناء التنفيذ، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2002.

3. **خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري**، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد (دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي)، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2017.
4. **صليحة عواق**، تكييف العقود الدولية مع تغير الظروف، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 1998.
5. **الطيب زروتي**، دفع المسؤولية العقدية بالقوة القاهرة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر،1978.
6. **هبة محمد الديب**، أثر نظرية الظروف الطارئة على العقود المدنية، دراسة تحليلية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2012.

3/- مذكرات الماجيستير:

1. **أحمد مروك**، معالجة أثر تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحوق، بن عكنون، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009.
2. **فتيحة بن زروق**، فسخ العقد طبقا لاتفاقية فيينا لسنة 1980 الخاصة بالبيع الدولي للبضائع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2015.
3. **عبد الرحمان هزرشي**، أثر العذر والجوائح على الالتزامات العقدية في الفقه الإسلامي مقارنة بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2006.

ه- المقالات والدراسات :

1. **أحمد السعيد الزقرد**، أثر الظروف اللاحقة على تحديد مضمون الالتزام العقدي، مجلة البحوث القانونية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد 32 ، سنة2002 ، ص ص 110-163.
2. **أحمد شقيري**، الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، 1965، مجلد 21، ص 75.

3. **أحمد عبد الكريم سلامة**، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مجلة الأمن و القانون،المجلد 11، العدد1، يناير2003 ، ص ص 204-279.
4. **الحاج بن احمد** ، العولمة الاقتصادية وأثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 2، العدد 1،جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2014، ص ص 80-107.
5. **الحاج بن أحمد**، القانون الواجب التطبيق على المسؤولية الناجمة عن قطع المفاوضات في عقود التجارة الدولية، الملتقى الوطني الخامس حول حماية المستهلك (مشكلات المسؤولية المدنية)، مخبر القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2015.
6. **حمدي محمود بارود**، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة المفاوضات قبل العقدية في عقود التجارة الدولية، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد 13، العدد 02، غزة 2005، ص ص 125-148.
7. **رشيد محمد قباني**، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية، العدد الثاني، السعودية، 1986، ص ص 121-170.
8. **شارف بن يحي**، ضرورة إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد الرابع، جامعة الشلف، الجزائر، ص ص 46-56.
9. **عبد الكريم موكه**، تأثير تغير الظروف الاقتصادية على استقرار عقود التجارة الدولية، مقال مقدم في إطار فعاليات الملتقى الدولي "التطورات الاقتصادية الراهنة ومستقبل التنمية في البلدان المغاربية"، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم والتسيير، جامعة جيجل، 7-8 ماي 2010.
10. **عصام الدين القصبي**، تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية بين الشريعة والقانون، مقال ضمن فعاليات مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بالإمارات العربية المتحدة، 2003، ص 1682.
11. **قادري عبد العزيز**، دراسة في العقود المبرمة بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية، مجلة إدارة، الجزائر، المجلد السابع، العد الأول، 1997، ص 64.
12. **محسن شفيق**، اتفاقيات لاهاي لعام 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، دراسة في قانون التجارة الدولية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 43، العدد 03، جامعة القاهرة، القاهرة، 1974، ص ص 21-35.
13. **محمد أبو السعيد**، مفهوم القوة القاهرة، مجلة مصر المعاصرة، السنة 74، العدد 392، مصر، 1983، ص 201.

14. **محمد أبو زيد**، المفاوضات في إطارها العقدي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة 47، 2005، ص 142.
15. **محمد شتا أبو سعد**، مفهوم القوة القاهرة، مجلة مصر المعاصرة، السنة الرابعة والسبعون، 1983، ص ص 201-229.
16. **محمد عبد الجواد**، شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مجلة القانون والاقتصاد، المجلد 33، العدد 4، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1963، ص ص 547-664.
17. **محمود سمير الشرقاوي**، الالتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع، دراسة مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، السنة الخامسة والعشرون،1985 ، ص ص 309-375.
18. **محمود سمير الشرقاوي**، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، العدد الثالث، القاهرة، 1996، ص 3-25.
19. **ياسر باسم ذنون**، القوة القاهرة وأثرها في أحكام قانون المرافعات المدنية ، كلية الحقوق /جامعة الموصل ، مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد 10، العدد 36 ، 2008، ص ص 50-87.

و- النصوص القانونية:

1/- الدساتير :

1. الأمر رقم 76-97 ، المؤرّخ في 22 نوفمبر 1976 ، المتضمّن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 94، الصادرة بتاريخ 24 نوفمبر 1976، ص. 1292.
2. المرسوم الرئاسي رقم 89 – 18 ، المؤرخ في 28 فيفري 1989، المتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشّعبية، العدد 9، الصادرة بتاريخ 1 مارس 1989، ص.234.
3. المرسوم الرئاسي رقم 96 – 438 ، المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، المتعلق باصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 76، الصادرة بتاريخ 8 ديسمبر 1996، ص. 6.

4. القانون رقم 02 – 03 ، المؤرخ في 10 أفريل 2002 ، المتضمن للتعديل الدستوري ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 25، الصادرة بتاريخ 14 أفريل 2002، ص. 13.
5. القانون رقم 08 – 19، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 ، المتضمن التعديل الدستوري ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 63، الصادرة بتاريخ 16 نوفمبر 2008، ص. 08.
6. القانون رقم 16 – 01، المؤرخ في 06 مارس 2016 ، المتضمن التعديل الدستوري ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 14، الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016، ص.03.
7. المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 82، الصادرة بتاريخ 30 ديسمبر 2020، ص.03.

2/-القوانين

أ- القوانين الوطنية :

1. الأمر 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 48،مؤرخة في 10جوان1966، ص 582.
2. الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل26 سبتمبر 1975،المتضمن القانون المدني،المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 78،مؤرخة في 30 سبتمبر1975، ص 990.
3. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975الذي يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم،الجريدة الرسمية 101،مؤرخة في 19 ديسمبر 1975، ص 1306.
4. القانون رقم 82-01 المتضمن قانون الإعلام رقم 82-01 المؤرخ في 82/02/06، الجريدة الرسمية رقم 06، المؤرخة في 09 فيفري 1982، ص 242.
5. القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005المعدل والمتمم للقانون المدني،الجريدة الرسمية رقم 44،المؤرخة في 20 جوان 2005، ص 17.
6. القانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 ،يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،الجريدة الرسمية 21،المؤرخة في 23 أفريل 2008، ص 3.

ب- القوانين الأجنبية العربية :

1. القانون رقم 131 لسنة 1948 المتعلق بإصدار القانون المدني المصري، الصادر بقصر القبة في 09 رمضان 1367 الموافق ل 16 يوليو 1948، جريدة الوقائع المصرية، عدد 108 مكرر أ الصادر في 29 يوليو 1948.
2. مرسوم تشريعي رقم 84 لسنة 1949 المتعلق بإصدار القانون المدني السوري الصادر بتاريخ 21 رجب 1368 هجري الموافق لـ 18 ماي 1949، الموقع الرسمي لمجلس الشعب السوري. https://www.parliament.gov.sy/.
3. القانون رقم 40 لسنة 1950، المتضمن إصدار القانون المدني العراقي، الصادر بتاريخ 06 ذو الحجة 1370 الموافق لـ 8 سبتمبر 1951، جريدة الوقائع العراقية، المؤرخة ب 1951/09/08، العدد 3015، ص 243.
4. قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، القانون الإتحادي رقم 5 لسنة 1985 المعدل والمتمم، البوابة القانونية لدولة الإمارات العربية المتحدة. https://elaws.moj.gov.ae.

3-المراسيم:

1. المرسوم التنفيذي رقم 20-69 المؤرخ في 26 رجب 1441 الموافق لـ 21 مارس 2020، يتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته، ج. ر 15 الصادرة في 21 مارس 2020، ص 06.

4 – القرارات :

1/- القرارات القضائية :

1. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 1988/05/25، ملف رقم 53010، (المسؤولية، وقوع ضرر، قوة قاهرة، بسبب الشركة الطاعنة)، المجلة القضائية للمحكمة العليا،العدد 2، الجزائر،ص ص11-13.
2. قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية، الصادر بتاريخ 1990/06/11، ملف رقم 65920 (قوة قاهرة، سبب أجنبي)، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد2 ، الجزائر ، 1991، ص ص 88-90.

3. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 1999/10/24 ملف رقم 191705 (عقد تخصيص سكن، الاتفاق على السعر الأصلي، شروط مراجعة السعر، سلطة القاضي في تكييف العقد، نقض)، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني،1999 ، ص ص 95-101.

4. قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، الصادر بتاريخ 1993/10/10، ملف رقم 99694 ، (آثار العقد، تنفيذ الالتزام التعاقدي، الحادث الاستثنائي، رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول)المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول، 1994، ص ص 217-220.

2/- القرارات التحكيمية :

1. قرار هيئة التحكيم التجاري الدولي غرفة التجارة والصناعة بالاتحاد الروسي في القضية رقم 155/1994، 16 مارس 1995 .

http://www.uncitral.org/showdocument.do?documentUid=1349&country=RUS&Ing=ar

2. قرار تحكيمي منشور في مجلة القانون الدولي:

J.D.I, 1992, P 1031-1036

3. قرار تحكيم صادر عن غرفة التجارة الدولية، وارد في مجلة القانون الدولي:

.J.D.I, 1993, P 1035

4. قرار تحكيم صادر عن غرفة التجارة الدولية، وارد في مجلة القانون الدولي:

J.D.I, 1993, P 1028.

2- باللغة الأجنبية:

A- ouvrages généraux :

1. **Ali BENECHENEB**, le droit algérien des contrats, Ed. AJED, Alger, 2011.
2. **Alain Ghozi,** la modification de l'obligation par la volonté des parties, étude de Droit civil français, L.G.D.J, paris.1980.
3. **Batiffol**,les conflits de lois en matière de contrats, librairie du recueil sirey, Paris 1938.
4. **BEN CHENEB (Ali),** Théorie générale du contrat, 2ème édition, OPU , Alger 1992.
5. **BRIGITTE-Hess-fallon,SIMON Anne-Marie**, Droit commercial et des affaires, 9éme édition,édition sirey,paris,1995.
6. **CALAIS auloy(Jean)** .Droit de la consommation 2ed.paris.Dalloz-
7. **CALAIS auloy(jean),**l'influence du droit de la consomation sur le droit civil des contrat,R.T.D.CIV.93 é année,ed.S.avril-juin.1994.

8. **CALAIS-auloy(jean) et TEMPLE Henri**,Droit de la consomation,8 éme edition, Dalloz, paris, 2010.
9. **CHRITIAN Larroumet**, Droit civil, les obligations, 3 éme edition, Delta, paris, 1996.
10. **DELEBECQUE Philippe, COLLART DUTILLEUL François**, Contrats civils et commerciaux, 7eme Ed, Dalloz, Paris, 2004.
11. **DEMOGUE (R),** Traité des obligations en général, tome2, n° 3, Paris, 1993.
12. **Gatsi**,la protection des consommateurs en matière de contrats a distance,dalloz affaires.n. 42/ 1997 .
13. **Jean-Louis (mouralis)**, L'imprévision, dalloz, tome2, édition n°10, paris, 1989, n°42.
14. **KASSIS Antoine**, Théorie générale des usages du commerce, droit comparé (contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria), LGDJ, Paris, 1984.
15. **Patrick frazer**,plastic and électronique mony,wood head,faulkmer-cambridge,usa, 1985.
16. **Philippe Malaurie et Laurent Aynes et Philippe Stoffel Munks**, les obligations,3 eme édition, défrénois, Paris, 2007.
17. **STARCK Boris**, Droit civil, Obligations, éd Litec, Paris, 1972.
18. **TERRE François et LEQUETTE Yves**, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12eme édition, Dalloz, paris, 2008.
19. **V.Ghestinn(j),**conformities et garanties dans la vente,L.G.D.J.1983 .
20. **ZAROUK Ali**, L'implicite et le contenu contractuel: étude de droit comparé- droit français et droit tunisien, Édition l'harmattan, Paris, 2012.

B- ouvrages spéciaux :

21. **B.OPPTITE**, Autour du contrat international, 2.Éd, DALLOZ, Paris, 2006.
22. **Brocher Charles**, cours de droit international privé suivante les principes consacres par le droit positif français, librairie, H. Georg, tome 2, Genève, Suisse, 1883.
23. **BLANCO Dominique**, Négocier et rédiger un contrat international, 2eme édition, DUNOD, Paris, 1993.
24. **CAM QUYEN Corinne Truong**, Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI, Litec, Paris, 2002.
25. **Claude witz**, Les premières applications jurisprudencielles du droit uniforme de la vente internationale convention des nations unis du 11 avril 1980, L.G.D.J , 1995.
26. **DAHAN Maurice**, La pratique française du droit du commerce international,Tome 1 Les échanges internationaux, éd, Centre Français du Commerce Extérieur, Paris, 1992.
27. **DAVANNE Olivier**, Instabilité de système financier international, éd La Documentation Française, Paris, 1998.
28. **F.OSMAN**, Les Principes Généraux de la Lex Mercatoria, L.G.D.J, Paris 1992.
29. **FILALI Osman**, les principes généraux de la lex Mercatoria-Contrebutions a l'étude d'un ordre juridique anational, Ed, LGDJ, Paris, 1992.
30. **FONTAINE Marcel & DELY Filip**, Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses,2eme éd, FEDUCI, Bruylant, Bruxelles, 2003.
31. **FONTAINE Marcel**, Droit des contras internationaux : analyse et rédaction de clauses, éd BRUYLANT, FEC, Bruxelles, 1989.
32. **FOUCHARD Ph & GUILLARD E & GOLDMAN B**, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec , Paris, France , 1996.
33. **HEUZEV**,la réglementation francais de contrats internationaux ,gln joly,Paris,1990.

34. **Huetj** : les principaux contrats,L.G.D.J, Paris, 1996.
35. **J. CALAIS-AULOY**, droit de la consommation, 3éme éd, Dalloz, Paris , 1992.
36. **Jaques mestre et Jean-Christophe Roda**, Les principales clauses des contrats d'affaire, Lextenso édition, Point delta, paris, 2011.
37. **KAHN Philippe,** Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux : l'expérience Française, in le contrat économique international, Ed Brulant, Bruxelles, 1975.
38. **Kassis.A** : le nouveau droit européen des contrats internationaux, L.G.D.J. Paris, 1993.
39. **M. TERARI TANI,** Droit Algérien de l'arbitrage commercial international, 1 Ed, Ed. BERTI, Alger, 2007.
40. **Mousseron (j-M),** Technique contractuelle, Edition juridique le fèbre, Paris, France, 1988.
41. **Oppetit Bruno**, Droit du commerce international, puf, paris, 1977.
42. **PH. STOFFEL-MUNCK**, regards sur la théorie de l'imprévision, P.U.AIX. MARSEILLE, 1994.
43. **Philippe Denis**, changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle, bruylant, bruxelles, 1986.
44. **Reine al alchkar**, Clause de hard ship et clause d'amiable composition, Thèse doctorat en droit privé, université paris II, 2010.
45. **Schmitthoff(cliva)**, the sources of the law of international trade, Stevens & Sons Ltd law publishers, london,1964,p3.
46. **Simon Hotte**, La rupture du contrat international, préface Jean-Michel jaquet, tome28, édition alpha, Paris, France, 2009, P 164.
47. **TRARI TANI Mostefa & PISSOORT William & SAERENS Patrick**, Le droit commercial international, éd BERTI, Alger, 2007.
48. **WITZ Claude**, les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale, convention des nations unies du 11 avril 1980 », LGDJ, Paris, 1995.

C- Thèses:

1. **Blanc (G),** le contrat d'équipement industriel, l'exemple algérien, Thèse doctorat en droit, Aix Marseille, 1980.
2. **BLANC Gérard**, Le contrat international d'équipement industriel, exemple de l'Algérie, Thèse de Doctorat d'Etat de droit privé,Aix- Marseille, 1980.
3. **F. CABAS**, les clauses de hardship, thèses, Doctorat 3ème cycle, Montpellier, 1981
4. **I.ROCHFELAIRE**, l'aménagement de la force majeure dans les contrats: essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée, thèse de doctorat, université de Poitiers, 2012
5. **M. ALMEIDA PRADO**, Le hardship dans le droit du commerce international, Bruylant, Bruxelles ,Belgique, 2003.
6. **R. ALACHKAR**, clause de hardship et clause d'amiable composition, thèse Doctorat, Paris II, 2010.
7. **Yessad Houria**, Le contrat de vente internationale de marchandises, Thèse doctorat en droit, Université moloud mammeri de tizi-ouzou, 2008.

D- Articles :

1. **A.PLANQUELLE**, Obligation de moyens, obligation de résultat, La Revue trimestrielle de droit civil, RTD.civ, Dalloz, France, 1972, p.334.
2. **ALMEIDA PRADO Mauricio**, « La pratique des clauses de force majeure dans les contrats de construction », in; la rédaction des contrats internationaux (conseils aux praticiens & approche de droit comparé), BRUYLANT, Bruxelles, 2012, pp 13-28.
3. **BELLOCQ Christine**, « La force majeure et la frustration devant le tribunal des différends irano-américains », DPCI, T22, n°3, Paris, 1996, pp 406-432.
4. **Ben cheneb Ali**, Négotiation des clauses contractuelles et droit applicable, Actes du siminaire sur la négociation des contrats internationaux, Chambre de commerce,Alger, décembre, 1993.
5. **Ben Mohamed Ali** « Arbitrage international : Le nom de L'Algérie de plus en plus cité », L'éco n°69, (Bimensuel de l'économie et de la finance), 2013, p 36.
6. **BERNHEIM-DESVAUX Sabine**, « La clause de renégociation », revue Contrats Concurrence Consommation n° 2, Paris, 2014, pp 41- 42.
7. **BORELLO Marc**, « contrat de vente : limiter ses risques en cas de retard ou de livraison d'un bien non conforme », in, la rédaction des contrats internationaux, BRUYLANT, Bruxelles, 2012, pp 29-45.
8. **BOUGETTE Patrice, MONTET Christian et VENAYRE Florent**, « l'adaptation légale de la stratégie de l'entreprise aux contraintes du droit de la concurrence », revue conc-cons, n° 144, janvierfévrier 2006, Paris, 2006, pp 11-23.
9. **CASTELLET Lorena**, « L'application de la Convention de Vienne aux Etats-Unis (CVIM) », RDAI, n°5, Paris, 1999, pp 582-595.
10. **Fabrice Patrizio**, avocat associé du cabinet Archers, Théorie de l'imprévision : A quoi sert le nouvel article 1195 du Code civil ? le monde du droit, le magazine des professions juridiques, France, 15/09/2016.
11. **Fontaine Marcel**, Les clauses de force majeure dans les contrats Internationaux, revue de droit et pratique de commerce international, 1979.
12. **Francois Knoefler**, le contrat dans le nouveau droit international privé suisse, in: Le nouveau droit international privé Suisse, Dessemontet éd, Cedidac, Lausanne,Suisse,1988, pp 79-105.
13. **GOLDMAN Berthold**, Lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux :réalités et perspectives, JDI, n°3, Paris, France, 1979.
14. **H. ULLMANN,** Droit et pratique des chausses de hardship dans le système juridique américain, R. D. A. I., N° 7, 1988.
15. **Hanotiau B** : la clause pénale en droit americain, DPCI, Paris,1982,p518.
16. **Kahn (Ph),** Force majeure et contrats internationaux de longue durée, J.D.I, 1975, p 479ets.
17. **Kahn (Ph),** La théorie de l'imprévision en droit comparé, dr. prot. Com.int, 1976n1.
18. **Khan Philippe** , La lex mercatoria et pratique de contrats internationaux, Journée d'étude juridique jean Dabin, Bruxelles, paris, Bruyant et pèdone, 1975,p199.
19. **Kneophler francois**, le contrat dans le nouveau droit international privé suisse,travaux des journées d'étude organisées par le centre du droit de l'entreprise, les 09 et 10 octobre 1987, a l'université de lousanne 1988.

20. **Lambert**,« Sources du droit comparé ou supranational. Législation uniforme et jurisprudence comparative », Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény Tome III, tiré à part, Paris Libraire du Recueil Sirey 1935, pp. 478–510.
21. **M.FONTAINE,**« les clauses de hardship » aménagements conventionnels de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme, D.P.C.I., Mars 1976, p42.
22. **MANN**, Lex Facit Arbitrum, in International Commercial Arbitration, Liber Amicorum for Domke MEHREN Leiden, pays- bas, 1967, p. 160.
23. **Mayer(Pierre)**, droit international privé, LGDJ, 4 ème édition, paris 1991,n05,p 11 et 12.
24. **OPPETIT (B),** Contrats économiques internationaux, les clauses de "hard ship", Dr.prat.com.int,paris, France, 1975.
25. **OPPETIT (B),** L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances, la clause de HARD, ship J.D.I, clunet, France,1974, n2.
26. **Oppetit(B),** La theorie de l'imprévision en droit comparé, annexe n°1, rev. dr, prat, com.int, paris, France, France, 1976, p 45.
27. **P. accaoui – lorfing**, The contractually unforeseen renegotiation, R. D.A.I, N° 1, France, 2010, p p35- 145
28. **Philippe kalgl,** l'article 1134 du code civil est mort, vive l'article 1134, les petites affiches des Alpes-Maritimes, hebdomadaire d'information juridique, économiques, politique et général, 27 mai 2016.
29. **Terki Nour Eddine**, L'imprévision et le contrat international dans le code civil algérien, Revue de droit et pratique de commerce international. 1982.
30. **Terki Nour-eddine**, Les clauses de force majeure et de hard ship dans les contrats internationaux, revue algerienne des sciences juridiques, economiques et politiques décembre, n02, université d'alger, faculté de droit, 2010, p 11.
31. **Ulman (h)**, droit et pratique des clauses de hard ship dans le système pratique américaine, revue dr, aff, int, Paris, France, 1998, p 889.
32. **V. R. FABRE**, les clauses d'adaptation dans les contrats, La Revue trimestrielle de droit civilRTD.civ, Dalloz, France, 1983, p 25.
33. **VAN OMMESLAGHE (pierre),** Les clauses de force majeure et l'imprévision (HARD SHIP) dans les contrats internationaux, Revue de droit international et de droit comparé,France, 1980,n1.
34. **Véronique ranouil**, l'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept, presse universitaire de France, p 19.

E- les conventions internationales :

1. **Convention LA HAY 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.**
   http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=31.
2. **Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères** ("Convention de New York") (New York, 1958), Entrée en vigueur: La Convention est entrée en vigueur le 7 juin 1959 (article XII).
   https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards.

3. **Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York,** 1974), Date d'adoption: 14 juin 1974, Date d'adoption du Protocole modifiant la Convention: 11 avril 1980, Entrée en vigueur: 1er août 1988.
https://uncitral.un.org/fr/texts/salegoods/conventions/limitation_period_international_sale_of_goods.
4. **Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer** ("Règles de Hambourg") (Hambourg, 1978), Entrée en vigueur: 1er novembre 1992, Adoptée par une conférence diplomatique le 31 mars 1978.
https://uncitral.un.org/fr/texts/transportgoods/conventions/hamburg_rules.
5. **Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne,1980)** (CVIM), Date d'adoption: 11 avril 1980, Entrée en vigueur: 1er janvier 1988.
https://uncitral.un.org/fr/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg.
6. **Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux** (New York, 1988), (10 DÉPÔTS D'INSTRUMENT SONT REQUIS POUR L'ENTRÉE EN VIGUEUR DE LA CONVENTION).
https://uncitral.un.org/fr/texts/payments/conventions/bills_of_exchange.
7. **Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international** (Vienne, 1991), Adoptée par une conférence diplomatique le 19 avril 1991.
https://uncitral.un.org/fr/texts/transportgoods/conventions/liability_of_operators_of_transport_terminals.
8. **Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by** (New York, 1995), Entrée en vigueur: 1 er janvier 2000, Adoptée par l'Assemblée générale le 11 décembre 1995.
https://uncitral.un.org/fr/texts/payments/conventions/independent_guarantees.
9. **Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international** (New York, 2001), Date d'adoption: 12 décembre 2001.
https://uncitral.un.org/fr/texts/securityinterests/conventions/receivables.
10. **Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux** (New York, 2005), Date d'adoption: 23 novembre 2005, Entrée en vigueur: 1 er mars 2013.
https://uncitral.un.org/fr/texts/ecommerce/conventions/electronic_communications.
11. **Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer** ("Règles de Rotterdam") (New York, 2008), Adoptée par l'Assemblée générale le 11 décembre 2008.
https://uncitral.un.org/fr/texts/transportgoods/conventions/rotterdam_rules.
12. **Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (New York, 2014)** ("Convention de Maurice sur la transparence"), Date d'adoption: 10 décembre 2014, Entrée en vigueur: 18 octobre 2017.
https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards.
13. **Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (New York, 2014)** ("Convention de Maurice sur la transparence"), Date d'adoption: 10 décembre 2014, Entrée en vigueur: 18 octobre 2017.
https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/conventions/transparency
14. **Les principes d'UNIDROIT relatif aux contrats du commerce international**, institut international pour l'unification de droit privé, édition 2016,
http://www.unidroit.org.

15. **Convention des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation (Convention de Singapour sur la Médiation)**, Date d'adoption : 20 décembre 2018, Ouverture à la signature : le 7 août 2019 à Singapour et, par la suite, au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York.
https://uncitral.un.org/fr/content/convention-des-nations-unies-sur-les-accords-de-r%C3%A8glement-internationaux-issus-de-la.
16. **Principes Européen de droit des contras.**
http://lexinter.net/JF/principes_europeens_des_contrats.htm.

F- Lois types :

1. **Disposition relative à l'unité de compte et dispositions relatives à l'ajustement de la limite de la responsabilité dans les conventions sur les transports internationaux** (1982),Adoptée par la CNUDCI le 28 juillet 1982.
https://uncitral.un.org/fr/texts/transportgoods/modelprovisions/liability_in_international_transport.
2. **Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international** (1985) avec les amendements adoptés en 2006.
https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration.
3. **Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux** (1992) Adoptée par la CNUDCI le 15 mai 1992.
https://uncitral.un.org/fr/texts/payments/modellaw/credit_transfers.
4. **Loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés de biens et construction** (1993), Adoptée par la CNUDCI le 16 juillet 1993.
https://uncitral.un.org/fr/texts/procurement/modellaw/procurement_of_goods_construction.
5. **Loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés de biens, de travaux et de services** (1994), Adoptée par la CNUDCI le 15 juin 1994.
https://uncitral.un.org/fr/texts/procurement/modellaw/procurement_of_goods_construction_and_services.
6. **Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique** (1996), Date d'adoption: 12 juin 1996 (le nouvel article 5 bis a été adopté en 1998).
https://uncitral.un.org/fr/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce.
7. **Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale** (1997), Date d'adoption: 30 mai 1997.
https://uncitral.un.org/fr/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency.
8. **Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques** (2001), Date d'adoption: 5 juillet 2001.
https://uncitral.un.org/fr/texts/ecommerce/modellaw/electronic_signatures.
9. **Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics** (2011), Date d'adoption : 1er juillet 2011.
https://uncitral.un.org/fr/texts/procurement/modellaw/public_procurement.
10. **Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières** (2016)
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/19-08780_f_ebook.pdf.
11. **Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières**: Guide pour l'incorporation dans le droit interne (2017).
https://uncitral.un.org/fr/texts/securityinterests/modellaw/secured_transactions/guide_to_enactment.
12. **Loi type de la CNUDCI sur les documents transférables électroniques** (2017), Date d'adoption :13 juillet 2017.
https://uncitral.un.org/fr/texts/ecommerce/modellaw/electronic_transferable_records.

13. **Loi type de la CNUDCI sur la médiation commerciale internationale et les accords de règlement internationaux issus de la médiation** (2018), (modifiant la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale de 2002).
https://uncitral.un.org/fr/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation.
14. **Loi type de la CNUDCI sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité et Guide pour son incorporation** (2018), Date d'adoption : 2 juillet 2018.
https://uncitral.un.org/fr/texts/insolvency/modellaw/mlij.
15. **Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises** (2019), Date d'adoption : 15 juillet 2019.
https://uncitral.un.org/fr/mlegi.

G- Textes explicatifs :

1. **Recommandations visant à aider les institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés en cas d'arbitrages régis par le règlement d'arbitrage de la CNUDCI** (1976), Adoptées par la CNUDCI en 1982.
https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/explanatorytexts/recommendations/arbitration_rules_interested_bodies.
2. **Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles** (1987), Adopté par la CNUDCI le 14 août 1987.
https://uncitral.un.org/fr/texts/procurement/explanatorytexts/construction_of_industrial_works.
3. **Guide juridique de la CNUDI sur les transferts électroniques de fonds** (1987).
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/lg_e-fundstransfer-f.pdf.
4. **Guide juridique de la CNUDCI pour les opérations d'échanges compensés (1992)**, Adopté par la CNUDCI le 12 mai 1992.
https://uncitral.un.org/fr/texts/salegoods/explanatorytexts/countertrade_transactions.
5. **recommandation relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères** conclue à New York, le 10 juin 1958 (2006), Recommandation adoptée par la CNUDCI le 7 juillet 2006.
https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/explanatorytexts/recommendations/foreign_arbitral_awards.
6. **Promouvoir la confiance dans le commerce électronique: questions juridiques relatives à l'utilisation internationale des méthodes d'authentification et de signature électroniques** (2007).
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/08-55699_ebook.pdf.
7. **Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale** (2009), Date d'adoption :1 er juillet 2009.
https://uncitral.un.org/fr/texts/insolvency/explanatorytexts/practice_guide_cross-border_insolvency.
8. **Recommandations visant à aider les institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés en cas d'arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI** (révisé en 2010), Date d'adoption: 2 juillet 2012.
https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/explanatorytexts/recommendations/arbitral_institutions_2010.
9. **Reconnaître et prévenir la fraude commerciale:** indicateurs de fraude commerciale (2013).
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/recognizing-and-preventing-commercial-fraud-f.pdf.

10. **Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales** (2016), Initialement adopté par la CNUDCI en 1996.
https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/explanatorytexts/organizing_arbitral_proceedings.
11. **Guide du secrétariat de la CNUDCI sur la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères** (New York, 1958), Édition 2016.
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/e-book-f.pdf.
12. **Notes techniques sur le règlement des litiges en ligne (2016).**
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/v1700383-1_french_technical_notes_on_odr_0.pdf.
13. **Le Guide législatif de la CNUDCI sur les grands principes d'un registre des entreprises** (2019).
https://uncitral.un.org/fr/texts/msmes/legislativeguides/business_registry.
14. **Aide-mémoire sur les principales questions liées aux contrats d'informatique en nuage** (établi par le secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 2019).
https://uncitral.un.org/fr/cloud
15. **Textes de la CNUDCI, de la Conférence de La Haye et d'Unidroit sur les sûretés**: Comparaison et analyse des principaux éléments des instruments internationaux relatifs aux opérations garanties.
https://uncitral.un.org/fr/texts/securityinterests/explanatorytexts/unidroit_texts_on_security_interests.

H- législations nationales étrangères:

1. **code civile français**, Version au 01 janvier 2021. Promulgué le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII), par Napoléon Bonaparte. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc.

2. **common-law**, l'ensemble des différents systèmes légaux appliqués au Royaume-Uni, élaborée du 11^{e} au 15^{e} siècles.
https://www.britannica.com/topic/common-law.

3. **Il Codice Civile Italiano,** Arrêté royal du 16 mars 1942, n. 262 Approbation du texte du Code civil italien (Publié dans l'édition extraordinaire du Journal Officiel, n°79 du 4 avril 1942), Le Bulletin électronique de droit de Cardozo.
http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm.

4. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB),** code civil Allemagne, le code de base du droit civil allemand, en vigueur en DEU depuis 1900 .
https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/

5. **Restatements of the Law**, ensemble de traités sur des sujets juridiques qui visent à informer les juges et les avocats au sujet des principes généraux du Common law, American Law Institute, 1923, 1962, 1979, 1981.
https://www.ali.org/.

فهرس المحتويات

مقدمـــــــــــــة: **2**

الباب الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة، ومدى ملاءمتها لحكم عقود التجارة الدولية. **13**

الفصل الأول: تباين موقف مختلف الأنظمة القانونية من نظرية الظروف الطارئة. **18**

المبحث الأول: نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة. **20**

المطلب الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة. **21**

الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة. **23**

أولا: التعريف اللغوي لنظرية الظروف الطارئة..... 23

أ/ الظروف:..... 23

ب/ الطارئة: 24

ثانيا: التعريف الاصطلاحي لنظرية الظروف الطارئة..... 24

ثالثا: طبيعة الظروف الطارئة وصورها. 25

1- حوادث طبيعية: 25

2- الحوادث غير الطبيعية: 25

3- الإجراءات التشريعية أو الإدارية غير العادية: 25

رابعا: التطور التاريخي لنظرية الظروف الطارئة. 26

1- قانون حمو رابي: 26

2- القانون الإغريقي:..... 27

3- القانون الروماني:..... 27

4- القانون الكنسي: 28

5- القانون الفرنسي القديم:..... 29

خامسا: الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة. 29

أ / الأسس والمبادئ المقررة في القانون. 30

1- مبدأ العدالة:.....30
2- مبدأ الإثراء بلا سبب: 30
أ- إمكانية كون الإثراء بلا سبب أساس لإعمال نظرية الظروف الطارئة: 31
ب- عدم اعتماد الإثراء بلا سبب كأساس لإعمال نظرية الظروف الطارئة:.....31
3- مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق:.....32
4- نظرية الغبن: 32
ب/ الأسس والمبادئ المقررة في الفقه. 33
1- مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية: 33
2- مبدأ التوازن في الالتزامات بين المتعاقدين:.....34
الفرع الثاني: شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة.....35
أولا: الشروط المتعلقة بالظرف الطارئ. 35
-1 أن يكون الظرف الطارئ استثنائيا: 35
-2 أن يكون الظرف الطارئ عاما: 36
-3 أن يكون الظرف الطارئ فجائيا:.....37
ثانيا: الشروط المتعلقة بالمتعاقد. 38
1- الإرهاق: 38
2- عدم القدرة على الدفع:.....39
3- عدم الإرادية:.....39
الفرع الثالث: مدى إمكانية خضوع عقود التجارة الدولية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.....40
أولا: العقود الخاضعة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة: 40
1- العقود الملزمة لجانبين: 40
2- العقود المحددة:.....41
3-العقود المستمرة. 41

ثانيا: العقود المستبعدة من الخضوع لنظرية الظروف الطارئة. 44
1- العقود الفورية: 45
2- العقود الاحتمالية: 45
3- العقود التبرعية: 47
الفرع الرابع: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن الأنظمة المشابهة لها. 47
أولا: الفرق بين نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة.....48
ثانيا: الفرق بين نظرية الظروف الطارئة والجوائح. 51
ثالثا: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن عقود الاذعان. 51
رابعا: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن الغبن اللاحق. 52
خامسا: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن الاستغلال.....53
المطلب الثاني: عدم اختلاف شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة في قانون التجارة الدولية عنه في القوانين الوطنية. 54
الفرع الأول: الخلاف الاصطلاحي حول التسمية الصحيحة لقانون التجارة الدولية. 55
أولا: قانون التجار.....56
ثانيا: قانون التجارة الدولية.....57
ثالثا: قانون التجارة الدولي. 57
الفرع الثاني: تعريف عقود التجارة الدولية. 58
أولا: المعيار العضوي.....60
ثانيا: المعيار الموضوعي. 60
ثالثا: تعريف الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية. 61
رابعا: تعريف العقود الدولية طبقا لاتفاقية روما. 62
الفرع الثالث: صعوبة تحديد تجارية العقد الدولي. 62
أ- ميزة العقد النموذجي.....63

ب- ميزة الشروط العامة. 64
جـ- الميزة التجارية للعقد الدولي. 64
د- سلطان الإرادة.....64
الفرع الرابع: شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة طبقا لأحكام قوانين التجارة الدولية. 64
أولا: القانون الدولي العام. 65
ثانيا: القانون الإداري. 66
ثالثا: نظرية الظروف الطارئة في القانون الخاص. 70
أ- الإتجاه الرافض لإعمال نظرية الظروف الطارئة في القوانين الخاصة:.....70
ب- الاتجاه المؤيد لإعمال نظرية الظروف الطارئة في القوانين الخاصة: 71
المبحث الثاني: موقف التشريعات الأجنبية من مسألة تغير الظروف واختلال التوازن العقدي. 73
المطلب الأول: موقف النظام اللاتيني من مسألة اختلال التوازن العقدي بسبب الظروف الطارئة.....74
الفرع الأول: استحالة تنفيذ العقد بسبب القوة القاهرة في القانون الفرنسي. 75
الفرع الثاني: رفض القانون والقضاء الفرنسيين تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة. 76
الفرع الثالث: تغير موقف المشرع الفرنسي من تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة بعد الأمر 2016-131. 79
أولا: شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة وفق المشرع الفرنسي.....82
1- تغير الظروف بصفة مفاجئة وغير متوقعة عما كانت وقت إبرام العقد:.....83
2- حدوث تغيير يجعل من تنفيذ العقد أمرا مرهقا: 83
3- عدم قبول الطرف المتضرر من تغير الظروف تحمل المخاطر:.....84
ثانيا: مراحل تنفيذ نظرية الظروف الطارئة طبقا للمادة 1195 من القانون المدني الفرنسي.....84
المرحلة الأولى: طلب التفاوض حول العقد.....85
المرحلة الثانية: إتفاق الأطراف المتعاقدة على إنهاء العقد أو طلبهما المشترك تعديله من القاضي.....85
المرحلة الثالثة: طلب أحد الأطراف من القاضي تعديل العقد أو إنهائه. 86

الفرع الرابع: موقف القضاء الإداري الفرنسي من نظرية الظروف الطارئة. 88

أولا: نظرية فعل الأمير. 89

ثانيا : نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة. 89

المطلب الثاني: موقف النظامين الأنجلوساكسوني والجرماني من مسألة تغير الظروف. 91

الفرع الأول: رفض النظام القانوني الإنجليزي إعمال النظرية مبدئيا.....92

الفرع الثاني: دور نظرية الاستحالة في تخفيف الموقف الإنجليزي من تغير الظروف. 94

أولا: الاستحالة المادية **impossibility**. 95

ثانيا: الاستحالة الشخصية (المعنوية) أو انهيار الأساس العقدي. 96

ثالثا: الاستحالة القانونية. 98

رابعا: الاستحالة الاقتصادية. **Frustration**. 98

الفرع الثالث: اعتماد المشرع الألماني على نظرية الاستحالة كموقف سابق لاعتماد نظرية الظروف الطارئة. 100

الفرع الرابع: دور مبدأ حسن النية في اعتماد القانون والقضاء الألمانيين لنظرية الظروف الطارئة. ...102

الفصل الثاني: عقود التجارة الدولية المجال الخصب لإعمال نظرية الظروف الطارئة. 105

المبحث الأول: دور الإرادة في تدويل النظام القانوني لعقود التجارة الدولية.....107

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. 109

الفرع الأول: نشأة وتطور قانون الإرادة 110

أولا: التطور التاريخي لإسناد عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة.....111

ثانيا: الأساس القانوني لمبدأ الإرادة.....113

الفرع الثاني: دور إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية 114

أولا: النظرية الشخصية. 114

ثانيا: النظرية الموضوعية (مبدأ سلطان القانون).....114

الفرع الثالث: مدى إمكانية خضوع عقود التجارة الدولية للقانون عبر الدولي.....114

أولا: تعريف النظام القانوني عبر الدولي. 115

ثانيا: خصائص النظام القانوني عبر الدولي. 115
1- نظام قانوني مختلط بين القانون الدولي العام والقانون الداخلي.....115
2- اختلاف أساس تطبيق القانون عبر الدولي على عقود التجارة الدولية. 115
الاتجاه الأول: المبادئ العامة للقانون.....116
الاتجاه الثاني: اعتبار القانون عبر الدولي قانونا للتجار.....116
ثالثا: نقد فكرة اعتبار القانون عبر الدولي هو ذاته قانون التجار أو القانون التجاري الدولي.....117
المطلب الثاني: المعايير المتبعة في تكييف عقود التجارة الدولية.....118
الفرع الأول: المعيار القانوني (النظرية الشخصية). 119
أولا: الاتجاه الموسع. 121
ثانيا: الاتجاه المضيق. 121
أ- الدولية المطلقة للعقد (الدولية الموضوعية).....123
ب- الدولية النسبية للعقد (الدولية الشخصية). 124
الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي (النظرية الموضوعية).....125
الفرع الثالث: الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي وموقف المشرع الجزائري. 129
أولا: موقف المشرع الفرنسي والأوربي. 129
ثانيا: موقف المشرع الجزائري بخصوص دولية العقود التجارية. 131
الفرع الرابع: عدم ملاءمة القوانين الوطنية لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية. 132
أولا: تعارض القوانين الوطنية مع عقود التجارة الدولية.....132
ثانيا: تعارض القواعد المختارة مع القوانين الدولية. 133
المبحث الثاني: مدى معيارية قانون التجارة الدولية بوصفه قانونا للعقد التجاري الدولي. 135
المطلب الأول: عدم تمتع القوانين التي تخضع لها عقود التجار الدولية بالطبيعة الوضعية وضرورة خضوعها للأنظمة القانونية الداخلية. 136
الفرع الأول: تخلف الركن المعياري عن النظام القانوني الذي يحكم عقود التجارة الدولية. 138

أولا: عدم التجريد والعمومية. 138
ثانيا: عدم تمتع القاعدة القانونية في النظام عبر الدولي بالطابع الإلزامي.....139
الفرع الثاني: تخلف الركن المؤسسي في عقود التجارة الدولية. 141
المطلب الثاني: تمتع عقود التجارة الدولية بالطبيعة الوضعية (الإلزام الذاتي). 142
الفرع الأول: وجود الركن المعياري في عقود التجارة الدولية. 143
أولا: خضوع عقود التجارة الدولية لقوانين عامة ومجردة. 143
ثانيا: تمتع القواعد التي تحكم عقود التجارة الدولية بالطابع الإلزامي. 145
الفرع الثاني: وجود الركن المؤسسي في عقود التجارة الدولية. 148
خلاصة الباب الأول 150
الباب الثاني: نظرية الظروف الطارئة في النظام القانوني عبر الدولي.....155
الفصل الأول: الآثار التقليدية المترتبة عن إعمال نظرية الظروف الطارئة.....158
المبحث الأول: وقف تنفيذ وتعديل عقود التجارة الدولية بسبب الظروف الطارئة. 160
المطلب الأول: المقصود بوقف التنفيذ.....160
الفرع الأول: مفهوم وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية بسبب الظروف الطارئة.....161
الفرع الثاني: أساس وقف التنفيذ. 163
أولا: وقف تنفيذ العقد وفق المشرع الجزائري. 164
ثانيا: وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية بسبب العائق طبقا لاتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع 166
ثالثا: وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية وفق اليونيدروا (المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص). 168
أ- مصير عقود التجارة الدولية في حالة الظروف الشاقة. 169
ب- وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية بسبب القوة القاهرة.....172
الفرع الثالث: حالات وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية بسبب الظروف الطارئة. 173
أولا: حالة وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية بسبب الظروف الشاقة.....173

ثانيا: وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية من أجل إعادة التفاوض. 176
الفرع الرابع: الآثار المترتبة عن وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية. 177
أولا: وقف تنفيذ الالتزامات طيلة فترة وقف التنفيذ. 178
ثانيا: إعفاء الأطراف من المسؤولية الناتجة عن عدم التنفيذ.....178
ثالثا: مواصلة تنفيذ العقد بمجرد زوال العائق أو الظرف الطارئ.....179
المطلب الثاني: تعديل عقود التجارة الدولية بسبب الظروف الطارئة. 181
الفرع الأول: معالجة التشريع الجزائري للظروف الطارئة التي تلحق بالعقد.....182
أولا: الاتفاق المسبق للأطراف على استبعاد الظروف الطارئة قبل حدوثها.....182
ثانيا: الاتفاق اللاحق لحدوث الظرف الطارئ.....183
ثالثا: اتفاق الأطراف على حل العقد الذي أصبح مرهقا بسبب الظروف الطارئة (التقايل).....183
رابعا: اتفاق الأطراف على تعديل العقد المرهق. 184
أ- التجديد بتغيير الدين:.....185
ب- التجديد بتغيير الدائن : 186
جـ- التجديد بتغير المدين : 187
د- دعوى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. 187
الفرع الثاني: تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة وفق التشريع الفرنسي. 188
أولا: طلب إعادة التفاوض حول العقد بسبب الظروف الطارئة.....189
ثانيا: اتفاق الطرفين على انهاء العقد أو توجيه طلب مشترك لتعديله من قبل القاضي. 190
ثالثا: طلب المدين بصفة فردية من القاضي تعديل العقد أو إنهائه. 191
الفرع الثالث: تعديل عقود التجارة الدولية بسبب الظروف الطارئة وفق الاتفاقيات والمعاهدات الدولية.192
أولا: تعديل عقود التجارة الدولية بسبب الظروف الشاقة وفق اليونيدروا.....192
أ- شروط توافر الظروف الشاقة وفق المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص.....193
1- وقوع الأحداث بعد إبرام العقد.....194

2- عدم التوقع. 195
3- عدم إمكانية السيطرة على الأحداث. 195
4- عدم تحمل تبعة المخاطر. 195
ب- تعديل العقد كأثر من آثار الظروف الشاقة وفق اليونيدروا 197
ثانيا: تعديل عقود التجارة الدولية وفق لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي **(CNUDCI)**. 200
الفرع الرابع: دور القاضي في تعديل عقود التجارة الدولية بسبب تغير الظروف. 202
أولا: مغايرة دور القاضي في تعديل العقد. 205
ثانيا: حدود سلطة القاضي في تعديل العقد التجاري الدولي المختل بسبب الظروف الطارئة. 207
أ- تقدير القاضي لوجود الظروف الطارئة. 207
1- زيادة تكاليف أحد الأطراف :..... 208
2- انخفاض مقابل الأداء : 208
ب- رفع الإرهاق الناتج عن الظروف الشاقة :..... 209
1- رفع الإرهاق عن طريق إنقاص إلتزامات المدين. 210
أ- الإنقاص في الكمية:..... 210
ب- الانقاص في الكيف (النوعية) : 210
2- رفع الإرهاق عن طريق زيادة التزامات الطرف المقابل :..... 211
المبحث الثاني: العائق وفق اتفاقية فيينا كوسيلة لمعالجة استحالة تنفيذ العقد التجاري الدولي..... 213
المطلب الأول: مفهوم العائق وفق اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع. 214
الفرع الأول: تعريف العائق. 215
الفرع الثاني: الفرق بين العائق ونظرية الظروف الطارئة. 217
الفرع الثالث: صور العائق وفق اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع. 221
أولا: العائق الدائم. 221
أ- العائق الكلي:..... 223

ب- العائق الجزئي: 223
ثانيا: العائق المؤقت..... 223
الفرع الرابع: شروط العائق..... 224
أولا: وجود عائق خارج عن إرادة المتعاقد المتضرر..... 225
ثانيا: العائق غير متوقع..... 226
ثالثا: عدم القدرة على تجنب العائق. 228
رابعا: توجيه إخطار بعدم التنفيذ. 230
الحالة الأولى: تعديل العقد..... 231
الحالة الثانية: وقف تنفيذ العقد مؤقتا. 232
الحالة الثالثة: إعلان الدائن فسخ العقد. 232
المطلب الثاني: آثار العائق على عقود التجارة الدولية. 233
الفرع الأول: وقف تنفيذ العقد الدولي بسبب العائق. 234
أولا: تعريف وقف تنفيذ الالتزام..... 234
ثانيا: شروط وقف تنفيذ الإلتزام. 235
1- أن يكون العائق مؤقتا ومعلوم المدة..... 235
2- عدم تأثر العقد بطول مدة وقف التنفيذ. 236
الفرع الثاني: الإعفاء من مسؤولية عدم التنفيذ. 238
أولا: إعفاء المدين من مسؤولية عدم التنفيذ..... 239
1- الإعفاء بسبب عائق يصيب أحد الطرفين..... 239
2- الإعفاء بسبب عائق يصيب الغير..... 241
أ/- المقصود بالغير..... 241
ب/- الشروط الواجب توافرها في العائق الذي يصيب الغير..... 242
1- أن يتم إعفاء الغير وفق اتفاقية فيينا : 242

2- أن تكون هناك إمكانية لإعفاء الغير لو طبقت عليه أحكام الاتفاقية : 243
ثانيا: وضعية الدائن تجاه المدين المعفى من المسؤولية بسبب العائق. 244
الفرع الثالث: فسخ العقد بسبب العائق. **246**
أولا: عدم جواز فسخ العقد بسبب العائق إذا كان عدم التنفيذ جزئيا وغير جوهري: 246
ثانيا: صور فسخ العقد بسبب العائق 248
1- الإنفساخ الاتفاقي: 249
2- الإنفساخ القانوني: 250
أ- ضرورة وجود إخطار سابق للفسخ. 250
ب- عدم جواز منح مهلة إضافية من أجل تفادي الفسخ. 251
جـ- تقييد حكم التنفيذ العيني وفق اتفاقية فيينا. 252
الفصل الثاني: الالتزام بإعادة التفاوض كأثر مستحدث للظروف الطارئة في مجال عقود التجارة الدولية. **255**
المبحث الأول: دور شرط إعادة التفاوض في مواجهة الظروف الطارئة التي تلحق بعقود التجارة الدولية. **257**
المطلب الأول: المقصود بإعادة التفاوض في العقود الدولية بسبب تغير الظروف **258**
الفرع الأول: مفهوم إعادة التفاوض. **259**
أولا: تعريف شرط إعادة التفاوض. 259
1- التطور التاريخي للشروط التي سبقت شرط إعادة التفاوض. 259
أ- شرط الإبقاء والمحافظة على القيمة . **La clause d'indexation.** 259
ب- شرط التوافق مع العروض المنافسة. **La clause d'alignement sur offres concurentes** 260
جـ- شرط الاسترجاع الحكومي **.clause gouvernement take** 260
2- التعريف الفقهي لشرط إعادة التفاوض. 261
3- تعريف الهيئات الدولية لشرط إعادة التفاوض. 262
أ- تعريف المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (اليونيدروا) لشرط إعادة التفاوض. 262
ب- تعريف غرفة التجارة الدولية لشرط إعادة التفاوض. 265

ثانيا: الأساس القانوني للالتزام بإعادة التفاوض، وموقف المشرع الجزائري.....265
1-أساس إعادة التفاوض عند وجود شرط إعادة التفاوض.**la renégociation contractuelle prévue**.....266
2- أساس التفاوض عند غياب شرط إعادة التفاوض (مبدأ حسن النية).....266
3- موقف المشرع الجزائري من شرط إعادة التفاوض.....268
الفرع الثاني: شروط إعمال إعادة التفاوض بسبب الظروف الطارئة.....272
أولا: العناصر المتعلقة بالحادث.....273
أ- عمومية الحادث: 273
ب- استثنائية الحادث :.....274
جـ- أن يؤدي إلى اختلال توازن العقد : 275
1- المعيار الموضوعي لتقدير اختلال التوازن.....275
2- المعيار الشخصي لتقدير اختلال التوازن. 275
3- المعيار المختلط لتقدير اختلال التوازن. 276
ثانيا: العناصر المتعلقة بالمدين. 277
أ- عدم التوقع : 277
ب- حادث خارج عن إرادة الأطراف. 279
جـ- عدم تحمل تبعة المخاطر من الطرف المضرور.....279
المطلب الثاني: دور نظرية الظروف الطارئة في بروز شرط إعادة التفاوض وتمييزه عن المصطلحات المشابهة له 281
الفرع الأول: علاقة نظرية الظروف الطارئة بشرط إعادة التفاوض. 281
أولا: التشريعات التي أخذت بنظرية الظروف الطارئة. 282
1- موقف اليونيدروا من نظرية الظروف الطارئة وشرط إعادة التفاوض. 282
2- موقف المشرع الفرنسي من نظرية الظروف الطارئة وشرط إعادة التفاوض.....282
أ- موقف المشرع الفرنسي قبل 2016 : 283

ب- موقف المشرع الفرنسي بعد سنة 2016 283
3- موقف التشريعات الجزائرية والعربية من الأخذ بكل من نظرية الظروف الطارئة وشرط إعادة التفاوض. 284
ثانيا: التشريعات التي لم تتضمن نظرية الظروف الطارئة. 285
1- موقف القضاء الألماني من نظرية الظروف الطارئة وشرط إعادة التفاوض. 286
2- موقف القضاء والفقه الإنجليزيين من نظرية الظروف الطارئة وشرط إعادة التفاوض. 286
الفرع الثاني: تمييز فكرة إعادة التفاوض عن المصطلحات المشابهة. 288
أولا: شرط إعادة التفاوض والقوة القاهرة..... 288
أ- المفهوم التقليدي للقوة القاهرة يتعارض مع شرط إعادة التفاوض. 288
ب- توافق المفهوم الحديث للقوة القاهرة مع شرط إعادة التفاوض..... 291
ثانيا: شرط إعادة التفاوض وشروط تعديل العقد. 293
1- مختلف صيغ شروط تعديل العقد..... 293
أ- شرط المحافظ على القيمة **les clauses de maintien de valeur**..... 294
ب- شرط تغير القيمة على أساس مؤشر أو أكثر **la clause d'indexation** 294
2- أوجه الشبه والاختلاف بين شرط إعادة التفاوض وشروط تعديل العقد :..... 296
ثالثا: شرط إعادة التفاوض والتعديل الاتفاقي للعقد. 298
المبحث الثاني: مصير عقود التجارة الدولية المختل توازنها بسبب الظروف الطارئة. 300
المطلب الأول: مصير عقود التجارة الدولية أثناء إعادة التفاوض. 301
الفرع الأول: متابعة تنفيذ العقد. 301
أولا: النص الصريح على متابعة تنفيذ العقد أثناء مرحة التفاوض. 302
ثانيا: عدم اتفاق الأطراف على مواصلة تنفيذ العقد في حالة تفعيل شرط إعادة التفاوض. 303
ثالثا: الإجراءات الواجب اتباعها جراء حدوث الظرف الطارئ المستوجب لإعادة التفاوض. 305
1- إلتزام المتضرر بإخطار الطرف الآخر بالحدث المخل بتوازن العقد. 306
2- التفاوض بحسن النية : 309

أ- الإلتزام ببذل عناية أثناء إعادة التفاوض: 310
ب- الإلتزام بتحقيق نتيجة أثناء إعادة التفاوض: 311
الفرع الثاني: الوقف المؤقت لتنفيذ العقد. 312
أولا: تعريف وقف تنفيذ العقد. 312
ثانيا: حالات وقف تنفيذ العقد. 313
أ- وقف تنفيذ العقد باتفاق مسبق من الأطراف. 313
ب- وقف تنفيذ العقد باتفاق لاحق من الأفراد. 314
جـ- وقف تنفيذ العقد بسبب القوة القاهرة. 315
ثالثا: مدة وقف تنفيذ العقد. 317
المطلب الثاني: مصير عقود التجارة الدولية بعد إعادة التفاوض. 318
الفرع الأول: مصير العقد التجاري الدولي في حالة نجاح المفاوضات. 319
أولا: أهمية الالتزام بتخفيف الضرر في إنجاح المفاوضات. 319
1- الالتزام التعاقدي للأطراف بتخفيف الضرر: 319
2- ضرورة تخفيف الضرر حتى دون التزام مسبق من قبل الأطراف المتعاقدة: 320
3- الالتزام بتخفيف الضرر في اتفاقيات التجارة الدولية: 321
4- الاجراءات المتخذة في سبيل تخفيف الضرر. 323
ثانيا: تعديل العقد هو النتيجة الطبيعية لنجاح المفاوضات. 324
أ- الإتفاق الجديد هو عبارة عن عقد جديد. 324
ب- الاتفاق الجديد هو مجرد تعديل للعقد الأصلي: 326
الفرع الثاني: مصير العقد التجاري الدولي في حالة فشل المفاوضات. 328
أولا: تنظيم الأطراف لحالة فشل إعادة التفاوض أثناء إبرام العقد الأصلي. 329
أ- وجود اتفاق مسبق حول فسخ العقد. 329
1- تمتع طرفي العقد بحق الفسخ. 329

2- حق الفسخ معترف به لأحد طرفي العقد فقط. 330
ب- وجود اتفاق مسبق حول وقف تنفيذ العقد. 332
جـ- وجود اتفاق مسبق باللجوء إلى التحكيم. 333
1- دور المحكم في استمرارية العقد في حالة فشل المفاوضات. 333
2- تدخل بعض الأطراف الأخرى لضمان استمرارية العقد التجاري الدولي : 334
أ- الموفق **le conciliateur** 334
ب- الخبير **l'expert** 335
الحالة الأولى: قرار الخبير غير ملزم. 335
الحالة الثانية: قرار الخبير ملزم. 335
ثانيا :عدم تنظيم الأطراف لحالة فشل المفاوضات وقت التعاقد. 336
أ- مواصلة تنفيذ العقد التجاري الدولي الأصلي. 336
ب- اللجوء إلى التحكيم. 338
جـ- تدخل القاضي من أجل تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة وفشل عملية التفاوض. 339
1- موقف المشرع الجزائري. 340
2- موقف المشرع الفرنسي. 341
3- موقف المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص(اليونيدروا): 344
خلاصة الباب الثاني 345
خـــــاتمـــــــــة: 348
الملاحـــــــــــــق 355
قائمة المراجع: 382
فهرس المحتويات 406

الملخص

يتمحور موضوع هذا البحث حول نظرية الظروف الطارئة في عقود التجارة الدولية، باعتبار هذه الأخيرة المجال الخصب لتغير الظروف كونها من العقود المستمرة التي يتراخى تنفيذها لمدة طويلة، وذلك من خلال التركيز أساسا على مختلف الوسائل والحلول العملية والقانونية التي تكفل استمرار تنفيذ هكذا نوع من العقود، رغم ظهور ظروف جديدة وغير متوقعة أثناء إبرامها تجعل من تنفيذها أمرا مرهقا وأكثر تكلفة، إذ تسمح نظرية الظروف الطارئة برفع الإرهاق الواقع على أحد الطرفين أو كليهما.

لطالما كانت فرنسا من أشد المعارضين لفكرة تعديل العقود المختل توازنها بسبب الظروف الطارئة، تحت ذريعة قدسية العقد وضرورة احترام مبدأ سلطان الإرادة، إلا أن المشرع الفرنسي عدل مؤخرا عن رأيه واعترف لأول مرة بنظرية الظروف الطارئة، لما قام بتعديل القانون المدني الفرنسي سنة 2016، كما يجدر التنويه أن هذا الرفض اقتصر على المجال المدني دون الإداري، إذ كان القاضي الإداري الفرنسي سباقا في تطبيق نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية منذ قضية غاز بوردو الشهيرة، كما أن العديد من الدول قد أخذت منذ فترة طويلة بالنظرية على غرار كل من الجزائر، ألمانيا، المملكة المتحدة، الولايات المتحدة، اليابان وإيطاليا.

وستتطرق هذه الدراسة أيضا إلى الدور الهام لكل من المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (اليونيدروا) ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) في إرساء أسس النظرية في عالم التجارة الدولية.

Résumé

Le thème de recherche porte sur La théorie de l'imprévision dans les contrats du commerce international, ces derniers sont la terre d'élection des clauses de hardship, d'adaptation et d'aménagements.Cette étude qui tente d'y contribuer, porte essentiellement sur les différentes techniques conventionnelles et juridiques pouvant maintenir l'exécution des obligations d'un contrat malgré la survenance de circonstances nouvelles et imprévisible au jour de la conclusion du contrat qui rend cette exécution beaucoup plus difficile ou onéreuse.

La théorie de l'imprévision propose de modifier le contrat de manière à soulager le cocontractant surchargé par les circonstances.

Alors que la France a traditionnellement rejetée cette théorie en application du principe de force obligatoire du contrat, a fini par l'intégrée au droit civil par la réforme du droit des contrats de 2016 .

Elle est en revanche continûment appliquée par le juge administratif depuis l'arrêt de La compagnie générale d'éclairage de Bordeaux.

En outre, de nombreux pays ont depuis longtemps adopté la théorie, C'est notamment le cas de l'Algérie, l'Allemagne, du Royaume-Uni, Etats-Unis, Japon, et de l'Italie.

Etant donné l'importante référence que constituent L'institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) et la Commission des Nations Unies de Droit Commercial International (CNUDCI) dans le monde du commerce international, nous envisagerons également, dans le cadre de cette étude, la solution retenue par ces deux organismes.