

جامعة محمد خيضر بسكرة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



# أطروحة دكتوراه

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية  
فرع: الحقوق  
تخصص: قانون أعمال  
رقم : .....

إعداد الطالب:

طيار محمد السعيد

يوم: 1979/02/28

## أثر تغير الظروف على الالتزام العقدي في التجارة الدولية

### لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة بسكرة	أستاذ	دكتوراه	أ/ دبابش عبد الرؤوف
مشرفا ومقررا	جامعة بسكرة	أستاذ	دكتوراه	أ/ عاشور نصر الدين
مناقشا	جامعة باتنة	أستاذ	دكتوراه	أ/ قسوري فهيمة
مناقشا	جامعة المسيلة	أستاذ	دكتوراه	أ/ عجابي إلياس
مناقشا	جامعة بسكرة	أستاذ محاضر أ	دكتوراه	د/ كليبي حسن
مناقشا	جامعة الطارف	أستاذ محاضر أ	دكتوراه	د/ بركات عماد الدين

السنة الجامعية 2024/2023

# شكر وعرفان

---

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، أحمده حمد الشاكرين وأثني عليه ثناء الذاكرين

على منّهِ وكرمه أن وفقني لإتمام هذا العمل.

أنّه لمن دواعي سروري أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ الدكتور " عاشور نصر

الدين " على ما تفضل به من إشراف وتأيير وتوجيه ونصح ، فله كل الإمتنان والتقدير ،

وكذلك أخص بالشكر والتقدير الأساتذة الأفاضل أعضاء اللجنة المناقشة على قبولهم

مناقشة العمل، كما أتقدم بالشكر لكل من ساعدني في هذا العمل الذي اعتبره مساهمة

متواضعة في مجال البحث العلمي.

# الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى روح والدي الطاهرتين رحمهما الله تعالى عليهما  
وأسكنهما فسيح الجنات.

كما أهدي هذا العمل إلى روح أستاذتي المشرفة "شهب حورية" رحمها الله  
تعالى وأسكنها فسيح جناته، وأن يجعله في ميزان حسناتها.

كما أهدي هذا العمل خاصة إلى زوجتي الغالية التي كانت الحافز والداعم لإتمام  
العمل وإلى أبنائي الأعزاء.  
كما أهديه إلى جميع إخوتي.

مقدمة

## مقدمة:

عرفت التجارة الدولية حركية كبيرة بسبب تطور وسائل وأدوات والتبادل التجاري نتيجة السرعة في إنتقال رؤوس الأموال وتدفق السلع والبضائع والخدمات في الأسواق العالمية عبر الإستيراد والتصدير مما إنعكس إيجابا على الميزان التجاري للدول ولا تتم هاته المعاملات إلا عن طريق إتفاق بين أشخاص بإبرام عقود متعلقة بالتجارة الدولية وهاته الأخيرة تخضع في أصلها إلى النظرية العامة للعقود في القوانين الداخلية، بإعتبار أنّ العقد هو اتفاق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، إما بمنح شيء أو أداء عمل أو الامتناع عنه، ويلزم أطرافه بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، و أحيانا ما كان من مستلزماته حسب طبيعة الالتزام والقانون والأعراف وقواعد العدالة، تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة الذي له دور في إبرام العقود وتنفيذها، فإذا اتجهت الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين فتلزم بتنفيذه حسب الشروط المتفق عليها؛ وتمتتع عن كل سلوك يؤدي إلى عدم التنفيذ أو التأخير دون سبب مشروع، فالعقد شريعة المتعاقدين لا يمكن تعديله أو نقضه إلا باتفاق الطرفين، وهذا ما استقر عليه في الأنظمة القانونية الداخلية، كقاعدة ومبدأ معترف به في النظرية العامة للعقود والقيود والاستثناءات التي ترد عليها؛ فهي تتزايد وتتناقص من نظام قانوني لآخر حسب نظرة كل مشرع، وللاعتبارات السياسية والاقتصادية والقانونية وغيرها السائدة في الدولة وفكرة النظام العام والآداب العامة، سواء في المعاملات المدنية والتجارية وهذا على المستوى الوطني.

أما على المستوى الدولي خاصة في مجال العلاقات التجارية الدولية، فإن العقد له دور أساسي وفعال في تبادل وتداول الثروات وأداة تسيير التجارة الدولية ووسيلة للمبادلات الاقتصادية والتجارية عبر الحدود الدولية، وتتنوع العقود بتنوع موضوعاتها كعقود البيع الدولي للبضائع وعقود النقل والتأمين وغيرها من العقود التقليدية، ومع التطور التكنولوجي والتقني الذي عرفته الساحة الدولية ، أثر بشكل إيجابي في

ظهور عقود دولية جديدة كعقود نقل التكنولوجيا وعقود التجارة الإلكترونية وعقود الاستثمار والشراكة وعقود إنشاء المصانع الجاهزة وعقود المفتاح في اليد وعقود التوريد والترخيص وغيرها من العقود التي تحتاج إلى مدة أطول من أجل تنفيذ الالتزامات نظرا لطبيعة العقد وخصوصيته وحجم الأشغال والأعمال والأموال مما يجعله عرضة لتغيير الظروف المحيطة بالعقد وعناصره وشروطه والتزاماته وبنتيجه أثرها على التزامات المتعاقدين إما بجعل أحد التزامات المتعاقدين مرهقا وصعبا يهدده بخسارة فادحة وضرر كبير أو يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، وتختلف الظروف وتتنوع حسب درجة وجسامه المانع أو الحادث ومدته، فقد تكون ظروفًا سياسية وأمنية كحالة الطوارئ أو الحروب أو الانقلابات أو العدوان أو الحصار، أو ظروف دبلوماسية كقطع العلاقات الدبلوماسية وغلغ الحدود ، أو ظروف اقتصادية كالأزمات الاقتصادية، ارتفاع الأسعار وانهيار العملات وإفلاس البنوك، أو ظروف قانونية كصدور قوانين أو تشريعات تمنع الاستيراد والتصدير وتداول رؤوس الأموال وتحويلها بشكل أو بآخر، أو ظروف صحية كحالة انتشار الأوبئة والأمراض المعدية الخطيرة التي تهدد الصحة والسلامة في دول العالم فتلجأ الدول إلى غلق الحدود خوفا من انتقال الوباء وانتشاره وغيرها.

فإذا تعرض العقد التجاري الدولي إلى تغير الظروف المحيطة به بحيث يجعله مستحيل التنفيذ أو صعبا مرهقا لأحد المتعاقدين، فهنا لابد من تدخل قواعد القانون التجاري الدولي من أجل الحفاظ على العقد واستقرار المعاملات التجارية والمراكز القانونية سواء كانت اتفاقيات دولية أو أعرافا أو عادات تجارية أو مبادئ القانون من أجل معالجة مسألة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، خاصة إذا أظهر أطراف العقد رغبتهم في الاستمرار في العلاقة التجارية وبنتيجه تنفيذ الالتزامات العقدية وتحقيق المصالح المرجوة من إبرام العقد، ولعل التطور المستمر والمتزايد لعقود التجارة الدولية وتغير ظروفها واختلاف أسبابها، أصبحت المفاهيم المعروفة في القوانين الداخلية لا تستجيب لواقع عقود التجارة الدولية ومقتضياتها، فمثلا نظرية القوة القاهرة وما يشابهها من نظريات مستقرة في التشريع الداخلي والفقهاء

والقضاء لم تعد تستوعب التطور الحاصل في عقود التجارة الدولية ومستجداتها الاقتصادية والتجارية والتكنولوجيا مما يجعل تطبيقها على هذه العقود غير كاف، والأمر كذلك ينطبق على نظرية الظروف الطارئة بحيث لم تعد أحكامها تتماشى مع متطلبات وحاجات التجارة الدولية خاصة فيما يتعلق بمنح القاضي سلطة تعديل العقد في الحدود التي يرسمها له القانون مع واقع عقود التجارة الدولية التي تتضمن غالبيتها شروط التحكيم لتسوية المنازعات وفضها وتحكمها مجموعة من الاتفاقيات الدولية والأعراف التجارية في مجال التجارة الدولية وكذلك مفاهيم ومصطلحات جديدة أوجدها الواقع الاقتصادي والتجاري والظروف والمستجدات، على سبيل المثال مصطلح القوة القاهرة في القوانين الداخلية يقابله في عقود التجارة الدولية شرط أو حالة الإعفاء أو شرط الاختلال في التوازن المالي والاقتصادي للعقد، أما مصطلح نظرية الظروف الطارئة يقابلها شرط إعادة التفاوض، وكل مفهوم من هذه المفاهيم يمثل نظرية قانونية مستقلة في مفهومها وأركانها وعناصرها وآثارها بالرغم من وجود اختلاف بين الفقهاء و المفكرين في إطلاق التسمية الصحيحة والمناسبة للمصطلحات، فمثلا الفقه الفرنسي لا يلتزم بترجمة حقيقية لشرط إعادة التفاوض، فيطلقون عليه عدة مصطلحات أو تسميات، من بين التسميات شرط الطوارئ أو شرط الحماية أو شرط العدالة أو شرط المراجعة أو شرط الصعوبة.

أما الفقه الإنجليزي فاستعمل في البداية مصطلح frustration أو صعوبة في العقد، ثم عدل عنها نظرا للنتائج المجحفة عند تطبيق المصطلح، فتنبى القانون الإنجلوسكسون فكرة hardship أو شرط إعادة التفاوض عند تغير الظروف بالعقد، أما القانون الأمريكي فيرى الفقيه إيلمان وهو أستاذ أمريكي أن المصطلح المناسب في الفقه والقضاء الأمريكي هو مصطلح شرط الاختلال الكبير crossing equity clauses

أما القانون الجزائري فقد استخدم مصطلح شرط الإرهاق أو الاستحالة التي تؤثر على تنفيذ الالتزامات العقدية، أما الفقه المصري فاختلف الفقهاء في ترجمة شرط إعادة التفاوض، منهم من ترجمه شرط المشقة للأستاذ ثروت الحبيب، ومنهم من استخدم شرط الطوارئ للأستاذ محمود كيلاني.

### أهمية الدراسة:

تهتم الدراسة بموضوع من موضوعات القانون التجاري الدولي وهي العقود التجارية الدولية، فلا تقف عند ماهية العقود ومفاهيمها أو معايير دوليتها أو القانون الواجب التطبيق أو مسألة التحكيم عند فض منازعاتها، وإنما تعالج مسألة من المسائل الجوهرية المرتبطة به وهي مسألة تغير الظروف المحيطة به وبمرحلة من المراحل الأساسية بالعقد وهي مرحلة التنفيذ التي يهدف إليها أطراف العقد لتحقيق مصالحهم حسب الاتفاق وبالتالي تحقيق مصالح التجارة الدولية، ولكن قد يتعرض العقد إلى ظروف خارجية وأسباب أجنبية فجائية غير متوقعة مستقلة عن إرادة المتعاقدين تؤثر بشكل كبير بجعل تنفيذ الالتزامات صعبا ومرهقا لأحدهما يهدده بخسارة فادحة أو ضرر كبير أو يجعل التنفيذ مستحيلا استحالة مطلقة، وبهذا تخرج مجال دراستنا مسألة عدم التنفيذ أو التأخير عن التنفيذ بسبب خطأ أحد المتعاقدين أو تقصيره أو إهماله الذي يترتب قواعد المسؤولية العقدية أو التقصيرية.

إن موضوع الدراسة يتعلق بمسألة تغير الظروف المحيطة بالعقد وبالتالي أثرها على تنفيذ الالتزامات العقدية، وظهور وضع جديد لم يعرفه المتعاقدان ناتج عن أسباب وحوادث خارجية لا علاقة لها بالأطراف وسلوكهم يؤثر بشكل مباشر مما يجعل تنفيذ الالتزام إما مرهقا وصعبا أو مستحيلا، وبالتالي تتدخل قواعد القانون التجاري الدولي لمعالجة الوضع القائم والجديد بوسائل قانونية سواء كانت اتفاقيات دولية أو أعرافا أو عادات تجارية أو مبادئ عامة للقانون، وأحيانا الرجوع إلى القوانين الداخلية إذا كان هناك اتفاق بإبراز فكرتي نظرية القوة القاهرة والظروف الطارئة كآليتين لمعالجة مسألة الاستحالة المؤقتة

والمطلقة في القوانين الداخلية واختلال التوازن العقدي وأثره على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وتطبيقاتها في عقود التجارة الدولية ومن هنا تبرز الأهمية لموضوع تغير ظروف العقد وأثرها على تنفيذ الالتزامات العقدية في عقود التجارة الدولية على أساس أن هذا الوضع القائم والجديد يحتاج إلى وسائل قانونية وآليات اتفاقية لإعادة العقد ومراجعته والاستمرار في تنفيذه وبالتالي تحقيق مصالح الأطراف وأهدافهم التجارية والاقتصادية من إبرام عقود التجارة الدولية، وبالنتيجة تحقيق المصالح التجارية والاقتصادية لأشخاص القانون التجاري الدولي واستقرار المعاملات بتعزيز دعامتي الثقة والائتمان.

تكمن الأهمية في ارتباطه بموضوع عقود التجارة الدولية التي عرفت ومازالت تعرف تطورا متزايدا وتناميا كبيرين واتساع حجمها ونطاقها يوما بعد يوم، خاصة مع التطور التقني والتكنولوجي المتسارع الذي يشهده العالم، واهتمام أشخاص القانون التجاري الدولي سواء كانوا دولاً أو منظمات دولية أو شركات متعددة الجنسيات أو مؤسسات وشركات دولية أو أشخاص طبيعيين يواقع عقود التجارة الدولية ومتطلباتها وحاجاتها نظراً لما تعود به بالنفع والفائدة على أشخاصها، خاصة أشخاص القانون العام الدولي في تنمية صادراتها وترقية تجارتها الخارجية ومعالجة بعض الاختلالات في الميزان التجاري وميزان المدفوعات الذي يعتبر أحد الموارد الأساسية والرئيسية للنقد الأجنبي والعملة الصعبة فيؤثر بشكل إيجابي ومباشر على التوازن المالي والاستقرار النقدي وفتح أسواق جديدة بغرض جذب الاستثمار وفرص العمل.

### منهج الدراسة:

إن موضوع تغير ظروف تنفيذ عقود التجارة الدولية مسألة بالغة الأهمية، لهذا ارتأينا لدراسة ومعالجة بحثنا استخدام المنهج الوصفي التحليلي الملائم لمضمون الدراسة وعناصرها بداية بمفهوم عقود التجارة الدولية وتعريفاتها المختلفة وبيان اختلافها عن بعض النظم المشابهة لها، ثم تحديد معايير دوليتها وتجاريتها إلى مسألة توحيد الجهود في مجال النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، ثم التطرق إلى مبدأ

أساسي ومهم يرتبط بالعقد من مرحلة إبرامه إلى مرحلة تنفيذه وهو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ونشأته ومراحل تطوره في ظل المذاهب الفقهية والمدارس الفكرية كمبدأ أصيل في القوانين الداخلية وامتداده إلى القانون التجاري الدولي وعقود التجارة الدولية والقيود الواردة عليه وهما نظرية القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة التي عرفتهما القوانين الداخلية، وتأثر التجارة الدولية بهما في مسألة تنفيذ الالتزامات في حالة تغير الظروف .

أما الشق الثاني من الدراسة فتعلق بالأثر الذي ترتبه الظروف الجديدة والمحيطه بالعقد على تنفيذ عقود التجارة الدولية التي عرفت نظامين قانونيين أكثر استجابة ومرونة لمقتضيات التجارة الدولية وحاجاتها وهما نظام الوقف كآلية لحفظ العقد وبقائه والاستمرار في تنفيذه بعد زوال المانع، ونظام شرط إعادة التفاوض بين الأطراف بالتطرق إليهما بشكل من التفصيل والتحليل بالإضافة إلى شرح مبدأ حسن النية الذي تمليه حاجات التجارة الدولية وما يفرضه من التزامات على المتعاقدين أثناء حصول المانع وتحقق الحدث الطارئ أهمها الالتزام بالإخطار الذي يقوم به المدين عند وقوع الحدث في مقابل الالتزام بتخفيف الضرر من جانب الدائن حتى لا يتعرض لخسارة وضرر كبيرين مراعاة لمسألة العدالة عند تنفيذ العقد .

## إشكالية الدراسة:

تتمحور إشكالية الدراسة حول الوضع القائم من تغير الظروف المحيطة بالعقد وأثره على تنفيذ الالتزامات العقدية خاصة إذا كانت الأسباب والحوادث خارجة عن إرادة الأطراف تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي وصعوبة في تنفيذ العقد مما يهدد مصالح الأطراف ويزعزع استقرار معاملات التجارة الدولية وكيفية معالجة إشكالية تغير الظروف على مستوى اتفاق الأطراف والاتفاقيات الدولية والآليات القانونية لتسوية منازعات عدم تنفيذ عقود التجارة الدولية، وعليه فإن الإشكالية الأساسية التي تطرح نفسها

بقوة في هذا المقام، هل الأنظمة القانونية المتعلقة بمعالجة مسألة تغير الظروف وأثرها في تنفيذ عقود التجارة الدولية كافية لضمان استقرار المعاملات وبقائها ومراعاة مصالح التجارة الدولية ومقتضياتها؟

### الدراسات السابقة:

اعتمدنا في دراسة موضوعنا المتعلق بأثر تغير الظروف على تنفيذ الإلتزامات العقدية في التجارة الدولية ووسائل معالجته إختلال التوازن العقدي وكيفيات الحفاظ على العقد وإستقراره تحقيق لمصالح المتعاقدين وتلبية لحاجات ومقتضيات التجارة الدولية على دراستين الأولى تعود للدكتور نرمن محمود محمد صبّح، رسالة دكتوراه بعنوان «مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في قانون التجارة الدولية» جامعة عين شمس سنة 2003 ركّزت الدراسة على مبدأ من المبادئ العامة التي تحكم النظرية العامة للعقود في القوانين الداخلية وهو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي لا يمكن تعديله أو نقضه إلاّ بالاتفاق الأطراف أو لأسباب يقررها القانون تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة وما يمنحه من قوة ملزمة للعقد في تنفيذ الإلتزامات حسب اتفاق الأطراف، لكن إذا حدثت أسباب ووقائع خارجة عن إرادة المتعاقدين تجعل من تنفيذ الإلتزام إمّا مستحيلا أو مرهقا يهدد أحدهما بخسارة فادحة هنا تتدخل القيود الواردة عليه إمّا عن طريق القانون أو القاضي لإعادة التوازن العقدي تحقيق لمبدأ العدالة، هذا في العقود الداخلية فهل هذا المبدأ حسب الدراسة يجد أساسه ومكانته في القانون التجاري الدولي وخاصة عقود التجارة الدولية وكيفيات تطبيق هذا المبدأ على تغير ظروف ووسائل معالجة فكرة اختلال التوازن العقدي فلصت الدراسة أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في واقع القانون التجاري الدولي عرّف تطويع وتكييف ونوع من المرونة في تطبيقه حسب حاجات التجارة الدولية وأعرافها وعاداتها عن طريق آلية شرط إعادة التفاوض للحفاظ على العقد والمراكز القانونية للأطراف وضمان استمراره بعد زوال المانع ونبه في مسألة إبرام عقود التجارة الدولية إلى هيمنة الدول الاقتصادية الكبرى والشركات متعددة الجنسيات على واقع الاقتصادي والتجاري

عند إبرامها عقد من عقود التجارة الدولية مع إحدى الدول النامية إلى عدم وجود التكافؤ والتوازن العقدي وهذا ما يثير مسألة اختلال التوازن العقدي في إبرام عقود التجارة الدولية.

لقد أشارت الدراسة إلى النظامين المتعلقين بمعالجة مسألة تغير الظروف في تنفيذ الإلتزامات القانونية بشكل مختصر ولهذا حاولت في دراستنا تسليط الضوء على هاذين النظامين وأثارهما في مسألة تغير الظروف بدراسة كل نظام على حدى وبشكل مستقل حتى تظهر وتبرز أهميتهما في معالجة الوضع الجديد القائم، وهذا لتحقيق مصالح أطراف العقد من جهة ومن جهة أخرى مراعاة متطلبات وحاجات التجارة الدولية.

أما عن الدراسة الثانية فكانت للدكتور شريف محمد غنّام رسالة دكتوراه بعنوان «أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية جامعة القاهرة 2002» عالجت فيها دراسة اختلاف مفهوم القوة القاهرة في القوانين الداخلية عن مفهوم شرط إعادة التفاوض في القانون التجاري الدولي ففي القوانين الداخلية إذا استحال تنفيذ العقد استحالة مطلقة بسبب قوة القاهرة يؤدي مباشرة إلى انقضاء الإلتزام وفسخ العقد هذا المفهوم انتقل إلى واقع التجارة الدولية بمفهوم آخر أكثر استجابة ومرونة لحاجات التجارة الدولية فبدل من فسخ العقد وانقضاء الإلتزام إلى فكرة شرط إعادة التفاوض كآلية لمعالجة مسألة تغير الظروف وبقاء العقد واستمراره وهذا ما يطلق التقارب بين مفهوم القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية والآثار المترتبة على أعمال هذا الشرط عن معالجة الحدث المانع، مع الإشارة أنّ الدراسة ركزت على مفهوم القوة القاهرة فقط دون نظرية الظروف الطارئة المعروفة في القوانين الداخلية.

إكتفت الدراسة بمعالجة مسألة تغير الظروف بنظام واحد وهو نظرية القوة القاهرة المعروفة في القوانين الداخلية وأثرها على تنفيذ الإلتزامات العقدية في إطار مقارنة مع مفهوم شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية دون أن تتطرق إلى مفهوم آخر لا يقل أهمية عن هذا المفهوم ، وهو نظرية الظروف

الطارئة وهذا ما دفعني إلى تسليط الضوء على معالجة هذه المسألة في إطار عقود التجارة الدولية وآثارها القانونية المترتبة عليها وكيفية معالجة مسألة إختلال التوازن العقدي إذا ما سار تنفيذ الأستلام مرهقا وعسيرا بالنسبة إلى أحد الأطراف خاصة أن أغلب عقود التجارة الدولية هي عقود طويلة المدة تعترضها أحيانا أسباب وحوادث خارجية تؤدي إلى وقف تنفيذ العقد.

### خطة الدراسة:

ارتأينا تقسيم الخطة إلى بابين، نعالج في الباب الأول الإطار القانوني لعقود التجارة الدولية ، وهذا يسمح لنا بتقسيم الباب بشكل يحقق الفائدة العلمية إلى فصلين، نعالج في الفصل الأول ماهية عقود التجارة الدولية ومعايير دوليتها، وفي الفصل الثاني القيود الواردة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، هذا يمهد لنا الانتقال إلى الباب الثاني حتى يسهل على القارئ تتبع موضوع البحث، إذ تبدأ الخطة بالتعريفات ثم المبادئ ثم تنتهي بالالتزامات والآثار، ف جاء الباب الثاني يعالج مسألة الالتزامات والآثار المترتبة عن تغير ظروف تنفيذ عقود التجارة الدولية، قسمناه بدوره إلى فصلين، الفصل الأول بعنوان مبدأ الحفاظ على العقد وفي الفصل الثاني الالتزامات المترتبة عن مسألة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية.

# الباب الأول

الإطار القانوني لعقود التجارة  
الدولية

# الفصل

## الأول

ماهية عقود التجارة  
الدولية ومعايير دوليتها

## الباب الأول: الإطار القانوني لعقود التجارة الدولية

نعالج في الباب الأول الجانب المفاهيمي لمسألتين أساسيتين الأولى تجسيد مفهوم عقود التجارة الدولية وتعريفاتها المختلفة ومعايير دوليتها في الفصل الأول تحت عنوان ماهية عقود التجارة الدولية ومعايير دوليتها أما الفصل الثاني القيود الواردة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

## الفصل الأول: ماهية عقود التجارة الدولية ومعايير دوليتها

إنّ موضوع عقود التجارة الدولية من الموضوعات الهامة التي لازالت تحتاج إلى البحث والدراسة لتتوسع وإختلاف طبيعتها وللوقوف عليها سنتناول في هذا الفصل ماهية عقود التجارة الدولية ومعايير دوليتها من خلال مبحثين المبحث الأول تحت عنوان مفهوم عقود التجارة الدولية وفي المبحث الثاني مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

## المبحث الأول: مفهوم عقود التجارة الدولية

تعد عقود التجارة الدولية آلية لتنظيم المعاملات التجارية والتبادلات الاقتصادية عبر الحدود، ونظرا لأهميتها وحاجات التجارة الدولية ومتطلباتها دفع بفقاء ورجال القانون إلى دراستها والبحث في مفهومها وطبيعتها القانونية وتحديد عناصرها ومعايير دوليتها وتجاريتها ونظامها القانوني خاصة أنها تبرم بين أشخاص القانون الدولي العام أو الخاص والشركات الدولية والشركات متعددة الجنسيات وأشخاص طبيعية.

إن مسألة تحديد مفهوم أو تعريف عقود التجارة الدولية من المسائل الهامة التي لازالت تثير جدلا ونقاشا بين الفقاء ورجال القانون والقضاء حول وضع تعريف دقيق وشامل لها وتحديد معايير دوليتها وتجاريتها وطبيعة النظام القانوني التي تخضع إليه وغيرها من المسائل الأساسية وهذا ما سنتناوله في المبحث بتقسيمه إلى أربع مطالب ففي المطلب الأول فتناول تعريف عقود التجارة الدولية وفي المطلب

الثاني تمييز عقود التجارة الدولية عن بعض النظم المشابهة له وفي المطلب الثالث توحيد النظام القانوني لعقود التجارة الدولية و في المطلب الرابع معايير دولية عقود التجارة الدولية.

### المطلب الأول: تعريف عقود التجارة الدولية

إن العقد بصفة عامة هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين إما بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الإمتناع في مختلف النظم القانونية وهو وسيلة لتداول الثروات وتحقيق المصالح بين الأطراف و استقرار المراكز القانونية والمعاملات المالية ولهذا حظيت نظرية العقد بمكانة كبيرة في التشريعات القانونية الداخلية ولم تكتفي نظرية العقد بأهميتها ودورها على المستوى الداخلي بل امتدت الى القانون الدولي نظرا لحاجات ومتطلبات التجارة الدولية في تنوع العقود وتنوع موضوعاتها وسرعة إبرامها إن مسألة تعريف عقود التجارة الدولية عرفت اختلافا بين الفقه والقضاء في تحديد عناصره ومكوناته وهذا راجع إلى وجود العنصر الأجنبي في العلاقة العقدية سواء من حيث القانون الواجب التطبيق أو القضاء المختص بالفصل في منازعات عقود التجارة الدولية وسرعة تطور العقود من يوم على آخر أثر بشكل كبير على مسألة وضع تعريف لها ولهذا بالرجوع إلى الفقه والقضاء نجد أنهما اكتفيا في تعريف عقود التجارة الدولية بتحديد الصفة التجارية لها ومسألة دوليتها دون التطرق إلى مسألة التعريف والخوض فيها.

وأعتبر جانب من الفقه أن عقود التجارة الدولية هي التي تربط بين مصالح اقتصاد أكثر من دولة، وأن من أثارها انتقال الأموال والخدمات والسلع والبضائع عبر حدود الدولية، وأن العقد هو الذي بمقتضاه تتجاوز العملية المجال الاقتصادي لدولة واحدة أو العقد الذي يمس المصالح التجارية الدولية لأكثر من دولة عموما، ثم إن مسألة النظام القانوني الذي ينظم ويحكم عقود التجارة الدولية بدأ يتغير ويتكيف حسب طبيعة العقود وخصوصيتها فعقود التجارة الدولية البسيطة التي كانت تحكمها بعض القوانين الوطنية وبعض الاتفاقيات والأعراف الدولية لم تعد صالحة وملائمة لعقود التجارة الدولية التجارية ولهذا تسعى الجهود الدولية خاصة هيئة الأمم المتحدة عبر أجهزتها المتخصصة في مجال التجارة الدولية إلى إبرام

الاتفاقيات الدولية التي تنظم عمليات التجارة الدولية كاتفاقية البيع الدولي للبضائع 1980 وهي بمثابة اتفاقية شارعة لنوع من البيوع الدولية وهو البيع الدولي للبضائع حتى تتلائم مع التطور الحاصل في مجال التجارة الدولية<sup>1</sup> بالإضافة إلى ذلك مبدأ سلطان الإرادة الذي له دور كبير في هذا النوع من العقود التجارية المتصلة بالقانون الخاص في اختيار القانون الواجب التطبيق أو استبعاده لما لهذا المبدأ من سلطان وقوة في العلاقات التجارية الدولية عن غيره في العلاقات التجارية الداخلية.

### المطلب الثاني: تمييز عقود التجارة الدولية عن بعض النظم المشابه له

تتميز عقود التجارة الدولية بخصائصها ومميزات تجعلها تختلف عن بعض النظم المشابهة له وهذه الخصوصية راجعة لطبيعة العقود ومجالات استعمالها وحاجات التجارة إليها إضافة إلى موضوعاتها المختلفة المتعلقة بالتجارة الدولية والأشخاص أو الأطراف الذين يبرمونها ولعل أقرب النظم المشابهة لها التي سنحاول تمييزها عنها هي المعاهدة الدولية والعقد الداخلي، وسنتناول هذه المفاهيم والمصطلحات في الفروع التالية:

### الفرع الأول: تمييز عقود التجارة الدولية عن المعاهدة الدولية

نصت المادة 2 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدة بقولها المعاهدة "هي الاتفاق الدولي المعقود بين الدول في صيغة مكتوبة والذي ينظمه القانون الدولي سواء تضمنته وثيقة واحدة أو وثيقتان متصلتان أو أكثر ومهما كانت تسميته الخاصة"<sup>2</sup>، ومن خلال هذا التعريف نجد أن المعاهدة تبرم في إطار الجماعة الدولية بين دولتين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي العام وهي تتعلق بشؤون الدول في تنظيم علاقاتهم باعتبارهم أصحاب سلطة وسيادة من خلال تحديد الحقوق والالتزامات أو الواجبات بين الدول \*

<sup>1</sup> - محمد فياض، المعاصر في القوانين التجارية لدولية، الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، ص141.

<sup>2</sup> - المادة 2 من اتفاقية فيينا المتعلقة بقانون المعاهدات المعتمدة من قبل الأمم المتحدة بشأن قانون المعاهدات الذي عقد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 66/02 المؤرخ في ديسمبر 1966 ودخلت حيز النفاذ في 27 جانفي 1980.

قواعد قانونية تحكم سير العمل فيما بينها<sup>1</sup> فالمعاهدات هي اتفاق بين أشخاص القانون الدولي العام لأحداث اثار قانونية معينة، إلا أن كثير فقهاء القانون الدولي يرون أن لفظ معاهدة بصفة عامة ينصرف إلى الاتفاق ذو طابع سياسي، أما عقود التجارة الدولية هي اتفاق بين أشخاص القانون الدولي العام والخاص يتعلق بشأن من شؤون الخاصة بالتجارة كتبادل السلع والبضائع والخدمات والاستثمار والاستيراد والتصدير والنقل وغيرها.

### الفرع الثاني: تمييز عقود التجارة الدولية عن العقد الداخلي

العقد هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني بقصد إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه وهذا ما نصت عليه المادة 54 من القانون المدني الجزائري "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين نحو شخص أو عدة أشخاص بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"<sup>2</sup> والعقد الداخلي هو الذي تكون جميع عناصره تتصل برابطة قانونية واحدة سواء الأطراف أو مكان الإبرام أو التنفيذ، ولهذا فمسألة القانون الواجب التطبيق أو القضاء المختص لا تثار في العقد الداخلي، أما عقود التجارة الدولية التي ينصرف إليها العنصر الأجنبي إلى احد عناصر الرابطة العقدية ولهذا فمسألة القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص تثار في هذا النوع من العقود وهذا جوهر الاختلاف بينهما<sup>3</sup>.

### المطلب الثالث: توحيد النظام القانوني في عقود التجارة الدولية

لقد اهتمت مختلف النظم القانونية بتنظيم معاملات التجارة الداخلية بما يحقق لها الاستقرار والتطور وبسط سلطان القانون والقضاء المختص عليها تجسيد لمبدأ سيادة القانون والقضاء. ولكن في مجال التعامل التجاري على المستوى الدولي لم تتحقق فكرة الاستقرار القانوني أو التشريعي فثارت مسألة تنازع القوانين في الاختصاص القضائي وهذا ما أثر سلبا على انتشار وتوسع هذا نوع من المعاملات في مسألة

<sup>1</sup> محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص70.

<sup>2</sup> م54 من الأمر 58/75 في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم جريدة الرسمية 78.

<sup>3</sup> محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص10.

القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص فكان حتماً على المهتمين بتطوير التجارة الدولية بشكل عام وعقودها التجارية بشكل خاص البحث في نظم قانونية دولية تراعي حاجيات ومقتضيات التجارة الدولية بعيداً عن فكر سيادة مبدأ سلطان القانون وتنازع القوانين، فكان من الطبيعي أن تتجه الجهود منذ بداية ظهور حركة توحيد القانون الخاص في مجال التجارة الدولية عن طريق المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بروما<sup>1</sup>.

الذي انصبت جهوده حول توحيد القواعد الموضوعية لعقد البيع الدولي للبضائع سنة 1931 بإنشاء لجنة خاصة لوضع مشروع موحد لبيع الدولي، وأثمرت الجهود بإقرار اتفاقيتا لاهاي سنة 1964 وفي سنة 1972 بدأ سريان الاتفاقيتين بنسبة للدول التي صادقت عليها وعددها محدود وأحجمت غالبية الدول الانضمام إليها<sup>2</sup> وفي سنة 1978 شكلت لجنة عمل مكونة من أربعة عشر مندوب دولة لإعداد مشروع اتفاقيتين بشأن البيع الدولي للبضائع وهو أقدم عقد من عقود التجارة الدولية وأهمها والثانية بشأن تكوين عقد البيع الدولي للبضائع وتم عرض المشروعين على لجنة القانون التجاري الدولي بالأمم المتحدة التي أقرت اتفاقية فيينا لبيع الدولي للبضائع سنة 1980 التي حظيت بالقبول والانضمام والمصادقة لعدد من الدول وخصصت الاتفاقية في الفصل الأول من القسم الأول نطاق تطبيقها على بيع البضائع التي توجد بين أطراف توجد مراكز أعمالهم في دول مختلفة متى كانت الدول متعاقدة أو متى أشارت قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة، أو عن طريق اختيار الأطراف لاتفاقية وذكرت الاتفاقية أن هذا النوع من العقود الذي يكون بين شركات القطاع الخاص وأستثنى بعض العمليات التي تخرج من نطاقها مثلاً عمليات بيع المستهلكين والخدمات بالإضافة إلى أن الاتفاقية تتميز بانها ذو طبيعة مزدوجة فهي من جهة تنظم علاقات القانون الخاص التي:

<sup>1</sup> - تأسس المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص سنة 1926 بمقتضى معاهدة جماعية في ظل عصبة الأمم.

<sup>2</sup> - ساهم المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في صياغة مشاريع الاتفاقية الدولية بتشكيل لجان عمل وختمت الجهود بمؤتمر دبلوماسي في لاهاي 1964 تم فيه إقرار اتفاقيتين تتضمن الأولى القانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية والثانية تكوين البيع الدولي للمنقولات المادية.

- بتكوين عقد البيع والتزامات البائع والمشتري وقواعد أخرى تتعلق بالقانون الدولي العام المتعلقة بالالتزامات التي تقع على الدول المتعاقدة فيما يتعلق بإجراءات الانضمام والتحفظات والانسحاب وقد أقرت الاتفاقية بعض المبادئ العامة التي يسترشد بها القاضي كان أو محكماً أو فقيهاً في مسائل تفسير نصوص الاتفاقية وهي مبدأ الصفة الدولية الذي يختلف عن الصفة الوطنية في تفسيره للنصوص الداخلية وتطبق الاتفاقية في كل بلدان العالم رغم الاختلاف في النظم القانونية أو السياسية أو الاقتصادية أو التجارية أو الاجتماعية وغيرها وكذلك مبدأ حسن النية الذي يجب أن يراعى فيه القاضي أو المحكم أو الفقيه عند تفسيره للنصوص الاتفاقية ضمان احترام مبدأ حسن النية في التجارة الدولية وإلى جانب الأنظمة القانونية النازمة لعقود التجارة الدولية توجد هيئات متخصصة مهتمة بالعمل التجاري إما حكومي أو غير حكومي وأهمها لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة ومقرها فيينا والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في روما ويهتم بتوحيد القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية ومؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص الذي يهتم بتوحيد القواعد الوطنية لتنازع القوانين والمنظمة العالمية للملكية الفكرية بالإضافة إلى هيئات غير حكومية وأهمها غرفة التجارة الدولية بباريس ولجنة البحرية الدولية في بروكسل.

- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الصادرة 1980 ودخلت حيز النفاذ سنة 1988 إذ نصت في الديباجة أن الدول الأطراف في هذه الاتفاقية، إذ ترى أن اعتماد قواعد موحدة تنظم عقود البيع الدولي للبضائع وتأخذ بعين الاعتبار مختلف النظم الاجتماعية والاقتصادية والقانونية من شأنه أن يسهم في إزالة الحواجز القانونية في مجال التجارة الدولية وأن يعزز تنمية التجارة الدولية.

## المطلب الرابع: معايير دولية عقود التجارة الدولية

للإفادة دور كبير في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع "النزاع" العقد في العقود الدولية بصفة عامة وعقود التجارة الدولية بصفة خاصة، وبما أن هذه العقود تتميز بأنها أعمال تجارية الهدف منها هو تحقيق الأرباح ومصالح أطراف العقد، فكان لا بد في حالة حدوث نزاع يتعلق بالعقد أو بتنفيذه لا بد أولاً من الوقوف على مسألة أولية قبل التعرض إلى موضوع وهي ما مدى دولية العقد حتى يتسنى للقاضي أو المحكمة معرفة الجهة المختصة بالفصل في النزاع والقانون الواجب التطبيق، وبما أن قانون التجارة الدولية يسري على عقود التجارة المتعلقة بالقانون الخاص ويعمل على اعتماد قواعد موحدة تنظم عقود التجارة الدولية وإقامة نظام اقتصادي دولي الهدف منه هو تعزيز التجارة الدولية على أساس المنفعة المتبادلة، وبما أن قانون التجارة الدولية يحكم العلاقات التجارية الدولية فإن مسألة تحديد التجارة والدولية قد أثارت العديد من الصعوبات التي تقف حجر عثرة أمام مسألة توحيد القانون وتفسير ذلك أن إضفاء وصف التجارية على العمل أو التصرف القانوني يختلف من دولة إلى أخرى وهو اختلاف يعوق توحيد قانون التجارة الدولية الذي لا يتم بمعزل عن التشريعات الوطنية<sup>1</sup>

فمسألة دولية العقد هي مسألة أولية وجوهية يجب حسمها قبل التطرق إلى العقد وقد اختلف الفقه والقضاء في مسألة تحديد معيار الدولية بين المعيار القانوني أو المعيار الاقتصادي، وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الأول المعيار القانوني وفي الفرع الثاني المعيار الاقتصادي وفي الفرع الثالث المعيار الجامع<sup>2</sup> وموقف المشرع الجزائري .

<sup>1</sup> - أحمد السعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية البيع الدولي للبضائع، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، بدون سنة طبع، ص 37 .

<sup>2</sup> - هشام علي صادق، قانون الواجب تطبيق في عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1995، ص 50.

الفرع الأول: المعيار القانوني

انصبت الجهود الدولية المبذولة في مجال القانون التجاري الدولي في البحث عن قواعد قانونية لتوحيد قوانين التجارة الدولية وتحديد المعايير اللازمة لدولية العقود وتجارتها، وقد توصلت الجهود إلى وضع المعيار القانوني كآلية لتدويل عقود التجارة الدولية ومضمونه أنه إذا ارتبط العقد بأكثر من نظام قانوني وتعد العناصر القانونية المؤثرة أو الفاعلة في العقد سواء تعلقت بالعنصر الجنسية أو موطن المتعاقدين أو مكان أو اختلاف مكان الإبرام أو الوفاء والتنفيذ تحول العقد إلى عقد تجاري دولي. ينعقد فيه الاختصاص إلى التحكيم التجاري الدولي ويطبق القانون التجاري الدولي باعتباره القانون الواجب التطبيق، وأعتبر الفقه أن المعيار القانوني يطبق إذا اشتمل العقد على أحد العناصر القانونية الأجنبية المؤثرة والفاعلة الا أن هناك جانب من الفقه رأى بخلاف ذلك خاصة في العناصر القانونية الفاعلة والمؤثرة الكافية لتحديد دولية العقد عن غيرها وكيفية تحديد درجة فعاليتها وتأثيرها في الرابطة العقدية وأهميتها<sup>1</sup>.

فأحيانا عنصر الجنسية لا يكون عنصر مؤثرا أو فاعلا في العقد حتى يثير مسألة دولية العقد فمثلا أبرم سائح تونسي عقد شراء بضائع وسلع من تاجر جزائري لحاجاته اليومية فعنصر الجنسية ليس له من درجة الأهمية وفعالية التأثير حتى يثير مسألة دولية العقد، وعلى عكس من ذلك إذا أبرم عقد نقل بحري للبضائع بين بائع جزائري ومشتري تونسي يلتزم فيها الناقل الجزائري بنقل البضائع وتسليمها في أحد الموانئ التونسية هناك نلاحظ مكان إبرام العقد يختلف عن مكان التنفيذ للعقد فهذه المسألة في غاية الأهمية وتأثير في إضفاء الصفة الدولية لعقد النقل الدولي للبضائع.

<sup>1</sup> - أحمد السعيد الزقرد ، مرجع سابق، ص 41 .

نقد المعيار:

رغم أن المعيار القانوني استند في تحديد دولية العقد التجاري الدولي على توافر العناصر المؤثرة والفاعلة في العقد وتحديد أهميتها وتأثيرها على الرابطة العقدية بإعطائها البعد الدولي وإخراجها من نطاق تطبيق القانون الداخلي والقضاء الداخلي إلى نطاق تطبيق قانون التجارة الدولية واختصاص هيئات التحكيم الدولي إلا أنه هذا المعيار رغم أنه ساد في مرحلة من المراحل إلا أنه لم يعد يتماشى مع حاجات وضرورات التجارة الدولية وخاصة السرعة والائتمان والتعاون في المعاملات التجارية الدولية، وهو ما أعاق في كثير من الأحيان تكيف العقد الدولي مما استدعى الأمر إلى البحث عن معيار آخر يراعي الظروف الجديدة والمستجدات على الساحة التجارية باعتبار أن العقد هو أداة تجارية تهدف إلى خدمة التجارة الدولية وعليه تفرغ جانب في الفقه إلى البحث عن معيار آخر يواكب حاجات ومقتضيات التجارة الدولية بدل التركيز عن العناصر القانونية الفاعلة والمؤثرة في العقد والاهتمام بمضمون العقد وتجاربه وخدمته لمصالح تجارية واقتصادية لأكثر من دولة أو انتقال الأموال والسلع والبضائع والخدمات من دولة إلى أخرى وهذا ما نجده في المعيار الاقتصادي.

الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي

اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى الاعتماد على المعيار الاقتصادي لدولية العقد بمناسبة تأييدها لصحة مشاركة التحكيم المدرج في العقود المتعلقة بالتجارة الدولية طرفاً في العقد التي تكون الدولة وأحد الأشخاص الخاصة الأجنبية مثل هذا الشرط إذا ورد في عقد داخلي وأكدت محكمة النقض الفرنسية أن العقد الدولي هو ذلك الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية، أي الذي ينطوي على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة، بان تتضمن مثلاً استيراد بضائع من الخارج، أو تصدير منتجات وطنية إلى دولة أجنبية، أي يترتب عليها حركة ذهاب وإياب للأموال عبر الحدود.

وقد اعتد القضاء الفرنسي بالمعيار الاقتصادي عن هذا النحو في إطار المسائل النقدية وبصفة خاصة في مجال القروض الدولية<sup>1</sup>، وهو ما استجابت له بعض أحكام القضاء الحديث والاتفاقيات الدولية لكونه يعبر عن مدى اتصاله بمصالح التجارة الدولية.

وفقا لهذا المعيار يعد العقد دوليا عندما يتصل بمصالح التجارة الدولية فالعبرة عند إلحاق تلك الصفة بالعلاقة الدولية تتحدد بالنظر إلى موضوعها، فإن اتصل بمصالح تلك التجارة كان العقد دوليا بصرف النظر عن مدى توافر العناصر القانونية الأخرى.

من الواضح أن فحوى المعيار الاقتصادي أو جوهره يتركز في تبادل القيم والأموال عبر الحدود، أو في مدى تجاوزها الحدود الإقليمية لاقتصاد الداخلي لدولة ما، ولقد أخذت اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع بهذا المعيار كأساس لإسباغ الصفة الدولية على عقود لبيع البضائع، وذلك باعتدائها باختلاف مكان وجود مراكز أعمال الأطراف عند تحديدها لنطاق تطبيقها<sup>2</sup>.

وكذلك فقد اقتضت الفقرة الثانية من تلك المادة لتطبيق أحكام الاتفاقية أن تكون واقعة وجود مراكز أعمال طرفي العقد في دول مختلفة ظاهرة عند إبرام العقد، وليس بعد ذلك سواء ظهر هذا من نصوص العقد أو من المعاملات السابقة بين الأطراف أو من أي بيانات يدلي بها أطراف العملية<sup>3</sup>، لكن بالرجوع إلى جوهر المعيار الاقتصادي نستخلص إن الأحكام التي يعتمد عليها في إضفاء الصفة الدولية للرابطة العقدية تحتوي على العناصر القانونية عملا بالمعيار القانوني وقد حكم القضاء الفرنسي في العقد المبرم بين شراكة فرنسية وأحد الفرنسيين يعمل لصالح الشركة كمثل تجاري مهمته هو تمثيل الشركة وتسويق منتجاتها في دولة أجنبية هو عقد دولي لأنه يثير مصالح التجارة الدولية.

<sup>1</sup> -نقض فرنسي، 17ماي 1927 حكم ماتر سيري 1927 ص289، تعليق إسمان

<sup>2</sup> - المادة أولى تنص "تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة".

<sup>3</sup> - محمود سمير الشرفاوي، العقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، مصر طبعة 2، 2002، ص51.

فالمعيار الاقتصادي الذي تبنته التشريعات الحديثة يعد مناسباً لإلحاق الصفة الدولية بالعقود التجارية، لما يفرض عليه من انتقال للأموال أو الخدمات عبر الحدود فضلاً عن مواجهته لتعدد انماطها وتوفيره للمرونة التي يطلبها

### نقد المعيار:

رغم مرونة هذا المعيار في تحديد دولية العقد بمجرد انتقال القيم من وإلى الخارج تتحقق الصفة الدولية وبالتالي ارتباط العقد بالتجارة الدولية، إلا أنه يخلو من التحديد اللازم توافره أساساً لتعيين النظام القانوني الذي يخضع العقد لأحكامه، بالإضافة أن أعمال المعيار القانوني بمفهومه الضيق والمحدود بما يقتضي من تفوقه بين العناصر المؤثرة والفاعلة لا يتعارض مع المعيار الاقتصادي الذي يبرم على أساس ارتباط العقد بالتجارة الدولية.

وفي الأخير وأمام الانتقادات الموجهة لكل من المعيار القانوني والاقتصادي فقد اتجه القضاء الفرنسي الحديث عند البحث في دولية الرابطة العقدية المطروحة، إلى الجمع بين كل من المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي.

### الفرع الثالث: الجمع بين المعيارين

يتجه القضاء إلى تحديد دولية العقد بالنظر إلى المعيارين الاقتصادي والقانوني معاً، فالعقد لا يعتبر دولياً حتى ولو تضمن عنصراً أجنبياً مؤثراً، ما لم يرتبط بمصالح التجارة الدولية، أي ما لم يترتب عليه انتقال السلع أو الأموال عبر الحدود، وحقيقة الأمر أن الأخذ بالمعيار القانوني الضيق الذي يتركز على العناصر الأجنبية المؤثرة في العلاقة العقدية هو ارتباطه بمصالح التجارة الدولية، وبعبارة أخرى فإن الأموال والخدمات لا تنتقل عبر الحدود ما لم تتضمن العلاقة العقدية عنصراً أجنبياً كأن يكون تنفيذ العقد في دولة أخرى أو توجد مراكز أطرافه في دولتين أو أكثر، وتأكيداً لذلك فالعقد المبرم بين شركة هولندية وفرنسية في هولندا كوكيل عن الشركة في تسويق منتجاتها في فرنسا هو عقد الامتياز التجاري

يتصل بأكثر من نظام قانون واحد، وبما يترتب على ذلك من تشجيع الصادرات من هولندا إلى فرنسا وأكدت المحكمة الفرنسية بأن العقد المبرم هو عقد دولي اتصل بأكثر من نظام قانوني ويهدف إلى تشجيع الصادرات<sup>1</sup> وحركية السلع والأموال وانتقالها بين الدولتين،<sup>2</sup> وبالتالي جمعت بين المعيارين، وفي حكم آخر صادر سنة 1996 بأنه يكفي لوصف التحكيم بأنه تجاري دولي أن يمس بعمليات اقتصادية تتضمن نقلا لحركة الأموال أو الخدمات أو وسائل دفع النقود عبر الحدود ويثير بالتالي مصالح التجارة الدولية.

أما معيار الدولية في الاتفاقيات الدولية: بالرجوع إلى بعض الاتفاقيات الدولية التي تناولت مسألة من المسائل المتعلقة بعقود التجارة الدولية مثلا كاتفاقية لاهاي التي عالجت مسألة القانون الواجب التطبيق على بيع المنقولات المادية سنة 1986 نصت في مادتها الأولى بقولها « يسري هذا القانون على عقود بيع البضائع التي تبرم بين أطراف توجد منشأتهم في دول مختلفة » وبالتالي فإن هذه الاتفاقية أخذت بمعيارين في تحديد الصفة الدولية لبيع البضائع:

أولاً: شخصي يتعلق بأشخاص العقد، الجنسية، الموطن.

ثانياً: مادي وهو مكان وجود المبيع، أو تسليمه أو صدر الإيجاب والقبول في مكانين مختلفين، أما اتفاقية هامبورج للنقل البحري للبضائع لقواعد هامبورج 1978 أخذت بالمعيار الجغرافي لدولية النقل البحري الخاضع لأحكامها، فنصت الفقرة الأولى من المادة الثانية على أن تنطبق نصوص الاتفاقية على جميع عقود النقل البحري بين دولتين مختلفتين، ومعنى ذلك أن الاتفاقية لا تنطبق على نقل بحري بين ميناءين واقعين في ذات الدولة حتى ولو كانت من الدول الموقعة عليها.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - أحمد سعيد الزقرد، مرجع سابق، ص 44

<sup>2</sup> - انظر محكمة استئناف باريس، 13 يونيو 1996، مجلة التحكيم 1998 تعليق جيلار، ص 258، مشار إليه في أحمد سعيد الزقرد، مرجع نفسه ص 45 .

<sup>3</sup> - محسن شفيق، الجديد في القواعد الدولية الخاصة بنقل البضائع من البحر، هامبورج 11 مارس 1978، دارالنهضة العربية مصر، ص 39.

أما في القانون النموذجي للتحكيم،<sup>1</sup> وإعمالاً لنص المادة 3/1 منه "يكون التحكيم دولياً:

أ- إذا كان مقر عمل طرفي اتفاق التحكيم وقت عقد ذلك الاتفاق واقعين في دولتين مختلفتين.

ب- أو إذا كان أحد الأماكن واقعا خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين.

ج- أو إذا اتفق الطرفان صراحة على موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة.

وعليه فإن القانون النموذجي قد تبنى معياراً موسعاً في التحكيم التجاري الدولي، وبه يعتبر التحكيم دولياً حتى ولو كان أطرافه من أشخاص القانون الخاص مادام أن عناصره كلها لا تنتمي إلى دولة واحدة، فإنه يسبغ الصفة الدولية للتحكيم التجاري لاتصاله بأكثر من نظام قانوني واحد.

وأخيراً، فإن التحكيم يكون دولياً باتفاق الطرفين، على أن موضوع اتفاق التحكيم يتعلق بأكثر من نظام قانوني واحد. بما في ذلك مثلاً أن يتفق أطراف العلاقة التعاقدية بأكثر من نظام على أن يكون الفصل فيما يقع من نزاعات حول موضوع العقد من اختصاص غرفة التجارة الدولية بباريس، وعندها يكون التحكيم دولياً، باتجاه إرادة المتعاقدين على اعتباره كذلك، برغم أن النزاع محلي بين أطراف وطنية، ويتبين من النص المتعلق بالقانون النموذجي للتحكيم أن المعيار المعتمد عليه هو المعيار القانوني إذا اشتمل على عنصر أو أكثر من العناصر الأجنبية، كذلك تبنى المعيار الاقتصادي بنصه على موضوع التحكيم إذا تعلق بالتجارة الدولية ويتضح كذلك في المادة 3/1 التي تعتمد في اعتبار الدولية لمكان التنفيذ الذي يوجد خارج دولة المركز الرئيسي لكل من طرفي التحكيم.<sup>2</sup>

أما اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع سنة 1980 فقد اكتفت في تحديد معيارية دولية عقود التجارة الدولية إلى تعدد مراكز الأعمال لأحد الأطراف بقولها في المادة 10 « إذا كان لأحد أطراف عقد البيع

1 - المقصود القانون الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 21 جوان 1985 وسارت على منهجه عدو دول.

2 - مختار احمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر 1995، ص 20.

الدولي أكثر من مركز أعمال، فإنه يعتد بمركز الأعمال الذي يكون أقرب صلة بالعقد وتنفيذه، على أن يؤخذ في الاعتبار الظروف المعروفة أو التي يواجهها أطراف البيع في أي وقت قبل أو عند إبرام العقد « وما يلاحظ على اتفاقية فيينا صفة عدم اعترافها بضابط الجنسية لأطراف العقد من الشركات التجارية أو يكون العقد تجاريا وإنما يكفي تعدد مراكز أعمال أحد الأطراف وإذا لم يكن لأحدهم تعدد مركز أعمال يعتد بمحل الإقامة المعتاد حسب المادة 10 فقرة ب من اتفاقية فيينا.

### الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري

بالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة لقانون الإجراءات المدنية الأمر رقم 66-284 المؤرخ في 10/09/1966 الذي يتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى أنه لم يتطرق إلى مسألة دولية العقود وتجاريتها ومسألة التحكيم في منازعاتها والقانون الواجب التطبيق وغيرها، إلى غاية صدور المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 25/04/1993 المعدل والمتمم لأمر 154/66 المذكور سابقا والملغى كذلك حيث نصت المادة 458 مكرر بقولها « يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أحد الطرفين على الأقل في الخارج » ويقنضي كذلك تحديد دولية التحكيم دولية العقد الرجوع إلى قواعد التنازع المنصوص عليها في القانون المدني خاصة المادة 18 منه بنصها « يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون المكان الذي يبرم فيه العقد، ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر، غير أن العقود المتعلقة بالعقار يسري عليها قانون موقعه ».

من خلال نص المادتين السابقتين يتبين أن المشرع الجزائري تبنى الجمع بين المعيارين، المعيار القانوني بتجسيد فكرة العنصر الأجنبي في العقد التي نادى بها المشرع السويسري في القانون الدولي

الخاص الصادر في سنة 1987، والمعيار الاقتصادي الذي نادى به القضاء الفرنسي المعروف بقضاء Matter الذي يعتمد على حركية الأموال من وإلى الخارج إشارة إلى التجارة الخارجية تصدير و استيراد<sup>1</sup>. بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الصادر في 2008 نجد أن المشرع استخدم مصطلح المصالح الاقتصادية وهو تعبير صريح على تبني المعيار الاقتصادي بدل المعيار القانوني وهذا ما نصت عليه المادة 1039 « يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل»<sup>2</sup>.

إن استخدام مصطلح المصالح الاقتصادية لتحديد دولية العقد يشمل المصالح التجارية بالمفهوم الضيق الذي يشمل الأعمال التجارية في القانون التجاري إلى جانب المصالح الاقتصادية لدولة وتشمل العقود الدولية التي تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص المعنويين العامة في إطار إنجاز المشاريع الكبرى كعقود الطاقة والشراكة وعقود التنمية والاستثمار وغيرها، وعليه يكون المشرع الجزائري قد تأثر بالمشرع الفرنسي في اختيار المعيار الاقتصادي لتحديد دولية العقد التجاري الدولي الذي تبني مصطلح مصالح التجارة الدولية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - د طيب قبايلي وكريم تعويلت، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بلقيس، الجزائر ص 22، 23.

قضاء matter نسبة إلى المحامي PAUL MATTER الذي صدر حكم 1927 في قضية Pelissier واعتمد على المعيار الاقتصادي في تحديد دولية التحكيم والعقد التجاري الدولي.

<sup>2</sup> - المادة 1039 من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فيفري 2008، ج ر عدد، 21 لسنة 2008

<sup>3</sup> - د طيب قبايلي وكريم تعويلت، المرجع السابق ص 25

## المبحث الثاني: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في عقود التجارة الدولية

لقد مر مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بمراحل وفترات كان يتمتع فيها بمكانة عالية ووقسية مطلقة من القرن الثامن عشر واستمرت حتى بداية النصف الثاني من القرن التاسع عشر، حين ساد في تلك الحقبة من الزمن مبدأ سلطان الإرادة<sup>1</sup> الذي كان ينادي بالحرية الاقتصادية للسوق وعدم تدخل القانون في العلاقات التجارية وشروط المتعاقدين فبينما كان ينظر إلى التزامات المتعاقدين أنها مفروضة من طرف القانون على المتعاقدين أصبحت في نظر مبدأ حرية العقد من صنع المتعاقدين، وهذا ما جعل أطراف العقد هما المشرعان الخاصان للعلاقة العقدية أي أن العقد شريعة المتعاقدين في مجال تكوين العقد وإبرامه وشروطه وحقوق الأطراف و والتزامهم وكيفيات انقضائه وطرق تنفيذه.<sup>2</sup>

لكن هذا الموضوع لم يبقى على حاله بعد ظهور الأفكار الجديدة التي نادى بضرورة تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ومصلحة المجتمع على مصلحة الفرد حتى أدى إلى تراجع مبدأ سلطان الإرادة أمام النظريات الاشتراكية والاجتماعية التي سادت في هذه الفترة منادية بعودة دور الدولة في تنظيم الحياة السياسية والاقتصادية داخل المجتمع وإعادة مكانة السلطة التشريعية كمصدر للقانون بدل الإرادة.

## المطلب الأول: سمو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

مبدأ العقد شريعة المتعاقدين هو تعبير عن القوة الملزمة للعقد وأساسه هي الإرادة التي هي صاحبة القول في تكوين العقد وإبرامه وتعديله أو انقضائه، فمبدأ سلطان الإرادة هو محور إلزامية العقد ومصدر قوته، فلا يجوز حل للرابطة العقدية أو تعديل موضوعها أو شروطها التي أنشأتها إلا بالرجوع إلى أصل وجود العقد وهي الإرادة دون تدخل من جانب القانون أو القاضي وسنقسم هذا المطلب إلى فرعين:

<sup>1</sup> - نزمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية، جامعة الأزهر، فلسطين 2002، ص7

<sup>2</sup> - عوني محمد الفخري، إرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية، منشورات دارالحقوق، بغداد، 2012، ص 12.

1- الأول: الإرادة كأساس للقوة الملزمة للعقد

2- الثاني: الآثار المترتبة على سمو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

### الفرع الأول: الإرادة كأساس للقوة الملزمة للعقد

الفكرة الأساسية في مبدأ سلطان الإرادة هي أن العقد يستمد قوته الملزمة من القوة الذاتية للإرادة، فالإرادة هي التي تضع العقد وأساس قوته الملزمة، ولا يستمد وجوده والزاميته من أي سلطة خارجية عن الإرادة، والإرادة تستمد قوتها من نفسها وليس من أي قوة خارجية عنها<sup>1</sup>، وقد بدأ الاعتراف للإرادة بدورها في إنشاء العقد وترتيب آثاره منذ القرن السابع عشر وبلغ أقصاها في القرن الثامن عشر واستمر حتى منتصف القرن التاسع عشر.

### أولاً: أساس القوة الملزمة للعقد في بعض القوانين القديمة

لقد عرفت بعض القوانين القديمة دور الإرادة في إنشاء الالتزام وترتيب الأثر القانوني عليه، نتيجة ظهور بعض العقود وشيوعها، ومن بين هذه القوانين القديمة

**أولاً: القانون الروماني:** عرف القانون الروماني الإرادة ودورها في إنشاء الالتزامات العقدية وترتيب الآثار القانونية شريطة اتباع الأشكال والاجراءات المحددة عند إبرام العقود فلم يكتف بمجرد توافق إرادتين أو أكثر أو تبادل الإيجاب والقبول أو التلفظ بألفاظ معينة أو إشارات محددة دون اتباع الشكل القانوني المطلوب، فالقاعدة العامة هي « لا دعوى لاتفاق تجرد من الشكلية<sup>2</sup>»

هذا التدخل القانوني في إلزامية العقد وترتيب آثاره القانونية أثر بشكل كبير في مجال التجارة على السرعة في إبرام العقود وتنفيذها وتحقيق المتعاقدين مما دعت الحاجة الى التخفيف من حدة هذه

<sup>1</sup> حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام الإرادية، دار النهضة العربية، مصر، 1991-1992، ص15.

<sup>2</sup> عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام الجزء الثاني، مطبعة النهضة، مصر، ص23.

الاجراءات القانونية في البداية ثم التخلص منها بشكل نهائي في بعض العقود الاكثر شيوعا في العمل التجاري كعقود البيع والايجار والشركة والوكالة وسميت هذه الأخيرة بالعقود الرضائية<sup>1</sup>.

### ثانيا: القانون الكنيسي:

لعبت الكنيسة دورا هاما في تكوين مبدأ سلطان الإرادة والاعتراف لها بقدرتها على إنشاء العقود وابرامها من دون أن تتقيد بالشكلية التي كان يستوجبها القانون مما أضر بمصالح الأفراد والمجتمع ولكنها لم تترك الأمر على إطلاقه بل وضعت شرطا يتمثل في تلاوة القسم الذي يقوم به المتعاقد وفاء لتعهداته والتزاماته، وحالة عدم الوفاء والإخلال بالالتزامات يعتبر هذا الأمر في نظر الكنيسة خطيئة دينية الحثت باليمين الذي يستوجب معه العقاب، وكان ذلك في المرحلة الأولى أما في المرحلة اللاحقة، اكتفت الكنيسة بإقرار التعهد دون القسم على الوفاء به باعتبار أن التعهد يتضمن القسم وفي حالة عدم الوفاء بالعهود يجوز لصاحب الحق رفع دعوى على الشخص الذي أخل بوفائه أمام محاكم الكنيسة<sup>2</sup>.

إن تدخل الكنيسة في تنظيم شؤون الأفراد وتلبية حاجاتهم كان تدخلا يمليه الواجب الديني وذلك بإحلال القسم محل الشكلية واعتبرت أن مخالفة القسم هو مخالفة دينية وبالتالي فأساس القوة الملزمة للعقد ليس سلطان الإرادة بقدر ما هو أساس ديني لأن هذه المرحلة ساد الفكر الديني بدل الفكر القانوني الذي عرف فيما بعد الأساس القانوني الذي يتمثل في الإخلال بالالتزامات القانونية<sup>3</sup>.

### ثالثا: لاحظنا فيما سبق الدور الذي لعبته بعض القوانين في تكريس مبدأ العقد شرعية المتعاقدين

وصاحبت هذه الحقبة ظهور بعض الأفكار المنادية بجعل الإرادة مصدرا ملزما للعقد باعتبار هذه القوة

<sup>1</sup> - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني للالتزامات، المجلد الأول نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية مصر الطبعة الرابعة، ص63

<sup>2</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه مصادر الالتزام، المجلد الأول، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، ص187.

<sup>3</sup> - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص64

التي تتميز بها الإرادة تستمد من ذاتيتها وليس من اي قوة خارجية عنها، وقد بلغ هذا المبدأ ذروته نتيجة لمجموعة من الأفكار الفلسفية والاقتصادية والسياسية.

### أ/ الفكر الفلسفي:

ينطلق أصحاب هذا الفكر من كون الإنسان يتمتع بحق طبيعي وهو الحق في الحرية لذا يجب عدم تقييده بأي قيد من القيود حفاظا على ممارسة أفراد المجتمع لحياتهم. إن معنى الحرية عدم الاضرار بالغير ولا يفرض على الشخص التزامات من أي أحد كان استثناء إذا كان بغرض المحافظة على المجتمع وكيانه وبالتالي يستمد العقد قوته من الإرادة وليس من القانون، هذا الأخير الذي يقوم برسم القيود التي يمارس بها الأفراد حرياتهم في إطارها والاعتراف للعقد بأثره الملزم وفرض الجزاء على مخالفات الالتزامات العقدية وذلك من اجل ضمان تنفيذها.

### ب/ الفكر السياسي:

ظهر هذا الفكر كرد فعل على نظرية الحق الإلهي واعتبروا أن المجتمع السياسي نشأ من اتفاق بين الأشخاص أي من مجموع إرادات أفراد ذلك المجتمع فإن كانت هذه الإرادة لها دور في إنشاء المجتمع فكيف لا يكون لها دور في إنشاء العقود وعليه فإرادة المتعاقدين المتمتعين بالحرية والمساواة في مراكزهم هي التي تنشئ العقد وتحدد مضمونه.

ولا تتأثر القوة الملزمة للعقد بما يطرأ فيما بعد من ظروف طارئة أو قاهرة لأن هذه الأمور معلومة مسبقا لأطراف العقد، مادام أنهم قد أقبلوا على العقد بحريتهم.

### ج/ الفكر الاقتصادي:

ساهمت الأفكار الاقتصادية في تحديد القوة الملزمة للعقد من خلال تكريس مبدأ الحرية الاقتصادية والمبادرة الفردية تبادل مصالح بين أفراد المجتمع وكان القانون الذي ينظم السوق وحركته هو قانون العرض والطلب الذي يحدد ثمن البضائع والخدمات من دون تدخل الدولة في هذا الجانب أو أي جوانب اقتصادية أخرى.

هذا الأمر انعكس بالإيجاب على حرية التعاقد بإنشاء العديد من العقود والالتزامات، الأمر الذي أدى إلى اتساع دائرة التجارة والصناعة وعلى الفرد أو المتعاقد أن يحترم حرية عندما قررت الارتباط بمبادلات وعلاقات تجارية مع الغير أنّ الإخلال بالوفاء بالتزاماتها العقدية هو مساس بمبدأ سلطان الإرادة وبتوازن قواعد النظام الاقتصادي وقواعد السوق ، ومن ثم فإن أنصار هذا الفكر كانت نظرتهم للعقد هو وجوب ضمان حرية التعاقد لزيادة الحد الأقصى من النشاط الاقتصادي وتسهيل المبادلات وسرعة إبرام العقود ووجوب تنفيذها، فالإرادة وحريتها هي الوسيلة لتحقيق النتيجة ولذلك اهتموا بالنتيجة على عكس أنصار الاتجاه الاجتماعي الذين اعتبروا أن الإرادة وسيلة مع ضرورة ادخال قيود على ممارستها وترتيب الأثر القانوني<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: الآثار المترتبة على سمو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

في ظل الأفكار السائدة التي كان لها الأثر البالغ في اعتبار الإرادة هي التي تبرر القوة الملزمة للعقد وهي عبارة عن تبادل إرادات لإنشاء الالتزامات والحقوق وأن العقد هو من صنع الإرادة لذلك أصبح العقد شريعة المتعاقدين في تنظيمه وتنفيذه، دون تدخل المشرع أو القاضي وعليهما احترام هذه الإرادة وإنفاذها بالجبر على تنفيذ العقد وهذا ما يجسد المفهوم المطلق لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومن ثمة فإن الآثار المترتبة عليه تخص الأطراف من جهة ومن جهة أخرى بالنسبة للقانون والقاضي

#### أولاً: بالنسبة للأطراف

إن العقد هو شريعة المتعاقدين، لا يمكن نقضه أو تعديله بإرادة منفردة<sup>2</sup>، وعليه يلتزم الطرفان باحترام ما نص عليه في العقد فيصبح الاتفاق بمثابة قانون للأطراف لا يمكن بأي حال من الأحوال التحلل منه لأن الإرادة ارتضت ذلك بكل حرية واختيار ولا يمكن لأي طرف أن يتعذر على عدم تنفيذه لالتزام العقد حتى ولو كان خارجاً عن إرادته أو لا يرجع إلى أي خطأ من جانبه فلا يجوز نقض العقد أو

<sup>1</sup> - نزمين محمد محمود صبح، المرجع السابق، ص 19.

<sup>2</sup> - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 67-68.

تعديله بإرادة منفردة أو طلب بطلانه، وسبب خضوع المتعاقدين للقوة الملزمة للعقد هو نشوء الالتزام بإرادة حرة ومختارة عليه عدم إنهاء الالتزام أو تعديله أو إلغائه، فالإرادة هي قانون صاحبها وهو لا يلتزم إلا إذا أراد ذلك وبالقدر الذي يريده.<sup>1</sup>

### ثانياً: بالنسبة للقانون:

عرفنا أن العقد يستمد قوته الملزمة من إرادة الأطراف وليس من القانون فالعقد يعد بمثابة قانون له في إنشائه وانقضائه ويقتصر دور القانون أو التشريع الذي هو تعبير عن إرادة الدولة على حماية حرية الفرد وحقوقه وعدم فرض قيود عليها إلا كحماية الآخرين في حرياتهم وحقوقهم، وطالما أن الشخص لا يلتزم إلا بإرادته وفقاً لما يحقق مصلحته الشخصية ويضمن العدالة العقدية، فلا يجوز للمشرع أن يتدخل في الحياة العقدية ويقوم بتقييم عدالتها أو إنصافها وليس له فرض التزامات على أطرافه لم تتجه إليها إرادتهم.<sup>2</sup>

بالإضافة إلى ذلك فالإرادة لها الحرية في إنشاء العقود والاتفاقات التي لم يورد لها المشرع تنظيمًا محددًا لها، وأما العقود المسماة التي وضعها المشرع فتعتبر قواعد اختيارية فأما استبعادها أو النص على ما يخالفها وعدم القيام بذلك يعني إرادة تطبيقها، أما القواعد الآمرة التي تهدف إلى ضمان حرية الفرد وسلامة إرادته فهي على سبيل الاستثناء وفي الضيق الحدود، ومثال ذلك ما يتعلق بأهلية القاصر أو المجنون، والقواعد التي تتعلق ببطلان العقود على أساس الغلط أو الغش أو إكراه والنص عليها من دواعي حرص المشرع على أن تكون الإرادة صادرة عن شخص يتمتع بكامل حريته واختياره.

<sup>1</sup> - عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 23.

<sup>2</sup> - سمير عبد السيد تناغو، المبادئ الأساسية في نظرية الالتزام - مصادر الالتزام -، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، ص 10.

ثالثاً: بالنسبة للقاضي:

إن العقد هو شريعة المتعاقدين فلا يجوز تعديله أو إلغاؤه إلا باتفاق الإرادة، وعليه فعلى القاضي احترام الشروط العقدية وتنفيذها حرفياً دون المساس بها حتى بدواعي تحقيق العدالة، فدور القاضي هو الحفاظ على العقد وكيفية تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه احتراماً لإرادة الأطراف.

كما يعود كذلك لسبب عدالة الالتزام العقدي طالما أن الإرادة حرة مختارة لا يشوبها أي عيوب من عيوب الإرادة فلا بد أن يكون العقد ناتجاً عن تبادل إرادتهما محققاً العدالة، فكل طرف من أطراف العقد يتمتع بالحرية وهو لن يلتزم بموجب هذا العقد إلا إذا كان يحقق مصلحته، ويعبر عن عدالة العلاقة العقدية القائمة بينه وبين المتعاقد الآخر فكل ما هو تعاقدى يعتبر عادلاً<sup>1</sup> والشخص الحر والعاقل لن يدخل في علاقة عقدية تجلب له الضرر.

وعلى ذلك فإن التزام الشخص بغير إرادته هو التزام غير عادل مضر بمصلحته وحرية، فإذا اقتضت حاجات المجتمع فرض التزامات على الأشخاص دون أن تتجه إليها إرادتهم فإنه يجب حصرها في أضيق الحدود<sup>2</sup>.

لأن القاضي ملزم بتطبيق الشروط العقدية كما اتجهت إليها إرادة الأطراف، فإن عليه أن يقوم أولاً بتفسيرها - إذا كانت غير واضحة - بغرض الكشف عن النية الحقيقية لأطراف العقد، وإذا ما تبين للقاضي وجود تعارض بين الإرادة الحقيقية والإرادة الظاهرة فإنه يجب تغليب الإرادة الأولى.

وأيضاً بغرض تحديد مضمون العقد وبيان الحقوق والالتزامات العقدية قد يلزم القاضي الأطراف بشرط لم ينص عليه الأطراف صراحة في العقد، لكن القاضي قيامه بذلك يقرر أن الأطراف قد نصوا

1 - محمود جمال الدين تركي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، الجزء الأول مصادر الالتزام، جامعة القاهرة الطبعة الثانية، 1986، ص 38.

2 - القول منسوب لكانط، مشار إليه في كتاب عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص 25.

عليه ضمناً والمثال الأكثر شيوعاً على هذه الحالة « التزام الأمن والسلامة» في بعض العقود كعقود النقل والتي يفترض فيها أن الأطراف قد نصوا عليه ضمناً في عقدهم.

أما بالنسبة لفرض التزامات ضمنية على عاتق الأطراف من قبل المحكمة، لم ينص عليها العقد صراحة فقد تم ذلك من خلال نظرية الشرط الضمني والتي لم تظهر في ممارسة العملية لهذه المحاكم إلا منذ قضية تايلور قادوال 1863.

### المطلب الثاني: تراجع مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

كانت النظرية التقليدية تعتبر مبدأ العقد شريعة المتعاقدين مبدأً أسمى له قدسيته واحترامه من طرف القانون والقاضي فالعقد هو قانون خاص صنعه الأطراف بأنفسهم ويلتزمون بتنفيذه احتراماً للإرادة الحرة، أما النظرية الحديثة اعترفت بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين في حدود إخضاعه للقانون والقاضي وهذا ما سنتناوله في الفرع الأول بعنوان تدخل القانون في العقد وفي الفرع الثاني تدخل القاضي في العقد.

### الفرع الأول: تدخل القانون في العقد

إن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين من المبادئ العامة في نظرية العقد وأهمها، لا يمكن تعديل العقد أو نقضه إلا باتفاق الأطراف أو في الحالات التي يقرها القانون لاعتبارات المصلحة العامة أو حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية أو لإقرار العدالة واستقرار المعاملات فيتدخل المشرع أحياناً في بعض العقود بسريان القوانين الجديدة بأثر رجعي على العقود القديمة لاعتبارات النظام العام بالإضافة لتدخل المشرع بقواعد قانونية أثرت في تنظيم بعض العقود كعقود العمل والتأمين والاستثمار والنقد والقرض وغيرها، فالتزام الأطراف بالعقد ناتج عن القانون وليس الإرادة.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - نزمين محمد محمود صبح، مرجع سابق، ص56.

## الفرع الثاني: تدخل القاضي في العقد

المبدأ العام أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يقررها القانون، ولكن أحيانا يتدخل القانون عن طريق منح القاضي سلطة تعديل العقد إذا تم العقد بطريقة الإذعان وتضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي تعديل العقد باستبعاد هاته الشروط طبقا لما تقتضيه قواعد العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك، لأن هذا يعد خلافا في التوازن العقدي والاقتصادي للعقد وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 110 من القانون المدني، وكذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة على العقد بحيث أصبح تنفيذ الالتزام مرهقا أو صعبا لمدين يهدده بخسارة أو ضرر محقق يخول القانون للقاضي التدخل في العقد بتعديله برد الالتزام إلى الحد المعقول مع مراعاة مصلحة الطرفين ويقع باطلا أي اتفاق على خلاف ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة 03/107 من القانون المدني.<sup>1</sup>

يمكن للقاضي التدخل في العقد بطريقة غير مباشرة بناء على طلب المدين بتعديل العقد، ومن أمثلة ذلك منح القاضي المدين أجلا للوفاء بالتزامه وهو ما يسمى بنظرة الميسرة إذا اقتضت الظروف ذلك ولم يلحق الدائن ضرر جسيم من تأجيل الوفاء بالالتزام كما يمكن للقاضي من خفض قيمة الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أنه مبالغ فيه بدرجة كبيرة أو أنه قد تم تنفيذ الالتزام في جزء منه.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - م 03/107 و 110 من أمر 58/75 مؤرخ في 1975/09/26 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم ج ر عدد 78.

<sup>2</sup> - نزمين محمد محمود صبح، مرجع سابق، ص 62

### خلاصة الفصل:

ركزت الدراسة في هذا الفصل على ماهية عقود التجارة الدولية من خلال تحديد مفهومها ومعايير دوليتها وتجاريتها، وكذلك الجهود المبذولة من المنظمات الدولية لتوحيد النصوص القانونية المنظمة لها بعيدا عن القوانين الوطنية وفكرة تنازع القوانين من خلال إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية للأمم المتحدة فبينما للبيع الدول للبضائع الصادرة في 1980، بالإضافة الى التطرق إلى أهم مبدأ ينظم ويحكم هاته العقود في جميع المراحل ألا وهو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين من خلال الوقوف على مراحل نشأته وتطوره عبر المراحل التاريخية وما شهدته من بروز لهذا المبدأ وسموه وقدسيته ثم تراجعه ونقله في بعض المراحل الأخرى.

# الفصل الثاني

القيود على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

### الفصل الثاني: القيود على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

حرصت مختلف الأنظمة القانونية على أن تولي أهمية كبيرة للعقود، لذلك تشترط أن يشتمل على جملة من الأركان والشروط يتوقف عليها وجوده، وتعطي الإرادة للأفراد الحرية الكاملة في إبرام العقود وتحديد آثارها بشرط عدم الإضرار بحقوق الآخرين، وهذا المبدأ يعرف في القانون مبدأ سلطان الإرادة الذي يقوم على شقين: أولهما هو كفاية الإرادة بذاتها لإنشاء التصرفات القانونية وهو ما يعبر عنه بالرضائية، وثانياً قدرة الإرادة على تحديد آثار التصرف القانوني وهو ما يعبر عنه بالمبدأ المشهور العقد شريعة المتعاقدين.

واستناداً إلى المبدأ نجد أن الإرادة قادرة على إنشاء ما تشاء من العقود والتصرفات ما دامت تلتزم في ذلك في حدود النظام العام والآداب العامة، وكذلك تضمنين العقد ما شاء من بنود وشروط سواء ما تعلق بالشروط وكيفيات تنفيذ الالتزامات العقدية وآجال الوفاء وطرقه وكيفيات إنهاء العقد ولا يطرح أي أشكال إذا التزم كل طرف بما تعهد به تجاه الطرف الآخر فيما يتعلق بالحقوق والالتزامات بحيث يصبح المتعاقدان خاضعين لقوة العقد، وما يترتب من التزامات لا يستطيع أحد الأطراف الاستئثار لوحده بتعديله، بل حتى القاضي «لا يستطيع التدخل ويعدل العقد» وهذا إن دل فإنما يدل على القوة الملزمة للعقد هذا في الحالة الطبيعية والعادية، ولكن أحيانا قد يحدث ما يعيق تنفيذ الالتزامات بالصورة الصحيحة المنقولة عليها فيصبح أحد الأطراف غير قادر على تنفيذه لأسباب خارجة عن إرادته، إما أن تجعله مرهقا مهدداً بخسارة وإما تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وهذا ما سنتناوله في هذا الفصل فنتناول في المبحث الأول نظرية الظروف الطارئة وفي المبحث الثاني نظرية القوة القاهرة.

### المبحث الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة

إن التغيرات الاقتصادية والاجتماعية التي تحدث عند تنفيذ العقد تؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي ومبدأ العدالة، ولهذا منح المشرع للقاضي سلطة التدخل في العقد قصد حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية وإعادة التوازن المالي والاقتصادي للعقد، وكذلك تدخل المشرع لحماية المصلحة العامة.

وكثيرا ما يحدث في العقود طويلة الأجل أو متراخية التنفيذ كعقود التوريد وعقود التزام المرافق العامة أن تتغير الظروف التي أبرم فيها العقد أثر حادث فجائي لم يكن متوقعا عند التعاقد فيصبح الوفاء بالالتزامات مرهقا للمدين، بحيث يؤدي إجباره عليه إلى إفلاسه أو ينزل به على الأقل بخسارة فادحة نتيجة لتغير الظروف الاقتصادية التي لم تكن متوقعة من المتعاقدين عند التعاقد مما يؤدي إلى اختلال خطير يهدد المدين بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في المعاملات الاعتيادية.<sup>1</sup>

### المطلب الأول: تعريف الظروف الطارئة

إن معالجة موضوع نظرية الظروف الطارئة كاستثناء عن المبدأ العام العقد شريعة المتعاقدين والقوة الملزمة للعقد يقتضي منا بالدرجة الأولى الوقوف على التعريف اللغوي والاصطلاحي.

### الفرع الأول: التعريف اللغوي

هذه الكلمة مكونة من كلمتين وهما الظروف والطارئة فالظروف جمع ظرف والظروف الوعاء مطلقا، ومنه ظرف الزمان والمكان عند النحويين و ظرف الشيء وعاؤه وهو يستفرغ فيه ويقال: الإبريق

<sup>1</sup> - محمد بو كماش، سلطه القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، أطروحة دكتوراه تخصص شريعة وقانون كلية العلوم الإسلامية، جامعته الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية 2011/2012 ص242.

ظرف لما فيه، هو الظريف<sup>1</sup> مشتق من الظرف وهو الوعاء، ركائن جعل الظريف وعاء للأدب ومكارم الأخلاق كما تعني هذه الكلمة البراعة وذكاء القلب، وحسن العبارة ... والحنف بالشيء.

أما كلمة طارئة: تؤول هذه الكلمة إلى أصلها الاشتقاقي من طراً، يطرأ، طروء أي حدث فجأة والطارئ: الغريب والطارئة: الحادثة الجمع طوارئ، وطرأت على القوم، إذا أتيتهم من غير أن يعلموا، وطرأ الأمر طلع ونجم دون سابقة إنذار أو علم، والطارئة، أمر شديد كالداهية ينزل فجأة، والطارئة حالة مفاجئة تحتاج إلى معالجة سريعة والجمع طوارئ، والطارئ من الأشياء أو الأمور الغريب يأتي من حيث لا يدري.<sup>2</sup>

خلاصة القول إن الظرف الطارئ: هو الوعاء أو الحل الغريب الخارجي أو الحادث الخارج عن الحال المعتاد المؤلف الذي يحتاج معالجة سريعة.

### الفرع الثاني: التعريف اصطلاحاً

عرف من قبل فقهاء القانون على أنه: كل حادث عام لاحق على تكوين العقد وغير متوقع الحصول أثناء التعاقد ينجم عنه اختلال في المنافع المتولدة عن عقد يتراخي تنفيذه إلى أجل أو آجال، بحيث يصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاباً شديداً ويهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المؤلف في خسائر التجار<sup>3</sup>، وذلك كخروج سلعة تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة وارتفاع سعرها ارتفاعاً فاحشاً غير مؤلف وغير متوقع.

وأن تعريف القانون لنظرية الظروف الطارئة يرجع أساساً إلى القضاء الذي نظر في الوقائع المعروضة عليه ويصدر فيها أحكاماً قضائية والسبب في ذلك يعود إلى أن الواقعة لا تكون ظرفاً طارئاً

<sup>1</sup> - ابن منصور محمد بن مكرم الإفريقي المصري، لسان العرب دار صادر بيروت، طبعة 1، الجزء 7، ص 320.

<sup>2</sup> - ابن منصور، لسان العرب، المرجع السابق، ص 320.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج الأول، دار النهضة العربية،

بيروت، لبنان، ط 3 ص 5-7

إلا في وجود ما يحيط بها من ظروف زمانية ومكانية وعليه لا يمكن إيجاد تعداد حصري للظرف الطارئ نظرا للتغير والتزايد المستمرين له عبر الأيام والظروف الطارئة يمثل لها بأنواع عديدة<sup>1</sup> إما أن تكون في شكل حوادث طبيعية أو أفعال إنسانية أو وقائع مادية أو ظروف اقتصادية.

### الفرع الثالث: التعريف الفقهي والقضائي

عرفت الظروف الطارئة في القوانين القديمة كقوانين مصر و حمورابي ببعض الآثار القانونية المترتبة عليها لما يحدثه من تغير في ظروف العقد بعد إبرامه، واختلف الفقه حول أخذ القانون الروماني بهذه الفكرة، ووردت تطبيقات لها في الفقه الإسلامي وتعني الظروف الطارئة « تغيرا في الظروف التي أبرم أثناءها العقد مما أدى إلى جعل تنفيذ التزام أحد الأطراف مرهقا له بحيث إذا اجبر على تنفيذه تحمل خسارة كبيرة<sup>2</sup>»

### أولا: التعريف الفقهي لنظرية الظروف الطارئة

إن لهذه النظرية مؤيدين ومعارضين كغيرها من النظريات السابقة، ولكن أنصار هذه النظرية قدموا الحجج والأسس المستند إليها تعزز موقف أنصار هذه النظرية في تحقيق التوازن العقدي بين أطراف العقد.

### 1/ الفقه الفرنسي:

نادى بعض الفقهاء الفرنسيين بالأخذ بنظرية الظروف الطارئة على أساس أن العقود المستمرة إذا صادفت تغيرا في الظروف وأصبح تنفيذها مرهقا، وجب ملائمة شروط العقد مع الظروف المستجدة والتزم جانب آخر من الفقه بالصمت ازاء هذه الفكرة مثل دوما وبوتيه.

<sup>1</sup> - بوكماش محمد، مرجع سابق ص 243

<sup>2</sup> - ابراهيم درويش، نظرية الظروف الاستثنائية محلية إدارة قضايا الحكومة، دار النهضة العربية القاهرة، ص 98.

أما الفقه التقليدي، فقد اتخذ موقفاً متشدداً مناهضاً لما بدا لهم أنه يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة الذي، ومن بين هؤلاء أوبري ورو.<sup>1</sup>

وقد أسس أنصار هذه النظرية على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وعلى مبدأ الإثراء بلا سبب المتضمن تعديل العقد المرهق على أساس منع الدائن من الإثراء على حساب المدين وكذلك على نظرية تعسف في استعمال الحق.

### 2/ الفقه الانجليزي:

ناقش الفقه الإنجليزي نظرية الظروف الطارئة في أوائل القرن السادس عشر، عندما أصدر الفقيه الانجليزي كريستوفر سانت جيرمان مؤلفاً بعنوان "الدكتور والطالب" ويتلخص موضوعه في إجراء مقارنة بين الشريعة العامة الإنجليزية والقانون الكنسي وخلص في الفصل الرابع والعشرين إلى إعفاء المدين من تنفيذ وعده في حالة حدوث طارئة بعد إبرام العقد، وقد عالج الفقيه موضوع الظروف الطارئة بمناسبة دراسة موضوع استحالة التنفيذ، وقد اتسع نطاق تطبيق النظرية كأساس لمعالجة حالات استحالة تنفيذ العقود، وقد تولى مجلس اللوردات ضبط مفهوماً وتحديد شروطها عندما حكم في قضية عرضت عليه عام 1956، حيث قال: «تكون هناك استحالة تنفيذ عندما يصير الالتزام التعاقدى دون خطأ من أي من الطرفين غير صالح للتنفيذ، لأن الظروف المطلوب تنفيذه فيها قد حولته إلى شيء آخر مختلف تماماً عن الالتزام الأصلي الذي أنشئ فيه»<sup>2</sup>

### 3/ الفقه المصري:

«اتجه جانب من الفقه إلى اتخاذ موقف مضاد» طالب الفقيه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بتطبيق نظرية الظروف الطارئة في العقود المدنية، إلا أن هناك جانباً من الفقه أخذ موقفاً معارضاً وانقسم إلى

<sup>1</sup> - حسبو الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه جامعة الإسكندرية، 1979، ص104.

<sup>2</sup> - محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دار الجيب، الأردن، الطبعة الثانية، ص407.

قسمين، فالإتجاه الأول يرى عدم تطبيق النظرية كقاعدة ثابتة، بل ينبغي تطبيقها لتعالج آثار الظروف عن طريق استصدار تشريعات استثنائية مؤقتة تنتهي بانتهاء الظروف، أما الإتجاه الثاني فيرى أن الأخذ بهذه النظرية يعد حرج عثرة في سبيل تقدم المجتمع ورفيه، وإذا كان لابد من تطبيقها فلا يكون ذلك إلا بوجود نص تشريعي صريح.<sup>1</sup>

إن شرط الاستحالة هو الحد الفاصل بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة، ونجد أن القضاء يميل بعض الشيء عن شرط الاستحالة بالنسبة لأفعال الحرب ليأخذ بنظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الخاصة، مما أخذ بها في مجال العقود الإدارية بشرط أن ميل القضاء إلى الظروف الطارئة لا يكون على حساب مبدأ سلطان الإرادة في العقد.

لقد تأثر المشرع الجزائري بالفقه ورؤيته حول نظرية الظروف الطارئة، فقد نص عليها في المادة 3/107 من ق م «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<sup>2</sup> وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك» ومن خلال هذه المادة يتبين أن المشرع الجزائري تبنى نظرية الظروف الطارئة في حال اختلال التوازن العقدي، بحيث يسمح للقاضي التدخل في الرابطة العقدية بتحديد الالتزامات بردها إلى الحد المعقول للحفاظ على التوازن، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك، وتعد هذه المادة استثناء من الأصل وهو أن العقد شريعة المتعاقدين ويجب على كل منهما أن ينفذ التزاماته

<sup>1</sup> - محسن شفيق، نظرية الحرب كقوة القاهرة وأثرها في عقد البيع التجاري، مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة، 1940، ص167.

<sup>2</sup> - انظر المادة 3/107 من الأمر 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

الناشئة منه بأمانة وحسن نية، غير أنه قد ترد خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية عامة لم تكن متوقعة تجعل تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين مرهقة مما يقتضي إعادة التوازن إلى العقد.<sup>1</sup>

ثانيا: التعريف القضائي لنظرية الظروف الطارئة

أ/ القضاء الفرنسي:

تشكل نظرية الظروف الطارئة استثناء على القاعدة العامة في العقود المدنية أن العقد شريعة المتعاقدين وأنه لا يعفى المتعاقد من تنفيذ التزاماته الا في حالة القوة القاهرة، وقد مارس القضاء الإداري دورا فعالا في إرساء القواعد والمبادئ العامة لنظرية الظروف الطارئة في الحكم عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1916/03/30 في قضية غاز بوردو، وذلك بتمكين المتعاقد من الوفاء بالتزاماته كاملة لأن كل إخلال في التمثيل ينشأ عنه ضرر يلحق بالمنتفعين بخدمات المرفق العام، موضوع عقد الامتياز وعليه تلتزم الجهة المانحة أي جهة الإدارة بالمساهمة بنصيب من الخسائر التي لحقت بالملتزم طول استمرار الظرف الطارئ حفاظا على التوازن المالي للعقد حتى يتمكن الملتزم من الوفاء بالتزاماته رغم الظرف الطارئ، ويتجلى ذلك أساسا في التزام جهة الإدارة بتقديم معونة مؤقتة إلى الملتزم طول مدة الظرف الطارئ وفقا لضوابط معينة، وأصبح هذا الحكم فيما بعد أساسا لنظرية الظروف الطارئة التي طبقها القضاء الإداري الفرنسي<sup>2</sup>. وتدور وقائع هذه القضية أن شركة الغاز في مدينة بوردو وجدت نفسها ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر 8 سنتيمات، وارتفع سعر الغاز عقب نشوب الحرب الأولى من ثمانية وعشرين فرنكا للطن الواحد عام 1913 إلى ثلاثة وسبعين فرنكا عام 1915،<sup>3</sup> ولما رفع الأمر إلى مجلس الدولة قضى بتعديل العقد بما يتناسب مع السعر، ورغم أن هذا الحكم يعتبر بمثابة دستور لهذه النظرية

<sup>1</sup> علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية، طبعة 6، ص 255.

<sup>2</sup> العربي بلحاج النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية، طبعة 5، ص 255.

<sup>3</sup> سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 690.

لاحتوائه على المبادئ الرئيسية والقواعد التي يرتكز عليها تطبيقها "إلا أن أحكاما عديدة سبقته" ومثلها أحكام لاحقة تصب كلها في خانة تعزيز النظرية ودورها في إعادة التوازن العقدي وتحقيق مبدأ العدالة العقدية مثل الحكم الصادر بتاريخ 1918/02/08 في قضية إضاءة مدينة لوسي والحكم الصادر بتاريخ 1919/11/25 في قضية الشركة العامة لسيارات البريد.<sup>1</sup>

أما بالنسبة للقضاء المدني الفرنسي فإن نص المادة 1134 من القانون المدني كان بمثابة حجر الزاوية عند الفقه والقضاء، عندما أجمعا سندا لهذا النص على أن العقد ملزم لطرفيه، ولا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بالاتفاق ولا ينقض التزام المدين إلا إذا أصبح الوفاء به مستحيلا استحالة مطلقة.

### ب/ القضاء الانجليزي:

يأخذ القضاء الإنجليزي بالسابقة القضائية (تسمى بالشرعية العامة *common law*)

وأرست هذه الشريعة مبدأ العقد شريعة المتعاقدين واستمر العمل على أساس هذا المبدأ حتى منتصف القرن التاسع عشر، ومن تطبيقات هذا المبدأ، أن الالتزامات أو الواجبات ترجع في أصل نشأتها إلى عقد كان قد أبرمه الشخص بمحض إرادته، وأنه لن يعفى من هذه الالتزامات بسبب قيام أية ظروف أو حوادث لأن هذه الالتزامات أوجبها بمحض إرادته ولم يفرضها عليه القانون وبالتالي عليه أن يتحملها منذ إبرام العقد ويحتاط لتغيير الظروف بإدخال ما يراه كفيلا بتأمينه ضد آثارها في نصوص العقد، أما وقد أهمل في اشتراط ذلك فإنه يتعين عليه التقيد بالتنفيذ كاملا.

وقد رددت بعض المحاكم الإنجليزية تطبيقات لهذه النظرية استثناء من القاعدة وقالت « إن<sup>2</sup> مجرد حدوث تغيير في الظروف أو وقوع حوادث، أيا كانت طبيعتها لا يكون سببا كافيا بذاته ليتدخل المتعاقدين من التزامهم، حتى ولو كان نتيجة استحالة تنفيذ العقد بسبب القوة القاهرة»

<sup>1</sup> - انظر نص المادة 1134 ، من القانون المدني الفرنسي.

<sup>2</sup> - محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص410.

قد اخذ القضاء الانجليزي بنظرية الظروف الطارئة وأطلق عليها تسمية hardship وهو ذلك الحادث الذي لا يجعله تنفيذ الالتزام مستحيلا كما هو الحال في القوة القاهرة، ولكنه ممكن التنفيذ، إلا أن تنفيذه بالشروط التي جاءت بها نصوص العقد تحمل المدين بالتفويض أعباء مالية وخسارة جسيمة وباهظة النتائج، فهو ينتج عن تغيير جذري بوضع المتعاقد بفعل الظروف المحيطة بتنفيذ العقد سواء كانت اقتصادية، اجتماعية، سياسية لها أثر على التوازن الأساسي للعقد ومن ثم تقود إلى الاختلال بالتوازن الاقتصادي الذي يجب أن يتمتع به العقد خلال مدة تنفيذه، ولكن يقترب الطرف الطارئ مع القوة القاهرة باعتباره وضعاً جديداً لا دخل لإرادة طرفي العقد في إنشائه، وإنما مصدر أجنبي عنهما ولا يختص مطلقاً بتصرفاتهما أو سلوكهما المرافق لتنفيذ التزاماتهما.

### ج/ القضاء المصري:

تأثرت المحاكم المختلطة والأهلية بالقضاء الفرنسي فاتجهت إلى رفض نظرية الظروف الطارئة في عدة أحكام أصدرتها بمناسبة تقلب سعر المارك الألماني والفرنك الفرنسي<sup>1</sup> لكنه تراجع في عدة أحكام أخرى أصدرها معترفاً بنظرية الظروف الطارئة بعد صدور القانون رقم 122 سنة 1946 ولأول مرة مجلس الدولة وصدر القانون المدني الجديد 1949 فاستحدثت نظرية تشريعية متكاملة في الظروف الطارئة استثناء من القاعدة العامة -العقد شريعة المتعاقدين- وقال الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري في معرض تعليقه على حكم محكمة النقض الذي رفضت بمقتضاه بنظرية الظروف الطارئة « أنه كان من حق محكمة النقض بل كان من واجبها قبل إنشاء مجلس الدولة المصري أن تحاكي قضاء مجلس الدولة الفرنسي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة على ما يفرض عليها من القضايا الإدارية لكنها لم تفعل ذلك متأثرة بقضاء محكمة النقض الفرنسية»<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص 564.

<sup>2</sup> - سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 254.

لم يشذ القضاء الجزائري عن بقية الأنظمة القضائية فقد رخص المشرع للقاضي في حالة اختلال التوازن الاقتصادي للعقد بسبب حدوث حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام العقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك، ومن خلال نص المادة 3/107 خول المشرع للقاضي سلطة تعديل العقد عند تحقق الظروف الطارئة لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد لما يحققه من عدالة واستقرار في تنفيذه<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: شروط نظرية الظروف الطارئة

لقد وضع الفقه الشروط القانونية التي يجب توافرها لتطبيق نظرية الظروف الطارئة فمنهم من جعلها ستة ومنهم من جعلها أربعة شروط، ومنهم من حصرها في ثلاثة شروط إلا أن هذا الاختلاف لا يعدو ان يكون شكليا لا يترتب عليه من الناحية الموضوعية أي أثر وسأتناول شروط نظرية الظروف الطارئة الثلاثة في فروع التالية: ففي الفرع الأول أن يكون الظرف الطارئ حادثا استثنائيا عاما، وفي الفرع الثاني أن يؤدي الظرف الطارئ إلى جعل الالتزام مرهقا، وفي الفرع الثالث أن يكون الالتزام التعاقدى متراخي التنفيذ.<sup>2</sup>

### الفرع الأول: أن يكون الحادث استثنائيا عاما وغير متوقع

تناولت بعض النظم القانونية الوطنية شرط الحادث الاستثنائي وغير المتوقع كسبب من أسباب تعديل الالتزامات العقدية في حالة اختلال التوازن المالي لأنه حادث شاذا خارجا عن المألوف بحسب

<sup>1</sup> عبد الحميد بن شنتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعه الجزائر، 1997، ص57.

<sup>2</sup> عبد الحكم فودة، آثار الظرف الطارئ والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص31.

السير العادي للأمر، أي نادر الوقوع حيث لا يمكن للرجل العادي أن يتوقعه عند إبرام العقد، والحادث الاستثنائي لا يقتصر على الحوادث الطبيعية كالحروب والزلازل والفيضانات والاضطرابات المفاجئة، أو قيام تسعيرة رسمية أو إلغائها، أو ارتفاع باهظ في الأسعار أو نزول فاحش فيها بل ويتوسع الفقه في طبيعة الظرف الطارئ خاصة والتطور العلمي يشمل أنواع أخرى لم تكن معروفة من قبل مثل انتشار الإشعاع الذري وتلوث البيئة وانتشار الغازات السامة وكلها قد تكون ظروفًا طارئة تؤثر بشكل أو بآخر على تنظيم الالتزام العقدي.<sup>1</sup>

كما تعتبر الاختراعات أو الابتكارات الجديدة في عالم الزراعة أو الصناعة التي تحدث ثورة في أوجه المفاضلة عند المستهلك، أو تم التوصل إلى طريقة فنية جديدة تزيد بدرجة كبيرة حجم الانتاج ونسبة الربح أو أغلقت إحدى الطرق البحرية لسبب ما بعد إبرام العقد، أو أغلقت منافذ التوزيع أمام المنتج بسبب ظهور منتج جديد أو صار حضر تصنيع هذا المنتج وتسويقه لأسباب تتعلق بالأمن أو الصحة.

فإن هذه الحالات تتوفر فيها شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة من حيث كون الحادث استثنائياً وعماماً ولا يمكن توقعه وليس بالإمكان دفعه، وعمومية الظرف قد تنصرف إلى الناحية الشخصية فيتحدث المعيار بعدد الأشخاص المتأثرين بهذا الظرف، وقد ينصرف إلى الإقليمية فيتحدد بمقدار أو عدد الأقاليم وعليه يجب ألا يكون الظرف خاصاً بالمدين.

فإن هذا الشرط يتعارض مع الهدف التي شرعت من أجله نظرية الظروف الطارئة المتمثل في تحقيق العدالة التي تقضي برفع الإرهاق عن المدين، وأنه في حالات لا يكون الظرف عاماً وهذا ما يضر بمصلحة المدين، والعدالة تقتضي تدخل القضاء لتحديد الالتزامات سواء كان المتضرر فرداً أو جماعة في مكان واحد أو عدة أماكن، وأما كون هذا الشرط غير عادل لأنه يحرم المدين من تطبيق نظرية الظروف الطارئة قصد تخفيف العبء والإرهاق الذي أصابه، ولذلك لم تشترط بعض النظم القانونية شرط عمومية

<sup>1</sup> - بوكماش محمد، المرجع السابق، ص 248.

في الحادث الاستثنائي كالقانون البولوني واليوناني والإيطالي والتونسي بحيث جعلت كل حادث استثنائي

غير متوقع يؤدي إلى إرهاب المدين موجب لتطبيق النظرية كإفلاس المدين أو مرضه أو خسارته<sup>1</sup>.

ومن ثمة فعلى المشرع الجزائري أن يعدل من شرط العمومية الوارد في المادة 03/137 من القانون

المدني بحيث يترك المجال للسلطة القضائية التقدير في الطبيعة القانونية للظروف الطارئة وتكييفه مما

يؤدي إلى إنقاص الالتزام أو زيادته أو وقفه إلى حين زوال الظرف الطارئ الذي يحقق التوازن المالي

وشرط عدم توقع الظرف الطارئ عند إبرام العقد أو تنفيذه هو أساس نظرية الظروف الطارئة فلو

كان يعلم المدين بحدوث هذا الظرف مقدرا المخاطر والأضرار المترتبة فعليه أن يتحمل خطأه أو تقصيره

دون أن يطالب بتطبيق نظرية الظروف الطارئة، ولذلك يتفرع على الحادث الذي لا يمكن توقعه أن

يكون مما لا يمكن دفعه أو تجنبه فإذا كان في مقدور المدين دفعه أو التغلب عليه وتقايس عن ذلك لا

يتحقق هذا الشرط، وقد حاول بعض الفقه من تحليل طبيعة هذا التوقع بقوله « توقع الظرف هو 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 عليه صعوبة في تنفيذ العقد دون أن تصل إلى حد

الإرهاب» والمعيار هنا معيار موضوعي لا يتعلق بشخص المدين فلو أن الرجل العادي كان بإمكانه توقع

هذا الحادث ولو كان المدين نفسه لم يتوقع حدوثه لا يعتبر غير متوقع<sup>2</sup> كما عبرت محكمة استئناف

ليون بقولها « كل حدث لا يمكن توقعه أو غير متوقع حدوثه في حد ذاته، فهنا يعتمد على الظروف

التي يقع خلالها هذا الحدث »

كل عقد يتضمن قدرا معيناً من المخاطر يقبلها الأطراف أو المفروض ان يقبلوها عند إبرام العقد

ويطلق الفقه على هذه المخاطر اسم "المخاطر العادية"، هذا النوع من المخاطر يكون متوقعا، أو يجب

<sup>1</sup> - بوكماش محمد، المرجع السابق، ص 249.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،

1992، ص 323.

أن يكون كذلك من قبل الأطراف عند دخولهم التعاقد، فالتوقع يميز الحياة الاقتصادية وبصفة خاصة عندما يتعلق الأمر بمعاملات دولية يسود فيها الحذر والخوف واستخدام التكنولوجيا المتقدمة في إعداد الإحصائيات والدراسة اللازمة قبل إبرام العقد، فتحرص الشركات قبل دخولها في مثل هذه العقود أن تجري دراسات معمقة ومستفيضة تتعلق بالتخطيط المالي للمشروع واحتمالاته وتحليلات التدفقات المالية والنقدية بغرض تحديد المردود المتوقع لاستثماراتها، ولذلك فإن الأطراف ملتزمون بالتنبؤ بوقوع بعض الظروف والأحداث التي يمكن أن تقع أثناء تنفيذ عقدهم، ويعبر عن ذلك الأستاذ فينيامين « يوجد دائما مقدار من عدم التوقع يرتبط بطبيعة العقد»

#### الفرع الثاني: تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين

يعد إرهاق المدين من أهم الشروط التي يجب الاعتماد عليها للحكم بأن هناك اختلالا في التوازن الاقتصادي في العقد، بحيث يبلغ حدا من الجسامة يكون تنفيذ الالتزام فيه مهددا بخسارة للمدين، والأثر الذي يترتب على هذا الظرف الطارئ هو إعادة التوازن في الالتزامات بحيث يرد إلى الحد المعقول، فتوزع الخسارة بين المدين والدائن، وهذا هو جوهر الاختلاف بين الأثر المترتب على عدم تنفيذ الالتزام بسبب القوة القاهرة الذي يؤدي مباشرة إلى انقضاء الالتزام، وبين الأثر المترتب على توفر الظرف الطارئ الذي يبقى فيه تنفيذ الالتزام قائما، وقد أشار الفقيه الفرنسي بيليسون بقوله « في حالة حدوث تغييرات كبيرة في الظروف أو تعديلات ملحوظة في الشروط الاقتصادية، والشرط الذي ينص على أنه في حالة وقوع أحداث يكون من أثرها أن تقلب الأسس الاقتصادية للصفقة الحالية مسببة ضررا لأحد الأطراف »

فالتغير الذي يرتبط بالحدث يجب ان يكون جوهريا يصاحبه اضطراب واضح وكبير في اقتصاد العقد، بسبب اختلال أو ضرر فادح ليس من العدل ان نطلب من أحد المتعاقدين أن يتحملة، ولهذا فقد أكد الفقه في أن العبرة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة ليس الحدث في حد ذاته وإنما أثر هذا الحدث أو

الظرف الطارئ على تنفيذ الالتزامات العقدية بحيث يصبح مرهقا بالنسبة لأحد الأطراف ويهدده بخسارة

فادحة<sup>1</sup> وهذا ما أشار إليه القانون المدني المصري في المادة 2/148

وقد أشار المشرع الجزائري إلى هذا الشرط بالنص عليه في المادة 3/107 «...ترتبت على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة» فالمشرع منح للقاضي بموجب هذا النص سلطة تعديل العقد في حالة صار الالتزام مرهقا بسبب تغير الظروف الخارجة عن العقد، ولا دخل لإرادة أحد المتعاقدين بها تحقيقا للعدالة، والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هل السلطة الممنوحة للقاضي في تعديل الالتزامات العقدية مطلقة أم مقيدة؟ بالرجوع إلى نص المادة السابقة تبين أن المشرع الجزائري منح للقاضي سلطة التعديل بناء على توافر شروط معينة، ووضع له ضوابط وقيود لا بد أن يتقيد بها عند ممارسة سلطة التعديل وهي كالتالي<sup>2</sup>:

### أولاً: مراعاة الظروف المحيطة بالعقد

يجب على القاضي ألا يهمل أي ظرف من الظروف المحيطة بالعقد المراد النظر فيه، لأن عبارة "تبعاً للظروف" تفتح للقاضي مجالاً واسعاً في أداء مهمته في تعديل العقد المختل اقتصادياً بسبب الظروف الطارئة، وفي هذا المجال تكلم الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري عن أهمية مراعاة القاضي للظروف المحيطة بالعقد بقوله إذا تعهد رب العمل بقيام بالبناء خلال مدة محددة إلا أنه أثناء تنفيذ البناء ارتفعت أسعار مواد البناء ارتفاعاً فاحشاً بسبب الانفتاح على الاستيراد، فهنا يتدخل القاضي ويطلب وقف تنفيذ أشغال البناء مؤقتاً حتى زوال السبب<sup>3</sup> المنشأ للظرف الطارئ، ويمكن للقاضي الإبقاء على تنفيذ الالتزام رغم وجود الظرف الطارئ إذا تبين أن السبب يرجع إلى تقصير المدين أو خطئه أو إهماله إلى غاية حدوث هذه الظروف الطارئة وبالتالي من باب مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد ومبدأ العدالة أن

<sup>1</sup>- TERKI Noureddine, l'imprévision et le contrat international dans le Code civil algérien, 1982, p438.

<sup>2</sup>- محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 253.

<sup>3</sup>- حميد بن شنيقي، المرجع السابق، ص 60.

يتحمل المدين عبء هذا التأخير في الظروف العادية وعليه لا تنطبق نظرية الظروف الطارئة باتفاق الفقه والقضاء.

### ثانيا: الموازنة بين مصلحة الطرفين

يقوم هذا الضابط على نظام توزيع العبء الطارئ، ذلك أن الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة هو تحقيق العدالة وإعادة التوازن إلى العقد، ولهذا يحرص القاضي عند النظر في العقد أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول للحفاظ على المصالح المتوازنة وهذا سبب إنشائه. بدل اختلال الرابطة العقدية<sup>1</sup> وتحول أحدهما إلى كاسب والآخر إلى خاسر مهددة بكارثة فادحة فينجم عنها إثراء بلا سبب، فإذا تعهد شخص بتوريد سلعة أو خدمة لدى هيئة أو مصلحة بسعر محدد ثم ارتفع سعر السلعة فجأة غير متوقع بحدوث ظرف استثنائي وهذا ما اقره القضاء الإداري اللبناني بأن الإخلال بالتوازن المالي للعقد يتحقق بتوافر شرطين أولهما أن تكون الأعباء الناجمة عن حوادث غير منتظرة قد فاقت الحد الأقصى للأسعار الذي توقعه الأطراف لدى إبرامهما العقد، وثانيهما أن ينتج عن المقارنة بين مجموع الواردات ومجموع المصاريف خسارة خاصة وليس نقصا في معدل الأرباح أو عدم تحقيق أي ربح، وهنا يدور البحث هل يلزم المورد بالاستمرار في التوريد بنفس السعر المحدد في العقد أم تقضي العدالة برفع بعض الضرر وتوزيع العبء وتحمل التبعة بينه وبين الدائن ويجب على الإدارة أن تشارك المتعهد في خسارته فتتحمل قسما منها من دون أن تلتزم بتعويض خسارته كلها، بل يكفي أن تقدم عوناً له، ولو مؤقتاً يعينه على الاستمرار في القيام بالالتزامات العقدية فالواقع أن الإدارة المتعاقدة تلتزم بمشاركة المتعاقد معها جزءاً من الخسارة التي لحقت به طيلة فترة الظرف الطارئ ضماناً لتنفيذ العقد الإداري وتحقيق السير المرفق العام فيتحرر دور القاضي الإداري على الحكم بالتعويض المناسب وهذا التعويض المترتب تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة ما هو في الواقع إلا معاونة ومشاركة الإدارة للمتعاقد

<sup>1</sup> -محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، دار الجامعة، الإسكندرية، مصر، 2007.

معها لتخفف من خسارته كي يستطيع الاستمرار في تنفيذ التزاماته، وهذا التعويض لا تحكمه قاعدة ثابتة، وإنما يراعي فيه القاضي مقتضى الحال، وظروف العقد وحالة المتعاقد والقدر اللازم من التعويض حتى لا يتوقف العقد، وسواها من الاعتبارات التي يعود تقديرها إلى القضاء.<sup>1</sup>

### ثالثاً: رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول

يعتبر هذا الضابط أساسياً بالنسبة للقاضي عند تطبيق نظرية الظروف الطارئة، لأن الهدف منها هو إعادة التوازن الاقتصادي والمالي للرابطة العقدية، وهذا لا يكون إلا باشتراك أطراف العقد الدائن والمدين معاً في الخسارة التي سببتها الظروف والحوادث الطارئة الغير متوقعة وكلمة الحد المعقول تعد معياراً مرناً ينظر فيه إلى كل قضية على حدة وللقاضي السلطات والصلاحيات الواسعة في تقدير هذا الحد بعد الموازنة بين مصالح العلاقة العقدية، فيأخذ بعين الاعتبار الفرق الناجم بين قيمة الالتزام في العقد وقيمه بعد وقوع الحادث أساساً للتحديد، وفقاً للمعيار الموضوعي كما لا يمنع القاضي من الأخذ بالمعيار الشخصي وذلك بالرجوع إلى الأحوال المالية للمدين، وذلك في نطاق محدود لأن المساواة التامة بين المدينين مهما تباينت الظروف واختلفت الأحوال أمر تأباه العدالة.

### الفرع الثالث: أن يكون الالتزام العقدي متراخي التنفيذ

العقود المتراخية التنفيذ يقصد بها أن يكون العقد من العقود المستمرة ويستغرق تنفيذها مدة من الوقت بمعنى أن تمر فترة زمنية بين إبرام العقد وتنفيذه بحيث لا يكون الالتزام قد نفذ عند حدوث الطارئ، وقد اختلف الفقهاء حول العقود الفورية مؤجلة التنفيذ في إمكانية القاضي تطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها أم لا، فهناك رأي من الفقه يقتصر تطبيقاً للنظرية على عقود المدة فقط، أما العقود الفورية فتخرج من دائرتها بسبب اتحاد وقت الإبرام مع وقت التنفيذ وهذا يتناسب مع هدف وغاية النظرية، حتى ولو

<sup>1</sup> - الياس ناصيف، العقود الدولية، عقد البوت B.O.T في القانون المقارن، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص324.

كانت هذه العقود الفورية المؤجلة التنفيذ في المستقبل أو كان تنفيذها محددًا على فترات، أما الرأي الموسع فذهب إلى تطبيق النظرية على العقود إذا ما ارجئ تنفيذها إلى المستقبل

هذا ولم ينص المشرع الجزائري على هذا الشرط على غرار المشرع المصري وباقي تشريعات الدول العربية التي اخذت إلى هذه النظرية، إذ يعتبر هذا الشرط شرطًا غالبًا في نظرها لا شرطًا ضروريًا ولم يحدد هذه العقود أو يذكر شيئًا بخصوصها.

### المطلب الثالث: التغيرات الطارئة على التوازن المالي والاقتصادي للعقد التجاري الدولي

إن تعبير التوازن المالي للعقد يأخذ مفهوم العدالة المالية عند بعض الفقهاء التي بموجبها أن طرفي العقد وضعا نوعا من التوافق بين التزاماتهم، لذا إن قطع هذا التعادل نتيجة ظروف معينة يترتب عليه إعادة التوازن المالي إليها، وهذا معمول به في معظم العقود الدولية فتدرد عليها الشروط مراجعة الثمن إذا تغير الوضع الاقتصادي للعقد من اجل ضمان التوازن المالي عن طريق تضمين شرط إعادة التفاوض hardship أو شرط خاص بالإعفاء clause dislocation economi وتنفيذه بحسن النية.<sup>1</sup>

وهذا ما عبرت عنه الإرادة واتجهت إلى إحداثه وقت إبرام العقد، فإذا طرأت ظروف جديدة غير متوقعة من شأنها تعديل التوازن العقدي من باب مبدأ الإنصاف والعدالة وحسن النية، يجب الأخذ بتجسيد إرادة للأطراف وهذا ما عبر عنه مجلس الدولة الفرنسي في العقود الخاضعة للقانون العام مبدأ استمرارية المرفق العام حيث يلتزم المتعاقد بتنفيذ<sup>2</sup> العقد ما عدا حالة القوة القاهرة إذا طرأت ظروف طارئة زادت في التزاماته وأرهقت ذمته المالية بشرط ان تكون الظروف جديدة وغير متوقعة وقت إبرام العقد أدت إلى انقلاب في التوازن الاقتصادي والمادي للعقد، فالمتعاقد له الحق في طلب التعويض عن الجزء الأكبر من الخسارة مع التزامه بتنفيذ العقد مع الظروف الجديدة.

<sup>1</sup> - محمد علي جواد، العقود الدولية العقود الدولية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ص 187.

<sup>2</sup> - محمد علي جواد، مرجع نفسه، ص 187.

هناك شرط الإعفاء في حالة تغير الظروف يستخدمه مجلس الدولة الفرنسي في العقود المدونة بالفرنسية والإنجليزية عندما يتعرض العقد إلى الانقلاب في اقتصاده، ولتحقق هذا الشرط يجب ان تكون حالة تغير الطرف ذات درجة خطورة كبيرة أثرت على توازن العقد بالإضافة إلى الشروط المعروفة وهي حالة القوة القاهرة وشرط عدم التوقع وعدم المقاومة، فإذا اجتمعت كان لمجلس الدولة الفرنسي تبرير التعويض للمتضرر بتطبيق نظرية الظروف الطارئة والأثر القانوني المترتب عن تطبيق شرط الإعفاء أو شرط إعادة التفاوض هو أن حالة انهيار التوازن الاقتصادي للعقد يدخل الأطراف في حالة تفاوض حول الظروف الجديدة وشروط تعاقدية أخرى وهذا باتفاق الأطراف.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - محمد علي جوا، مرجع نفسه ، ص 189، 188.

### المبحث الثاني : مفهوم نظرية القوة القاهرة

يسود العالم بين الحين والآخر اضطرابات مختلفة تؤثر في التجارة الدولية مباشرة أو غير مباشرة أما أن تكون سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو عسكرية أو أمنية أو تكنولوجية وغيرها، وتؤثر كذلك على تعهدات والتزامات التجار في علاقاتهم مع التجار الآخرين بعضهم البعض، فيترتب عليها عدم قدرة أحد الأطراف على تنفيذ التزاماتهم العقدية إلى حد يصل إلى استحالة التنفيذ بسبب حدوث وقائع خارجة عن إرادة المدين لا يمكن دفعها أو ردها أو حتى مقاومتها، هذه الوقائع أو الأحداث يعبر عليها الفقه بالقوة القاهرة التي تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام وانقضاء العقد، وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث بالوقوف على نظرية القوة القاهرة المستقرة في الفقه بالتطرق أولاً إلى التعريف بها سواء على المستوى التشريعي والقضائي والفقهية ثم تعريفها في الاتفاقيات الدولية ثم المقارنة بين نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة هذا كله في خمسة مطالب.

#### المطلب الأول: التعريف التشريعي للقوة القاهرة

حقيقة أن القوة القاهرة هي حدوث ظرف أو وقائع خارجة عن إرادة المدين وقت إبرام العقد وتنفيذ الالتزام أدت إلى استحالة تنفيذه، وقد عالجت مختلف التشريعات الوطنية مسألة القوة القاهرة بتحديد أركانها وأثرها على تنفيذ الالتزامات العقدية، والقوة القاهرة كحالة غير مألوفة وغير معهودة لأطراف العقد عند تنفيذ الالتزامات، واستقر معناها في القانون الداخلي ومن بين التشريعات التي نصت على القوة القاهرة، المشرع الجزائري الذي اكتفى بالنص عليها في مواد مختلفة ومتفرقة في الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني في المواد 712، 138، 168، 176، 178... وغيرها فاستخدم مصطلحي القوة القاهرة والحادث الفجائي وكذلك مصطلح السبب الأجنبي في المواد 215، 307، 336 معدلة، واستعمل مصطلح ظروف القاهرة في المادة 599.

أما القانون الألماني فقد عرف هذا المصطلح بعبارة استحالة التنفيذ في المادة 275 من قانون الالتزامات المدنية « يعفى المدين من التزاماته بأداء العمل، عندما يصبح هذا العمل مستحيلاً نتيجة ظروف حصلت منذ نشوء الدين والذي لم يكن مسؤولاً عنه » أما في الشريعة العامة لا يظهر مصطلح القوة القاهرة إلا بشكل الاتفاقية بين أطراف العقد، بالإضافة إلى ذلك لم يقف المشرع الإنجليزي عند حدود معيار الاستحالة المادية، إنما عرف نوعاً آخر من الاستحالة هي استحالة الهدف frustration التي تقضي بإعفاء المدين في العقود التجارية من تنفيذ التزامه إذا أصبح التنفيذ مستحيلاً أو صعباً بسبب خطأ لا يد للمدين فيه.

أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة 1147 من القانون المدني: « لا يكون المدين مسؤولاً عن عدم تنفيذ التزامه إلا إذا كان عدم التنفيذ راجعاً إلى سبب أجنبي غير منسوب إليه» يتبين أن التشريع الفرنسي لم يضع تعريفاً للقوة القاهرة، وإنما اكتفى بالآثار والنتائج المترتبة عن حدوث القوة القاهرة حالة لإعفاء المدين من تنفيذه التزامه.<sup>1</sup>

أما التشريع المصري فقد نص في المادة 165 من القانون المدني على أنه « إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك » وهذا النص يعالج مسألة القوة القاهرة كسبب للإعفاء في مجال المسؤولية التقصيرية، أما في مجال المسؤولية العقدية فقد نص المادة 1/217 على أنه « يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين نتيجة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة» وتكرر هذا الأمر في مواد أخرى مثل 227، 265 وهذا ما فعله التشريع الأردني في نص المادة 448 من القانون المدني على أنه « ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه » وكذلك نصت المادة 1/177 من قانون أصول المحاكمات الحقوقية

<sup>1</sup> - عواقب صليحة، تكييف العقود مع تغير الظروف، رسالة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 1998 ص 27.

الأردني على أنه « إذا لم يتم المتعهد بإجراء ما تعهد به إن كان عدم قيامه ناشئاً عن سبب اضطراري لا يمكن أن ينسب إليه وليس في وسعه دفعه فلا يلزم بشيء من العطل والضرر»

### المطلب الثاني: التعريف القضائي للقوة القاهرة

من خلال التشريعات المقارنة السابقة نجد أنها اكتفت بتحديد الأثر المترتب على القوة القاهرة وترك الباب للقضاء للاجتهاد في مسألة توفر عناصر القوة القاهرة وشروطها، فمثلاً القضاء الفرنسي عرف القوة بأنها « ذلك الحادث المفاجئ الذي يعفي المدين من تنفيذ التزاماته شريطة أن يكون ذلك الحادث غير متوقع ولا يمكن مقاومته»<sup>1</sup> فعند توفر هذه العناصر الثلاثة مع بعضها البعض يجوز للمدين أن يتمسك بوجود القوة القاهرة كحالة لإعفائه من المسؤولية، ولكن بالرجوع إلى بعض الأحكام القضائية مثل الحكم القضائي الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1980/11/26 قالت فيه: « إن الرياح الشديدة التي أدت إلى وقوع كارثة اقتلاع صومعة كان لها طابع عنف شديد، إلا أن هذه الكارثة لا تشكل حالة قوة القاهرة، ومع أن هذه العواصف جاءت استثنائية وترتدي طابع الظاهرة لكنه كان بإمكان الطاعن توقعها » وهذا يفسر أن تطبيق حالة القاهرة ليس بالأمر السهل في ظل عدم إفصاح المشرع عن تحديد مفهوم القوة القاهرة، مما يفتح الباب أمام القضاة في تطبيق النص حسب فهمه في غياب معيار أو معايير تطبيق القوة القاهرة كحالة الإعفاء من المسؤولية، تأتي الأحكام القضائية متضاربة بين القبول والرفض في تطبيق حالة القوة القاهرة، وهذا إن دل فإنما يدل على أنه ليس هناك معيار عام وشامل للحوادث التي تشكل حالات للقوة القاهرة بالإضافة إلى ذلك تحديد في كل حالة من الحالات التي يتطلب فيها تطبيق القوة القاهرة وتوفر الشروط اللازمة لتحقيقها.

أما بالنسبة للقضاء المصري فإنه يجمع على أن السبب الأجنبي يشكل صورة من صور القوة القاهرة بالإضافة إلى خطأ المضرور وخطأ الغير، وجاء في حكم محكمة النقض المصرية « أن السبب

<sup>1</sup> - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ص 196,195.

الأجنبي لا يكون إلا قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير»<sup>1</sup> وكذلك عرفت نفس المحكمة في حكمها الصادر بتاريخ 29 يناير 1976 حيث قالت: « القوة القاهرة بالمعنى الوارد في المادة 165 من القانون المدني تكون إما حربا أو زلزالا أو حريقا، كما قد تكون أمرا إداريا واجب التنفيذ ومن تعريف القضاء المصري كذلك محكمة استئناف بقولها « القوة القاهرة والحادث المفاجئ عبارة عفيذ بشرط أن تتوافر فيه استحالة التوقع واستحالة الدفع، وينقضي به التزام المدين في المسؤولية العقدية، وتنقضي به علاقة السببية بين الخطأ والمضرور، ولا يكون هناك محل للتعويض في الحالتين » ن أمر لم يكن ممكنا توقعه ولا تلافيه ومن شأنه أن يجعل الوفاء بالعهد مستحيلا<sup>2</sup> » أو أنه « حادث مستقل عن إرادة المدين ولم يكن في وسعه توقعه أو مقاومته » ومن خلال هذه التعريفات السابقة يتبين أن القوة القاهرة تشكل سببا من أسباب الإغفاء من المسؤولية بكل أنواعها أو صورها إذا توفرت عناصرها وشروطها.

أما القضاء الأردني فقد عرف القوة القاهرة في عدة أحكام أصدرتها محكمة التمييز وقالت في أحدها في سنة 1975 « أنه لكي يعتبر الحادث قوة قاهرة أو سببا اضطراريا بالمعنى المقصود في المادة 1/177 من قانون أصول المحاكمات الحقوقية، يجب أن يتوافر فيه شرط عدم استطاعة دفعه، حتى إذا كان باستطاعة المدين تنفيذ التزامه بطريقة أخرى فلا تكون هناك قوة قاهرة » وفي حكم آخر، اكتفت المحكمة ذاتها بالقول « أنه لكي يعتبر الحادث قوة قاهرة، يجب أن يتوافر فيه شرط عدم استطاعة دفعه وأن لا يكون هناك خطأ من جانب المدين »

واشترط القضاء ألا يكون هناك خطأ من جانب المدين وإلا فقدت القوة القاهرة صفتها بقولها في حكم لمحكمة التمييز: « إن تساهل الجهة التي طرحت العطاء بإفساح المجال أمام المتعهد لتنفيذ التزامه تنفيذا صحيحا بأية طريقة بعد أن أصبح من المعروف إغلاق الحدود مع البلد الذي سيتم إحضار المواد عن طريقة، لا يؤخذ مبررا للاحتجاج ضدها بالقوة القاهرة، خصوصا وقد كان باستطاعة المتعهد إحضار

<sup>1</sup> - 29 يناير 1976 ، صدر حكم مدني عن محكمة النقض المصرية.

المواد حسب المواصفات من أي بلد آخر كما فعلت الجهة التي طرحت العطاء أما القضاء الجزائري، فقد عرفت المحكمة العليا القوة القاهرة بأنها « حدث تتسبب 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 »<sup>1</sup> واعتمدت المحكمة العليا في تعريفها للقوة القاهرة على القرارين الصادرين عن المجلس الأعلى المؤرخين في 1966/06/01 و 1970/06/09 واللذان يعرفان القوة القاهرة بأنها « كارثة طبيعية غير متوقعة ولا يمكن التصدي لها ونقلت من مراقبة الانسان »

### المطلب الثالث: التعريف الفقهي للقوة القاهرة

كان للفقهاء دور كبير في تحديد معنى القوة القاهرة وبيان شروطها وآثارها والحادث المفاجئ، فقد ذهب رأي فقهي إلى وجوب التفرقة بينهما بقولهم أن الحادث المفاجئ بأنه « حادث طبيعي، والطبيعة هي التي تسبب الضرر، مثل الزلازل، البراكين، الفيضانات، العواصف، الآفات وغيرها. أما القوة القاهرة ليست حادثا طبيعيا، بل هي صادرة عن إرادة شخص آخر أو الغير » وعرف البعض الآخر القوة القاهرة بالقول « أن الحادث الذي لا يمكن مقاومته يعد قوة قاهرة، أما الحادث المفاجئ فهو الذي يمكن توقعه، وتتعلق القوة القاهرة باستحالة التنفيذ المطلقة، أما الحادث المفاجئ فيتعلق باستحالة التنفيذ النسبية. »

وأسس بعض الفقهاء التفرقة بين الحادث المفاجئ والقوة القاهرة على أهمية الحادث، حيث إذا كان كبيرا فإنه يشكل قوة قاهرة، وإذا كان قليلا فإنه حادث مفاجئ.

<sup>1</sup> - رشيد مأمون، العلاقة السببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، مصر، ص 90.

ومن بين الفقهاء الذين فرقوا بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ اكستر وجوسران وقامت فكرة التفرقة عند الفقيه الأول على المعيار المادي وهي خروج الحادث عن دائرة الخصوم وتكون القوة القاهرة هامة ومشهورة.<sup>1</sup>

أما الذين نادوا بوحدتهما فلم يجدوا مبررا واحدا للتفرقة، وهذا هو الاتجاه الراجح فقها وقضاء.

### المطلب الرابع: تعريف القوة القاهرة في الاتفاقيات الدولية

بالرجوع إلى بعض الاتفاقيات التي عالجت موضوعا من موضوعات التجارة الدولية مثلا اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع الشهيرة باسم اتفاقية فيينا للبيع الدولية سنة 1980، حيث أقامت المسؤولية على الطرف المخالف في عقد البيع، وأعفته من المسؤولية في حالة عدم تنفيذ التزامه في حالتين: الأولى هي حالة عدم التنفيذ بسبب استحالة لقوة القاهرة، والثانية هي حالة عدم التنفيذ بسبب فعل صدر عن المتعاقد الآخر وما يهمننا في هذا المقام هو الحالة الأولى، وبالرجوع إلى نصوص الاتفاقية، نجد أنها نصت في المادة 1/79<sup>2</sup> بقولها « لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته، إذا أثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته، 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 » فاستخدمت الاتفاقية عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه مصطلح عائق الذي يعوق تنفيذه لالتزامه، ويكون خارجا عن إرادته ولم يكن يتوقع حدوثه، ولا يمكن تجنبه أو دفعه والتغلب عليه أو تجنبه وقت انعقاد العقد، وحرصت على البعد عن استخدام أي من المصطلحات المستخدمة أو المستعملة في التشريعات الوطنية لوصف القوة القاهرة، واختارت مصطلحا جديدا هو

<sup>1</sup> - حسبو الفزاري، مرجع سابق، ص534.

إن ركن الخروج المادي كما نادى به القانون بالتفرقة بين القوات القاهرة والحادث المفاجئ يعني أن الحادث يعتبر مفاجئا إذا كان مرده داخليا كاملا في الشيء ذاته كأنفجار آلة في المصنع، أما الحادث يخرج خروج ماديا فيعتبر قوة القاهرة<sup>2</sup> - م1/79 من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع وفيينا 1980 الأمم المتحدة، نيويورك، ص21.

العائق<sup>1</sup> empêchement، ويرجع ذلك في عدم التأثير بمفهوم هذه المصطلحات في الدول التي تأخذ بها عند تفسير محاكمها للحكم الذي أخذت به الاتفاقية، وكذلك الحرص على الطابع الدولي للاتفاقية ومحاولة منها للاقتراب من تفسير موحد تجتمع عليه كافة الدول الأعضاء في الاتفاقية

كذلك نصت المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما بتوحيد القانون الخاص في المادة 7-1-7 بقولها: « يعفى المدين من المسؤولية عن عدم التنفيذ اذا اثبت 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 تجاوزه نتائجه»<sup>2</sup>

وبالرجوع إلى اتفاقية فيينا والتعريف الذي أخذت به، يتعين أن يتوافر في الحادث الذي يعد عائقا حسبها لثلاثة شروط رئيسية وهي: الشرط الأول أن يكون خارجا عن إرادة المدين، والثاني أن يكون غير متوقع، والثالث أن لا يمكن تجنبه أو التغلب عليه.

أما بالنسبة للشرط الأول، فيجب أن يكون العائق أجنبيا عن فعل المدين ويعني ذلك عدم نسبه إلى فعل صادر من المدين، كأن يتعذر على البائع تسليم البضاعة لعدم حصوله على التراخيص اللازمة لتصديرها، أو يتعذر على المشتري دفع ثمن لعدم سحب الترخيص أو الإذن اللازم للحصول على العملة الأجنبية، وبمفهوم المخالفة لا يتحقق الشرط اذا كان العائق راجعا إلى فعل صادر عن عمال تابعين للمدين اثناء تنفيذ العقد مثلا عدم وضع الأجهزة المباعة بصورة سليمة، أو عدم معاينتها وفحصها قبل تسليمها، أما اذا كان العائق لا علاقة له بالعقد كإضراب العمال ففي هذه الحالة يكون الحادث خارجا عن إرادة المدين.

<sup>1</sup> استخدمت الاتفاقية مصطلح العائق Empêchement في النسخة باللغة الفرنسية ومصطلح impediment في نسختها باللغة الإنجليزية.

<sup>2</sup> - أعد المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص الكائن مقره بمدينة إيطاليا في عام 1994 من مجموعة من المبادئ العامة للتجارة الدولية موزعة على سبعة فصول مسبقة بأحكام عامة، واعترفت هذه المبادئ بالقوة القاهرة hardship ، وهذه المبادئ ليست بمثابة اتفاقية وتطبق عندما يتفق الأطراف عليها أو الى قانون التجارة الدولي.

أما الشرط الثاني يجب أن يكون الحادث غير متوقع الحدوث، ويكون بعد انعقاد العقد سواء من ناحية حدوثه أو وقته، ولتقدير هذا الشرط تبنت الاتفاقية معيار الموضوعية بالنسبة للرجل العادي سوى الإدراك في نفس الظروف.<sup>1</sup>

أما الشرط الثالث المتعلق بالحادث الذي لا يمكن دفعه، يعني أن يبذل المتعاقد جهده في منع أو دفع العائق للتغلب عليه أو تجنبه، فإن لم يستطع تجنب آثاره أو التقليل منه، ولكن بالرغم من ذلك وقع الحادث وتعذر المتعاقد أو المدين من تنفيذ التزامه فإن الشرط يكون متحققاً<sup>2</sup> وتقدير هذا الشرط يكون بالرجوع إلى معيار الشخص المعتاد الذي وجد في نفس ظروف المديماً عن مسألة إثبات توافر شروط العائق، فيقع عبء إثبات الشروط على عائق الطرف المتخلف عن التنفيذ، ولا يكفي أن يثبت توفر الشروط الثلاثة اللازمة لقيام حالة الاعفاء من المسؤولية بسبب القوة القاهرة، وإنما عليه إثبات أن العائق هو السبب المباشر في عدم التنفيذ.

### المطلب الخامس : مقارنة بين القوة القاهرة والظروف الطارئة

تعد القوة القاهرة من أكثر النظم اقتراباً من نظرية الظروف الطارئة، ولهذا يصعب التمييز أحيانا بينهما، ولهذا سنحاول في البحث في أوجه الاتفاق بين النظامين وأوجه الاختلاف.

#### الفرع الأول: أوجه الاتفاق

تتشارك القوة القاهرة مع نظرية الظروف الطارئة في عدة أوجه:

أولاً: وحدة الأصل أو المنشأ ويقصد به: أن الحادث أو السبب المنشئ للظروف الطارئة هو نفسه المنشئ للقوة القاهرة، فمثلاً قيام الحرب أو العدوان أو الحصار أو الزلازل أو الأمراض والأوبئة أو الإضرابات

<sup>1</sup> خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا، 1980 مكتبة الإشعاع الفني، الإسكندرية 2008، صص 73، 72.

<sup>2</sup> - حسبو الفزاري، مرجع سابق، ص 534.

الذي ينتج عنه استحالة تنفيذ الالتزام العقدي في بعض الأحوال بسبب القوة القاهرة هو نفسه ينتج عنه الإرهاق في أحوال أخرى.

**ثانياً:** أن شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة تكاد تتطابق مع بعضها البعض، فكل النظامين يشترط أن يكون الحادث غير متوقع وغير ممكن دفعه أو مقاومته أو الاحتراز منه، أي أن يكون الحدث فجائياً.

**ثالثاً:** إن أثر القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة ينص على تنفيذ الالتزام مما يؤدي إلى صعوبات في التنفيذ إما بالفسخ أو التعديل.

**رابعاً:** إن وقت الاعتداد بالنظامين سواء القوة القاهرة أو الظروف الطارئة كحالة من حالات انفساخ العقد أو تعديله يكون عند إبرام العقد وانعقاده صحيحاً وقبل الانتهاء من تنفيذه، وعليه فهاتان الواقعتان لا يعتد بهما قبل إبرام العقد وبعد تمام تنفيذه ولهذا تتفق الواقعتان أن شرط التطبيق يكون في مرحلة تنفيذ الالتزامات.<sup>1</sup>

**خامساً:** يتفق أن نظرية القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة من اجتهاد الفقه والقضاء الإداريين الفرنسيين الذين كان لهما السبق في استحداث أنظمة قانونية تتعلق بمسائل صعوبة التنفيذ أو استحالة التنفيذ أو حدوث ظروف وحوادث وأسباب تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقاً ويهدد أحد المتعاقدين بضرر وخسارة كبيرين أو يجعله مستحيلاً، كما اجتهد في وضع أنظمة قانونية أخرى قريبة أو شبيهة لنظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة كنظرية فعل الأمير والصعوبات المادية، الغبن لاحق، الاستغلال النظامي، الإذعان وغيرها.

<sup>1</sup> - حسبو الفزاري، مرجع سابق، ص 534.

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف بين نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة

أولاً: فكرة النظام العام إن نظرية الظروف الطارئة اعتبرها القانون من القواعد الملزمة و الأمرة التي لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفتها أو استبعادها لأنها من النظام العام وبالتالي الخروج عنها أو مخالفتها يستوجب الجزاء، ولهذا نجد الأنظمة القانونية في حالة حدوث صعوبات أو أسباب تؤدي إلى إرهاب المدين في تنفيذ التزامه تلزم بتطبيق قواعد وأحكام نظرية الظروف الطارئة على العقد، وللقاضي الحق في التدخل في العقد من موجبات فكرة النظام العام، أما نظرية القوة القاهرة فيجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها أو استبعادها دون وجود مانع يمنع الأطراف قانون من الاتفاق على الخروج عليها

ثانياً: من حيث العمومية: تشترط الأنظمة القانونية إلى جانب شرط عدم التوقع عدم دفع أو مقاومة الحدث الذي تتفق فيه نظرية القوة القاهرة مع نظرية الظروف الطارئة<sup>1</sup>

شرط ثالث هو شرط العمومية، يعني أن يكون الحادث عاماً ليس خاصاً أي يتسع ليشمل مجموعة من الأفراد أو الأمكنة أو الأقاليم، وهذا شرط لا يتوفر إلا في نظرية الظروف الطارئة، أما نظرية القوة القاهرة فيكفي أن يكون الحدث من الحوادث الفردية التي يتعدى أثرها شخص المدين.

ثالثاً: من حيث تطبيق المسؤولية التقصيرية والعقدية: الأصل أنه إذا توفرت شروط القوة القاهرة بمعنى أن الشخص ليس له يد فيه، وأن الضرر نتج عن سبب أجنبي فإنه غير ملزم بالتعويض إلا إذا وجد نص أو اتفاق يلزمه بالتعويض، وفي هذه الحالة تطبق قواعد المسؤولية التقصيرية، وهذا على عكس نظرية الظروف الطارئة في حالة إذا ثبت أن سبب الظرف الطارئ الذي أدى إلى فعل المدين وليس السبب الأجنبي ففي هذه الحالة ينقرر تطبيق قواعد المسؤولية العقدية<sup>2</sup>

1 - حسبو الفزاري، مرجع سابق، ص ص 538، 539، 542.

2 - حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، مطبعة مصر، 1949، ص 453.

رابعاً: من حيث القانون المختص: نجد أن بعض الأنظمة القانونية تدرج نظرية الظروف الطارئة ضمن

اختصاص القضاء المدني والقضاء الإداري سواء كانت العقود مدنية أو إدارية<sup>1</sup>

خامساً: من حيث الأشياء محل الالتزام : إذا هلك محل الالتزام المعني بالذات بتسجيل تنفيذه وتطبيق

عليه قواعد نظرية القوة القاهرة، أما إذا كان محل الالتزام من الأشياء المثلية، فلأصل أن الأشياء تتماثل

مع بعضها البعض ويقوم بعضها في الوفاء في مقام البعض طالما أن هناك شيئاً مثل آخر بديلاً عما

أصابه الهلاك ومن ثمة لا تنطبق قواعد القوة القاهرة طالما أنها تجد سبيلاً إلى التطبيق والتنفيذ<sup>2</sup>

أما تطبيق نظرية الظروف الطارئة فلا تخضع لنفس القواعد التي تحكم نظرية القوة القاهرة فهي

تتعلق بالأشياء محل الالتزام سواء المعني بالذات أو المثلي، فتتطبق عليهما النظرية طالما توافرت

شروطها.

سادساً: من حيث الأثر: يشترط القانون في القوة القاهرة لإعمالها أن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا استحالة

مطلقة، أما الظروف الطارئة فيكفي لإعمالها أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً وصعباً دون أن يكون

مستحيلاً، فالمدين في الظرف الطارئ يستطيع تنفيذ الالتزام رغم صعوبته وشدته بينما في القوة القاهرة

يستحيل ذلك، وكذلك من حيث الأثر أن الظرف الطارئ أثره مؤقت فالحكم الذي تقضي في حالة وقوع

الظرف الطارئ ويعود المتعاقدان إلى الحالة الأصلية للعقد فالظرف الطارئ يتغير بوجود أثر الظرف

الطارئ وينتهي، أما إذا وقع أثر القوة القاهرة فيستحيل تنفيذ الالتزام<sup>3</sup>

سابعاً: من حيث الجزاء: إن فكرة الجزاء وجه من أوجه الاختلاف الكبير بين المفهومين، فإذا كان أثر

القوة القاهرة هو الاستحالة المطلقة فالجزاء المناسب هو فسخ العقد وانقضاؤه وإعفاء المدين من كل شكل

<sup>1</sup> - حسبو الفزاري، مرجع نفسه، ص544.

<sup>2</sup> - خالد علي سليمان بن أحمد، الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة، دراسة مقارنة بين الفقه والقانون الوضعي،

المجلة الاردنية في الدراسات الإسلامية، الأردن، العدد الثاني، 2006، ص ص7,8.

<sup>3</sup> - الفزاري حسبو، المرجع نفسه، ص574.

من أشكال أو صور التعويض، أما الظروف الطارئة فأثرها الاستحالة النسبية للعقد مما يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا أو صعبا للمدين يهدده بخسارة، فالجزء المناسب هو تعديل شروط العقد ورد الالتزامات إلى الحد المعقول والتخفيف من وقعها عليه دون الإضرار بالطرف الآخر لإعادة التوازن المالي للعقد<sup>1</sup>

**ثامنا:** من حيث أساس تطبيق النظرية: إن الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة هو التعسف في استعمال الحق والكسب بلا سبب مشروع، أما نظرية القوة القاهرة تقوم على أساس الاستحالة المطلقة وفوات محل وفقدان أحد أركان العقد أو أحد شروط انعقاده، وعليه فإن نظرية الظروف الطارئة عند تطبيقها يراعى فيها مبدأ العدالة والمساواة وإزالة الضرر، أما نظرية القوة القاهرة فيراعى مبدأ زوال محل العقد أو انعدامه عند تحديد الأساس.

**تاسعا:** من حيث طلب التطبيق: إن تطبيق أثر الظروف الطارئة إما يكون بطلب المتعاقدين أو أحدهما بهدف الحصول على حكم قضائي بالتعديل أو الفسخ أو التعويض، أما القوة القاهرة فيتم الانفساخ تلقائيا بقوة القانون، دون أن يكون هناك شرط في العقد أو حكم من القضاء لانحلال العقد، ومن ثمة فتطبيق نظرية الظروف الطارئة تحتاج إلى حكم القضاء أو إرادة المتعاقدين ورضاهم، أما في القوة القاهرة فيكون الانفساخ تلقائيا بقوة القانون دون رضا ولا قضاء.

إن القوة القاهرة تنهي الالتزام وتعفي المدين من تنفيذ الالتزام والتعويض في حين الظروف الطارئة لا تعفي المدين من تنفيذ العقد وإنما تمكنه من حق التعويض أو تعديل الالتزام أو حتى الفسخ أو إيقاف التنفيذ وتأجيله إلى زوال الإرهاق والمانع.

إن أسباب تطبيق نظرية الظروف الطارئة تعود إلى حوادث خارجة عن إرادة المدين كالأفات والكوارث الطبيعية وغيرها، أما أسباب نظرية القوة القاهرة تعود إلى المدين نفسه بخطئه وتقصيره أو بسبب شخص آخر أو بسبب آفة أو كارثة طبيعية تؤدي إلى زوال محل العقد مطلقا أو استحالة التنفيذ.<sup>2</sup>

1 - خالد علي سليمان بن أحمد، مرجع سابق، ص 9.

2- خالد علي سليمان بن أحمد، مرجع نفسه، ص 11.

### خلاصة الفصل:

ركزت الدراسة في الفصل الثاني على القيود والاستثناءات التي ترد على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقوة الملزمة وهما نظريتا الظروف الطارئة والقوة القاهرة وأثرهما على تنفيذ عقود التجارة الدولية من خلال التعرف على مفهومهما وشروط تطبيقهما في مختلف الأنظم القانونية والقضائية والفقهية ثم خلصت الدراسة إلى إبراز أهم نقاط الاتفاق والاختلاف بين النظريتين.

# الباب الثاني

آثار المترتبة عن تغير الظروف  
في عقود التجارة الدولية

# الفصل الأول

مبدأ الحفاظ على العقد

## الباب الثاني: آثار المترتبة عن تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

تبرم عقود التجارة الدولية غالباً لمدة طويلة، تسبقها مرحلة طويلة من المفاوضات، يحاول فيها أطراف العقد الوصول إلى إتفاق قابل للتنفيذ وتعتبر هذه المرحلة فترة ذات أهمية بالغة في حياة العقد التجاري الدولي، فيصرح الأطراف عن مواقفهم التي ستكون حل مناقشة مشتركة للمشروع المقترح، إلا تعكس مدى حسن النية عند الأطراف في الوصول إلى تحقيق توازن في الحقوق والإلتزامات ويتم ذلك عن طريق حسن صياغة العقد بالشروط والبنود المتقنة عليها إستناداً إلى مبدأ معروف بنظرية العقد وهو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، على الرغم من أن مرحلة المفاوضات تأخذ من الجهد والوقت والمال الكثير إلا انها أساس نجاح العملية التفاوضية أو فشلها، والحكمة التي تقول مفاوضات ناجحة يعني عقد ناجح والعكس صحيح.

فالأصل في عقود التجارة الدولية أنّ العقد يبرم بصدد الإبقاء عليه والإستقرار في تنفيذه تحت أية ظروف، ما لم تأخذ هذه الظروف صورة الإستحالة المطلقة في التنفيذ، وإذ واجهت هذه العقود صعوبات تمنع أو تعرقل تنفيذها فإن المتعاملين في هذه العقود يبذلون قصار جهدهم في الحفاظ عليها وتجنب فسخه وإنهاء العلاقة التعاقدية.

وفي ظل هذا الواقع الجديد في التجارة الدولية خلق الفقه التجاري آليتين لمعالجة الوضع الجديد في تنفيذ العقد التجاري نتيجة حدوث ظروف طارئة أو قوّة قاهرة أعاقت الإستمرار في تنفيذ الإشتراط وهما فكرة الإبقاء على العقد "وهو أساس العلاقات" زفكرة إعادة التفاوض ومراجعة العقد حسب الوضع الجديد وعليه سنتناول في الفصل الأول مبدأ الحفاظ على العقد وتنفيذه ويتفرع إلى مبحثين الأول تحت عنوان وقف تنفيذ العقد لإعادة التفاوض بحسن النية أما في الفصل الثاني فيندرج تحت عنوان الإلتزامات التي يربتها تغير الظروف في عقود التجارة الدولية مقسم إلى مبحثين الأول بعنوان الإلتزام بتخفيف الضرر والثاني بالإلتزام بالإخطار.

## الفصل الأول: مبدأ الحفاظ على العقد

تتميز عقود التجارة الدولية عن تلك الداخلية بطول مدتها، ويعود ذلك إما إلى اتفاق الأطراف ورغبتهم في تحقيق قدر من الاستقرار في معاملاتهم كما في عقود الامتياز وعقود التوريد، ونظرا لارتباط العقد بمدة زمنية طويلة نسبيا سيجعله عرضة لبعض الظروف والأحداث التي قد تؤثر في قدرة الأطراف على تنفيذ التزاماتهم.

إذا كانت التغيرات في الظروف المحيطة بالعقد لها أثر واضح على المستوى الداخلي، فإن هذا الأثر يتزايد على المستوى الدولي، إذ غالبا ما تشهد حركة الأسواق العالمية تغير في أسعار المواد الأولية، والمواد المصنعة أو المنتجة بسبب بعض الاحداث والظروف، وقد أدى الواقع التجاري الدولي إلى إيجاد مفاهيم ونظم "مختلفة" جديدة فرضتها ظروف وملابسات التجارة الدولية جعلت من الواضح عدم ملائمة النصوص القانونية المختلفة في التشريعات الداخلية لمسايرة التطورات والمستجدات على مستوى التجارة الدولية تجعل أحيانا تنفيذ الالتزامات العقدية مستحيلة لفترة زمنية معينة قد تطول أو تقصر، وإنهاء العقد بسبب الأحداث أمر غير مرغوب فيه هنا في المنطق القانوني السليم سيما في عقود التجارة الدولية وتناديا للوقوع في حالة إنهاء العقود وتماشيا مع رغبة الأطراف في مثل هذه العقود هو تحقيق مصالح وغايات مشتركة يتعين الإبقاء والحفاظ على العقد والاستمرار في تنفيذه فنشأ نظام سمي بوقف العقد نتيجة إعاقة أو تعطيل 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 وهذا ما سنتناوله في المبحث الأول تحت عنوان نظام وقف تنفيذ العقد أما في المبحث الثاني سنتناول نظام إعادة التفاوض.

## المبحث الأول: نظام وقف تنفيذ العقد

تتحقق مصلحة المتعاقدين في حقل التجارة الدولية عندما يتم تنفيذ العقد بكامل شروطه، وطبقاً لهذه القاعدة فالأصل في المعاملات التجارية على الساحة الدولية هو الاستمرار في تنفيذ الالتزامات التي أنشأها العقد، ومن ثمة فإحلال العقد أو إنهائه بعدم تنفيذ أو عدم الوفاء من طرف المدين ما هو في الحقيقة الاستثناء تتيح للطرفين العودة إلى وضعهم الطبيعي قبل التعاقد<sup>1</sup>، إن أهمية وخصوصية عقود التجارة الدولية تفرض ألا يكون مصير العقد هو نفسه عندما يجعل حادث القوة القاهرة تنفيذ الالتزام مستحيلًا بشكل نهائي، أو أنه فقط مجرد عائق عارض يجعل تنفيذ الالتزام غير ممكن بصورة مؤقتة تبعاً لطبيعة الحادث ومصدره وهذا يؤدي إلى وقف تنفيذ العقد لفترة زمنية ويهدف نظام وقف العقد إلى تحقيق فائدة مزدوجة فهو أولاً يحمي العقد من الزوال بسبب وجود عائق قد يستمر فترة قصيرة، أي يؤمن بقاء العلاقة التعاقدية بين الأطراف والمراكز القانونية لهم خلال فترة زمنية معينة، و ثانياً يسمح للعقد بالسريان مرة أخرى منتجا لنفس الآثار التي كان ينتجها من قبل، وبمعنى آخر يحفظ فرصة بقاء العقد في المستقبل إذا كانت القوة القاهرة بمفهومها القديم تجيز وقف العقد، كما تجيزه أيضاً القوة القاهرة بمفهومها الحديث، فإن نطاق الوقف يختلف في كل من المفهومين ويظهر هذا الاختلاف من ناحيتين:

- من ناحية: يقتصر الوقف في ظل المفهوم التقليدي للقوة القاهرة، حسب الأصل، على حالة الاستحالة المؤقتة في الالتزام، فلا يمتد إلى أي حالة أخرى، أما في ظل المفهوم الحديث للقوة القاهرة، فإن الوقف يمتد إلى حالة إعادة التفاوض التي يفرضها هذا المفهوم، ففي الغالب في عقود التجارة الدولية يتفق الأطراف على أنه في حالة وقوع حدث بتغيير الظروف يجتمع المتعاقدان قصد الوصول إلى حل عادل.

- ومن ناحية أخرى فإنه في حالة الاستحالة المؤقتة للعقد فإن المفهوم التقليدي للقوة القاهرة يتوقف تنفيذ العقد لسببين إما أن يتفق " المتعاقدان " أنه في حالة حدوث مانع يشكل حالة من حالات الاستحالة

<sup>1</sup> - د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، الاستحالة واثرها على الالتزام العقدي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1994، ص 337.

المؤقتة يوقف تنفيذ العقد مؤقتاً، أو أن يفرضه القاضي أو المحكم عندما<sup>1</sup> يرفض أحد الاطراف التسليم بسبب حصول مانع مؤقت، ويستطيع القاضي وقف العقد في حالة تبين له زوال الحادث بعد فترة معينة.

أما بالنسبة لاستحالة المؤقتة في ظل المفهوم الحديث للقوة القاهرة أي أن غالبية عقود التجارة الدولية تحتوي على شرط وقف العقد في حالة تغير الظروف تعيق تنفيذ العقد وحسب رأينا يظهر الاختلاف الكبير بين الاستحالة المؤقتة في المفهوم التقليدي الذي يرجع الى إرادة القاضي اما في عقود التجارة الدولية نجده يرجع الى إرادة الأطراف التي هي أساس المعاملات التجارية الدولية. ولهذا تظهر أهمية سلطان الإرادة ودورها في مجال العقود التجارية الدولية بأن أصبحت حالة وقف تنفيذ العقد مؤقتاً قاعدة من قواعد التجارة الدولية ومبدأ من مبادئ العامة للقانون التجاري الدولي<sup>2</sup>.

ولبيان نظام الوقف في عقود التجارة الدولية يقتضي أن نحدد الأساس القانوني لنظام للوقف في المطلب الأول، وحالاته في المطلب الثاني وآثاره في المطلب الثالث وانقضائه في المطلب الرابع.

### المطلب الأول: أساس نظام وقف العقد

يجد أحيانا طرفي العقد بأن الحادث يعيق تنفيذ الالتزامات لفترة زمنية مؤقتة، وطبقا لتقديراتهم فإنه بعد مرور الطرف الطارئ العودة للظروف الطبيعية التي تسمح بتنفيذ العقد، فإن هذا الافتراض يرجع للطرف المدين ملزم بالتنفيذ فهو الوحيد الذي يقدر عدم تنفيذ الالتزام خلال هذه الفترة كما أنه الأعم بالوضع الراهن المسبب لحالة وقف تنفيذ الالتزام ومن مصلحة طرفي العقد الدولي، هو التمسك بالعقد وعدم الإسراع بطلب فسخ بمجرد وجود الحادث الجبري، ومن الصواب القول بأن من مصلحة المشتري التريث بعض الوقت حتى يزول المانع ومن ثمة الرجوع إلى الحالة العادية ولهذا فوقف العقد في حالة القوة القاهرة بمفهومها التقليدي يتم بقوة القانون خاصة إذا كان مانع التنفيذ مؤقتاً، فإن الوقف في حالة

<sup>1</sup> - محمود سمير الشراوي، عقود التجارة الدولية-دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع-، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، مصر، ص ص10،11.

القوة القاهرة بمفهومها الحديث يستند إلى أكثر من أساس قانوني، هذا بالإضافة إلى أن عقود التجارة الدولية تعرف حالة جديدة من حالات وقف العقد وهي وقف العقد أثناء إعادة التفاوض إعمالاً للقوة القاهرة أو إعمالاً لشرط إعادة التفاوض في العقد<sup>1</sup>.

ويتنوع الأساس القانوني للنظام وقف عقود التجارة الدولية بداية بإرادة الأطراف ثم الاتفاقيات الدولية وأحكام وقرارات التحكيم التجاري الدولي.

### الفرع الأول: إتفاق الأطراف

فإن نظام الوقف هو الحل الوسط بين تحمل أحد المتعاقدين تبعه القوة القاهرة، وبين بسبب القوة القاهرة، ومن تطبيقات محكمة النقض في هذا الصدد ما قضت به من أن مقتضى القواعد العامة في القانون المدني أن الالتزام ينقضي إذا أصبح الوفاء به مستحيلًا بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، وأنه في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضت الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزام المتقابل ويفسخ العقد من تلقاء نفسه، ولئن كان مقتضى هذه القواعد على عقد العمل أن تجنيد العامل يعد قوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا على العامل، ومن ثم يفسخ عقد العمل من تلقاء نفسه بمجرد تجنيد العامل، إلا أنه لا مانع يمنع من اتفاق طرفي العقد على الإبقاء عليه ووقف تنفيذه في فترة التجنيد حتى إذا انتهت عاد إلى العقد نشاطه واستمر العامل في عمله تنفيذًا لهذا العقد فنظام الوقف يتعلق بإرادة الأطراف التي تسعى إلى تطبيقه ولا غنى عنه سواء في حالة القوة القاهرة بمفهومها الحديث أو في حالة شرط إعادة التفاوض ففي عقد تركيب مصفاة البترول، والذي نص فيه الأطراف على وقف تسليم البترول<sup>2</sup>، وامتداد مدة العقد بقدر عدد أيام العمل التي فقدتها الشركة بالتركيب بسبب أحداث القوة القاهرة، وأيضا الشرط الوارد في عقد تركيب مصفاة لزيت الطعام في رومانيا الذي نص على وقف سريان العقد إذا حالت قوة القاهرة دون إتمام التركيب، هذه الشروط أيضا الشرط الذي ينص على أنه "سوف يوقف تنفيذ العقد أثناء مدة القوة القاهرة

<sup>1</sup> - د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، مرجع سابق، ص 337.

<sup>2</sup> - شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2002، ص 312.

حتى عودة الأوضاع العادية"، والشرط الذي ينص على أن "يوقف تنفيذ التزامات المتعاقدين في العقد عندما يواجهون باستحالة تمنع من تنفيذ هذه الالتزامات وتتنوع إرادة الأطراف فقد يتفقون على إضافة مدة الوقف إلى مدة تنفيذ العقد، أو على العكس قد لا يضيفون هذه المدة إلى مدة العقد<sup>1</sup>.

وتلعب إرادة الأطراف دورا كبيرا أيضا في تحديد نطاق الوقف، فقد يتفقون على أن يشمل الوقف كل الالتزامات الناتجة من العقد، ويكون الوقف كلياً في هذه الحالة وقد يتفقون أن الوقف لا يسري إلا على الالتزامات التي تتأثر بالظروف الخارجية فقط دون باقي الالتزامات، ويكون الوقف جزئياً في هذه الحالة ومن أمثلة "... يكون الوقف جزئياً في حالة ما إذا أثر حدث القوة القاهرة على جزء من الالتزامات تاركاً الجزء الآخر ممكن تنفيذه" والشرط الذي اتفق فيه الأطراف على أن توقف الحقوق والالتزامات الناتجة عن هذا العقد بالقدر الذي تتأثر به هذه الحقوق وتلك الالتزامات بحدث القوة القاهرة<sup>2</sup>.

وإذا الغالب أن يتفق الأطراف في العقد التجاري الدولي على وقف تنفيذ العقد لفترة لحين زوال عائق التنفيذ، فإن هناك اعتبارات عملية هي التي تفرض على الأطراف اتخاذ هذا المسلك، وتتمثل هذه الاعتبارات في الأهمية الكبيرة التي تمثلها هذه العقود بالنسبة للمتعاقدين والتي تجبرهم على الحفاظ على العقد وبقاء استمراره فإبرام العقود يتطلب الوقت والجهد والمال بخلاف العقود الداخلية، كما أن أهميتها لا تقتصر على أطراف العقد وعلى الدول التابعة لها هذه الأطراف، وإنما تمتد إلى الدول الأخرى الواقعة في المنطقة الجغرافية التي تقع فيها دول الأطراف، ولهذه الاعتبارات فإن فرض فسخ العقد وإنهاء الروابط العقدية يعد المصير الأخير الذي تواجهه هذه العقود، أما المصير الأول فهو وقف تنفيذ العقد فترة من الوقت يرى الأطراف أنه من الممكن بعدها أن يزول الحدث ويستمر العقد في التنفيذ، أو يتفق بعدها الأطراف على حل يسمح ببقاء العقد<sup>3</sup>.

1- د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 375.

2- د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 324.

3- شريف محمد غنام، المرجع نفسه، ص 324.

ويعتبر نظام الوقف هو أنسب الطرق التي يحافظ بها الأطراف على بقاء واستمرار في تنفيذ الظروف التي نالت منه فهو يتفادى الفسخ الحالي للعقد ويؤمن تنفيذه مستقبلاً<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: وقف العقد في اتفاقيات التجارة الدولية

أشارت العديد من الاتفاقيات الدولية على نظام الوقف ومن بينها الاتفاقيات الاتفاقية الشارعة للأمم المتحدة المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع فيينا 1980 التي تنص في المادة 7/79 يحدث الإعفاء المنصوص عليه في هذه المادة أثره خلال الفترة التي يبقى العائق قائماً<sup>2</sup> كما نصت الاتفاقية الخاصة بالبيع الدولي للمنقولات المادية لاهاي 1964 على نظام وقف التنفيذ وإن لم تنص صراحة إلا أن يستشف ذلك من نص م 2/74 " إذا ترتب على الظروف استحالة مؤقتة، فإن الطرف الذي تأثر التزامه بهذه الاستحالة يبرأ كلية من تنفيذ هذا الالتزام إذ ترتب على تأجيل التنفيذ «

كما أشار المعهد الدولي القانون الخاص بروما unidroit في أحد مبادئه في المادة 3.2.6<sup>3</sup> على أن "الطلب فتح إعادة التفاوض بسبب ظروف hardship لا يعطي من تلقاء نفسه الحق للطرف الآخر في أن يوقف تنفيذ التزامه بما نص المادة 7/1 "عندما تكون الإعاقة مؤقتة فإن الاعفاء ينتج أثره أثناء مدة معقولة مع الأخذ في الاعتبار ظروف الإعاقة على تنفيذ العقد ويبدو أن مبادئ المعهد الدولي للقانون الخاص تعطي للأطراف الخيار في اللجوء إلى الوقف أو إلى تنفيذ الالتزام أثناء إعادة التفاوض في العقد الذي تأثر بطرف ولكنها تنص على وجوب تطبيق الوقف في حالة القوة القاهرة المؤقتة، وأشارت غرفة التجارة الدولية بباريس عند تقديمها بعض الاقتراحات التي تتعلق بنظرية الظروف الطارئة إلى أن طلب المراجعة وتقصد مراجعة العقد إذا توفرت شروط الظروف الطارئة لا يوقف من تلقاء نفسه تنفيذ العقد".

<sup>1</sup> - مروك أحمد، معالجة أثر الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2008، ص 41.  
<sup>2</sup> - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود التجارة الدولية "البيع الدولي للبضائع فيينا" سنة 1980، الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي unictal .

<sup>3</sup> - اتفاقية لاهاي للقانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية، المبرمة في 1964/07/01.

وبالرجوع إلى بعض المقترحات التي أعدتها غرفة التجارة الدولية فيما يتعلق بحدوث تغييرات بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه، فالطرف الذي يتمسك بالظروف الطارئة يجب أن يستمر في تنفيذ العقد، فطلب تعديل العقد من جانبه لا يعطيه الحق في وقف تنفيذ التزامه، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، فالأمر كله يرجع إلى اتفاق الأطراف على وقف تنفيذ العقد منذ وقوع الحدث وحتى نهاية التفاوض، أما بالنسبة للشروط النموذجية وهي نوع من العقود التجارية أعدتها غرفة التجارة الدولية فيما يتعلق بشرط القوة القاهرة حيث في الفترة السابقة منه على أنه "وعلاوة على ذلك فإنه، أي السبب المنصوص عليه في الفترة السابقة يوقف مدة التنفيذ أثناء مدة معقولة مستبعدا بذلك في نفس الوقت حق الطرف الآخر في أن يفسخ العقد" ولذا فإن الشرط يحمي المتعاقد المدين من سلوك الدائن الذي يرغب في فسخ العقد بأن فرض عليه الانتظار فترة من الوقت قد يزول فيها عائق التنفيذ أو يتوصل مع مدينه إلى اتفاق يحمي بقاء العقد واستمراره<sup>1</sup>.

وحق وقف تنفيذ الالتزام ليس قاصرا فقط وفقا لهذا الشرط على المدين الذي تأخر التزامه بحادث القوة القاهرة، ولكن يمتد أيضا إلى الطرف الآخر، حيث ينص الشرط على أنه "وفي انتظار تنفيذ الطرف المتأثر بالقوة القاهرة التزامه، يمكن للطرف الآخر أن يوقف تنفيذ التزامه<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: وقف العقد في قرارات التحكيم التجاري الدولي

يعد التحكيم هو الوسيلة البديلة عن القضاء الوطني لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية فيعد أداة فعالة في كثير من القضايا من خلال إيجاد الحلول، ولهذا يلعب الحكم دور كبير في الحفاظ على العقد وعلى الالتزامات العقدية لتحقيق الغاية والمصلحة التي يسعى إليها أطراف العقد و بعد التحكيم أحد الأنظمة البديلة لتسوية منازعات التجارة الدولية يقوم على أساس أنها إرادة الأطراف في اللجوء إليه سواء أثناء إبرام العقد وتنفيذه أو بعد حدوث نزاع يتخلف بالعقد فيتفق الأطراف على التحكيم فالأول يسمى

<sup>1</sup> - شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص323.

<sup>2</sup> - حمزة أحمد الحداد، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1975، ص374.

اتفاق شرط التحكيم أما الثاني مشاركة التحكيم وينقسم التحكيم من حيث تنظيمه للمنازعات إلى نوعين تحكيم اختياري وتحكيم مؤسسي فالتحكيم الاختياري يكون عندما يلجأ إليه الأطراف بإرادتهم ، أو هو اتفاق أطراف عقد تجاري<sup>1</sup> على حل النزاعات التي نشأت أو ستنشأ في المستقبل ومن أبرز قواعد التحكيم الاختياري في المجال الدولي القواعد التي وضعتها لجنة قانون التجارة الدولية فبدلاً من قيام الأطراف هيئة المحكمة بإعداد قواعد إجرائية لاتباعها في التحكيم هناك قواعد وضعتها هذه الهيئة تسهل عمل هيئة المحكمة اختصاراً للوقت والجهد و المال ، وعرفت هذه الآلية انتشاراً واسعاً على مستوى الدولي<sup>2</sup> أما التحكيم المؤسساتي في منازعات التجارة الدولية أساسه حالة أطراف العقد التجاري الدولي النزاع إلى إحدى مؤسسات التحكيم الدولية المعروفة على الساحة التجارية وتختص هذه الأخيرة بتطبيق قواعدها الإجرائية الخاصة فيما يتعلق بإجراءات الدعوى التحكيمية بدءاً بتعيين هيئة التحكيم وانتهاءً بصدور حكم ومن بين مؤسسات التحكيم المؤسسات تحكيم غرفة التجارة الدولية (ICC) في باريس، ومحكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي (LCIA)، و المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، ومحكمة التحكيم الدائمة في لاهاي، ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، ومنظمة المحكمة الفكرية العالمية WIPC جنيف.

ويمتاز التحكيم التجاري الدولي بالسرعة في فض المنازعات قياساً مع عمل المحاكم الوطنية لأن المحكمين عادة ما يكونون متفرغين للفصل في خصومة واحدة، والاقتصاد في المصروفات حيث أن نفقات التحكيم أقل كثيراً من نفقات رسوم المحاكم واتعاب المحاماة وإجراءات التنفيذ والسرية حيث أن ملف الخصومة يبقى تحت علم المحكمين حصراً بينما يختلف الوضع في عمل المحاكم الوطنية التي تمتاز جلساتها في الأساس بالعلنية، وببساطة إجراءاته وعدم تعقيدها قياساً على المحاكم الوطنية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>-د: عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية النظرية المعاصرة، دار هوام الجزائر 2007 ص 277

<sup>2</sup>-نص المادة (117) من قانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة، ملحق رقم (2) بصيغته التي اعتمدها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 21 جوان 1985 .

<sup>3</sup>-أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري منشأة المعارف، الإسكندرية، 1978 ، ص 35.

وبالرجوع الى الهيئات التحكيم الدولية وعلى رأسها غرفة التجارة بباريس التي كان لها السبق في انشاء مركز دولي في التحكيم يتمتع بالسمعة في حل المنازعات التجارية الدولية، وذلك منذ انشاء محكمة التحكيم التابعة للغرفة عام 1923 ونتج عن ممارسة غرفة التجارة الدولية بواسطة محكمين التحكيم لقضايا التحكيم الدولية ان انشأت نظاما موحدًا و قواعد محددة للتحكيم ترشد بها الاطراف الذين يرغبون في اللجوء الى التحكيم الدولي عن طريق الغرفة، وتعترف قرارات التحكيم التجاري للغرفة بالقوة القاهرة على انها مبدأ قانوني عام من المبادئ المعترف بها في الانظمة القانونية وكأحد مبادئ القانون التجاري الدولي ، ويعتمد الاثر الواقعي للقوة القاهرة على الدرجة التي تجعل تلك الظروف التنفيذ مستحيلًا من الناحية العملية و الموضوعية فمن الواجب اعمالها و عدم اغفالها لواقع عدم احتواء العقد على شرط صريح أو ضمني يعترف بأثرها على العقد وهذا المسلك يعتبر غريبًا من هيئة التحكيم التي ترفض المساس بالعقد عند تغيير الظروف التي تجعل تنفيذه مرهقا مفسرة عدم احتواء العقد شرط متعلق بتغيير الظروف ، وتحمل الارادة "مسؤولية" عدم النص عليها في العقد و مبرر ذلك واساسه قرينة التخصص المهني للمتعاملين في التجارة الدولية وعلى ذلك فانه من المفترض مسايرة لذلك المنطق ، الا يعتد المحكم بالقوة القاهرة ولا بأثرها ، طالما ان الاطراف لم ينظموا خطر حدوثها في العقد، ولكن المحكمين في حالة القوة القاهرة لا قبل لهم بإحياء عقد ، فقضت عليه استحالة مطلقة في التنفيذ ، وهذا ما يوضحه المنطق الذي ذهب اليه هيئة التحكيم في القرار الآتي « هذا الحظر يعتبر امرا لا يمكن تفاديه أو مقاومته لان الشركة لا تستطيع التغلب عليه الا بإحدى طريقتين : اما ان تعصي الامر وتستمر في تنفيذ العقد ، أو ان ترفع دعوى امام القضاء لإلغاء هذا القرار ، وكلا الامرين غير ممكن »

رأينا في الموضوع ان القرارات التحكيم التجاري الدولي حقيقة تعترف بمبدأ تغيير الظروف سواء كانت ظروف طارئة تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا أو قوة القاهرة تجعل تنفي الالتزام مستحيلًا،و لكن تطبيق هذا الامر يتطلب المراجعة في تحقق شروط تغير الظروف بشكل واقعي ولا يمكن التساهل في هذا الامر بمجرد التصريح لان التحكيم لابد له ان يراعي المبدأ الاساسي والجوهري الذي ينظم العقد ويحترم قدسيته

هو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي هو الاتفاق الاصيل الذي يجب على الاطراف العقد احترامه والتزامهم بتنفيذه.

### المطلب الثاني: حالات وقف العقد

تتصف عقود التجارة الدولية بانها عقود طويلة المدة أو الاجل عند تنفيذ الالتزامات العقدية وهذا ما يعرضها احيانا الى حوادث وعوارض تعيق الوصول بالعقد الى تنفيذه مما تجعل العقد يتوقف ولا يرتب أثره وعليه سنتناول حالات وقف تنفيذ العقد في فرعين الفرع الأول يتعلق حالة الاستحالة المؤقتة والفرع الثاني حالة اعادة التفاوض.<sup>1</sup>

### الفرع الأول: الاستحالة المؤقتة

نظرا لأهمية عقود التجارة الدولية ودورها في تنمية المستدامة للحركة التجارية وتنقل الاموال وعبرها حدود الدول بحثا في تحقيق المصالح والغايات دفع بقاء القانون التجاري الدولي وقضاة التحكيم الى دعوة الى الحفاظ على العقد وتنفيذه بكل ما يستوجبه مبدأ حسن النية بأمانة واخلاص وعند حدوث مانع أو عائق اثناء التنفيذ وكان قابل للزوال في المستقبل فان الاثر هو وقف تنفيذ العقد مؤقتا الى حين زوال المانع.<sup>2</sup>

ونظرا لصعوبة تحديد المانع المؤقت أو الاستحالة المؤقتة كأثر للحفاظ على العقد وبقاؤه اتجهت غالبية الفقه الى استحداث معيارين اساسيين للفرقة بين الاستحالة المؤقتة والنهائية وهما مدة بقاء المانع وبقاء تنفيذ العقد بعد زوال المانع مجددا ومحققا لمصالح الاطراف.

### أولا: مدة بقاء المانع

إن مسألة تحديد مدة بقاء المانع وأثره على تنفيذ الالتزامات العقدية يرجع بدرجة أولى إلى الأطراف الذين لهم دور كبير في تحديد مسألة الاستحالة المؤقتة أم نهائية من خلال الشروط والبنود التي يتضمنها

<sup>1</sup>- شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 335.

<sup>2</sup>- انظر في نفس الموضوع ، عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، مرجع سابق، ص 739.

العقد وريبتها في بقاء العقد والحفاظ عليه ومن ثم استمراره في تحقيق مصالح الأطراف بالإضافة الى ذلك يلعب القضاء والتحكيم بدرجة اقل في هذه المسألة بالاستعانة بهذا المعيار في مدة بقاء المانع وزواله مما سيدفع الاطراف تنفيذ الالتزامات العقدية بصورة عادية.<sup>1</sup>

### ثانيا: بقاء تنفيذ العقد مجديا ومفيدا بعد زوال المانع

الأصل في العقود هو تنفيذ الالتزامات وفاء لمبدأ العقد الشريعة المتعاقدين ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقد ولكن أحيانا تطرأ حوادث غير متوقعة لا يمكن دفعها تجعل العقد متوقفا مؤقتا فإذا زال المانع يرجع العقد إلى حالة التنفيذ والوفاء والسؤال الذي يجب طرحه عن المدة المتبقية للعقد لتنفيذه كافية له أم لا وللإجابة عن السؤال ان مسألة تقدير الكفاية وتحديدها تعود إلى القضاء والتحكيم مراعيًا أولاً مصالح الأطراف مالم يوجد اتفاق على خلاف لك و المدة الكافية هي المدة المتبقية لتنفيذ الالتزامات بعد طرح مدة بقاء المانع و المدة المتبقية لتنفيذ وتعلق بعقود التجارة الدولية محددة المدة فقط مالم يتفق الأطراف على تمديد مدة متبقية بمدة وقف المانع ، أما بالنسبة للمدة المفيدة انه عند زوال المانع يبقى تنفيذ الالتزامات مجديا ومفيدا لأطراف العقد ومحققا لمصالحهم أما إذا كان غير ذلك فيصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا وبالتالي يفسخ العقد وهذا ما عبر عنه بعض فقهاء التجارة الدولية فيما يخص طول المدة بقولهم «ان وقف العقد بسبب القوة القاهرة المؤقتة وأن كان مبدأ مقبولا في عقود التجارة الدولية ، إلا أن الحدث قد يستمر فترة طويلة بشكل يهدد مصالح الأطراف في العقد ، وفي بعض الأحيان لا تمثل عودة العقد إلى سريان العادي اية فائدة للمتعاقدين.»

إن مسألة الاستحالة المؤقتة في عقود التجارة الدولية هي الاصل وتؤدي الى الوقف اما اذا طالمت و امتدت و أصبح تنفيذ الالتزام غير مجدي وغير مفيد تتحول الى استحالة نهائية و يفسخ العقد فأحيانا في بعض عقود التجارة الدولية محددة المدة التي هي شرط جوهري و أساسي في العقد كعقود التوريد والتسليم في الأجال و في فترات محددة فإذا حدث المانع و استمر طيلة المدة المتفق عليها فإنه يصبح

<sup>1</sup> - شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 332.

تنفيذ الالتزام بعد زوال المانع غير مجدي وغير مفيد لصالح الأطراف ومن ثمة يفسخ العقد لأن لم يتم تنفيذ التزام التسليم بعد المدة المحددة لا فائدة منه.<sup>1</sup>

رأينا في الموضوع ان الاستحالة المؤقتة حالة طبيعية وعادية في عقود التجارة الدولية لا تؤدي إلى انقضاء الالتزام وبراءة ذمة المدين و النتيجة لا يفسخ العقد وإنما يؤدي إلى وقف العقد إلى غاية زوال المانع بشرط أن المدة لا تطول حتى لا تهدد العقد ويبقى الالتزام مجديا ومفيدا للأطراف وهذا الإجراء المقصد منه هو الحفاظ على العقد وبقائه واستمراره بالإضافة إلى أن ارادة الاطراف دورا كبيرا في مسألة بقاء العقد إذا اتجهت إلى بذل قصارى جهدها لجعل أثر المانع مؤقتا وليس نهائيا أو مستحيلا وفي الأخير هناك اختلاف في الاثر القانوني للقوة القاهرة في تنفيذ عقود التجارة الدولية عن عقود الداخلية التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام وفسخ العقد إذا حصل المانع .

### الفرع الثاني: وقف العقد أثناء إعادة التفاوض

تختلف عقود التجارة الدولية عن عقود التجارة الداخلية في مسائل عديدة ومنها الاثار القانونية لتغيير الظروف في تنفيذ الالتزامات العقدية فبينما ترتب عقود التجارة الدولية عند توفر القوة القاهرة شرط إعادة التفاوض بين الأطراف بهدف تعديل احكام العقد مع ما يتماشى مع الظروف و الحوادث الجديدة ففي هذه المرحلة يتوقف العقد ويجلس الاطراف الى طاولة المفاوضات لإعادة النظر في العقد ومراجعته وهذه خاصية جوهرية للعقود سواء باتفاق الاطراف أو بدون اتفاقهم على اساس ان الوقف هو الحل الانسب ففي حالة اتفاق الاطراف يجب تطبيق الشروط التعاقدية ومنها شرط إعادة التفاوض في المسائل المتعلقة به ومنها مسألة وقف العقد عند إعادة التفاوض اما في حالة عدم الاتفاق وغياب شرط وقف العقد وسريانه يجعل العقد يواجه احد الاحتمالين اما وقف العقد الى غاية الانتهاء من المفاوضات سواء نجحت أو فشلت ، أو يستمر العقد اثناء و قف التنفيذ وهذا الاحتمال الثاني تبنته غرفة التجارة الدولية عام

<sup>1</sup> - شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 339.

1985 فيما يتعلق بالظروف الطارئة ومبادئ عقود التجارة الدولية 1992 تتصان على ان طلب اعادة التفاوض لا يوقف تنفيذ العقد من تلقاء نفسه فالأصل ان يستمر مالم يتفق الاطراف على خلاف ذلك<sup>1</sup>

### المطلب الثالث: أثار وقف تنفيذ العقد

إن مسألة وقف تنفيذ العقد عند تغير الظروف وحدث المانع تؤدي الى ترتيب اثار قانونية أثناء وقف العقد ومن هذه الاثار وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية في العقد بالإضافة الى الالتزامات التي يفرضها الوقف على المتعاقدين وهذا ما سنتناوله في الفرع الأول والثاني.

### الفرع الأول: أثر وقف تنفيذ الالتزامات الاصلية في العقد

إن القصد من وقف العقد هو عدم تنفيذ الالتزامات الاصلية أو الرئيسية المتبادلة التي يفرضها العقد مع أطرافه عند حدوث المانع و الاستحالة المؤقتة ومن ثم فالعقد قائم و موجود ولكن تنفيذ التزاماته تؤجل إلى غاية زوال الحدث أو المانع وفي هذه الفترة تبرئ ذمة المدين والدائن من عدم تنفيذ الالتزام أو تحمل المسؤولية العقدية وكذلك لا يطالب الدائن مدينه بالتعويض مما أصابه من ضرر عدم التنفيذ وفي هذه الحالة توقف الالتزامات الاصلية بين الطرفين والالتزامات الفرعية اذا كانت تابعة للالتزامات الاصلية فوقف الالتزام بالنقل يستوجب وقف الالتزام بضمان السلامة وعليه يتفق فقه التجارة الدولية<sup>2</sup> على أن وقف تنفيذ التزام احد الأطراف يترتب عليه وقف تنفيذ الالتزام المتعاقد الآخر.

### الفرع الثاني: الالتزامات التي يفرضها الوقف على المتعاقدين

إن الأصل في نظام الوقف عند حدوث المانع أو السبب الفجائي اثناء تنفيذ العقد لا دخل للأطراف فيه يرتب أثره في توقف تنفيذ الالتزامات العقدية وهذا الأمر الطبيعي وتؤجل إلى حين زوال المانع إلا أنه عند تطبيق نظام الوقف على العقد يفرض هذا الأخير الالتزامات على طرفيه نتيجة الوضع الجديد والقائم

<sup>1</sup> - شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 342.

<sup>2</sup> - عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، مرجع سابق، ص 795 .

وهذا لا يتعارض مع أو يتنافى مع احكام الوقف وغاياته ومن بين الالتزامات بالالتزام بالحفاظ على العقد والالتزام باستئناف سريان العقد بعد زوال مانع التنفيذ.

### أولاً: الالتزام بالحفاظ على العقد:

يفرض نظام وقف تنفيذ العقد على أطرافه الحفاظ على العقد من خلال القيام بالإجراءات اللازمة للإبقاء عليه واستئناف سريانه بعد زوال المانع وهذا الالتزام متبادل بين الدائن و المدين على سواء واسباسه اما الاتفاق الصريح في العقد على القيام بالالتزام وفي حالة عدم الاتفاق فان مبدأ حسن النية و التعاون بين الاطراف يوجب على المتعاقدين الحفاظ على العقد خلال فترة الوقف وهذا الالتزام اما ان يكون ايجابي بالحفاظ على الشيء محل العقد من التلف فالبائع في عقد البيع الدولي للبضائع ملزم بالحفاظ على البضائع طيلة مدة الوقف والمورد في عقد نقل التكنولوجيا ملزم بحماية التكنولوجيا من التلف أو فقدان قيمتها وكذلك يقع على المتعاقد الدائن تقديم كل المعلومات والمساعدات اللازمة لكي يستطيع المدين المرهق العودة الى تنفيذ العقد بعد زوال المانع.<sup>1</sup>

أما الالتزام السلبي للحفاظ على العقد هو امتناع الأطراف عن القيام بأي عمل أو إجراء من شأنه تهديد وجود العقد أو بقاءه فعلى المدين أن يلتزم بأن لا يقوم بعمل يضر بمصالح الدائن أو يفوت عليه الفوائد التي يجنيها من العقد في المقابل يلزم الدائن بأن لا يستخدم حقه في فسخ العقد وإذا رأى أن طول مدة الوقف واستئناف سريانه بعد زوال المانع تهدد مصالحه فعليه الاحتكام إلى القاضي أو المحكم ليحكم بفسخ العقد.

### ثانياً: الالتزام بالسعي لاستئناف سريان العقد

إن مبدأ التعاون الذي هو من أهم المبادئ العامة التي تحكم تنفيذ عقود التجارة الدولية يفرض على المتعاقدين بذل قصارى جهدهم لاستئناف العقد بعد زوال المانع بنص عليه في الشروط التعاقدية وعلى سبيل المثال بقولهم « سوف يقوم المتعاقدان بكل الجهود المعقولة للتخلص من حالة القوة القاهرة

<sup>1</sup> - شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 354 .

وذلك في مدة معقولة « أو بعبارة أخرى « في حالة القوة القاهرة سوف يتخذ الاطراف الاجراءات الضرورية لاستبعاد الصعوبات التي سببت الوقف أو تخفيف اثر الصعوبات» وكذلك قولهم « في جميع الحالات سوف يتخذ الطرف المعني كل الاجراءات المفيدة لكي يؤمن في اقل مدة السريان العادي لتنفيذ الالتزامات» وقد يتفق الاطراف على هذا الالتزام الذي يقع على عاتق احدهما دون الاخر.<sup>1</sup>

فالعقد شريعة المتعاقدين بقولهم «يلتزم البائع بقدر الامكان بكل ما من شأنه تخفيف آثار القوة

القاهرة»

إن مسألة الالتزام بالسعي لاستئناف سريان العقد تثير عدة تساؤلات منها حول الجهد المبذول من الاطراف و المعيار الذي يقاس به وبالرجوع الى قضاء التحكيم نجده يعتبر ان المجهودات المبذولة تختلف من عقد الى اخر وهذا راجع الى نوع العائق أو المانع و القدر الذي اثر به في تنفيذ العقد و أهمية العقد بالنسبة للمتعاقدين و عليه فالمحكم له سلطة واسعة في النظر و التقدير في مسألة بذل الجهد و التعاون في حالة اذا تبين للمحكم ان احد الاطراف لم يقم بالجهد الازم وبقدر الكافي للحفاظ على العقد أو العودة الى سريان و تنفيذه فيمكن في هذه الحالة الحكم بالتعويض بدل فسخ العقد حفاظ على العقد وبقائه خاصة اذا تعلق بعقد دولي.

### المطلب الرابع: انقضاء الوقف

إن نظام الوقف هو الحل الانسب للحفاظ على العقد وبقائه والعودة الى سريانه بعد زوال المانع، ولكن مدة الوقف لا يجب أن تطول الى درجة تزرع ثقة الاطراف في معاملاتهم التجارة الدولية واستقرارها وتهدد مصالحهم وعليه لا بد من انقضاء الوقف ولتفصيل في الموضوع سنتكلم عن اسباب الانقضاء في الفرع الأول انقضاء الوقف بنهاية مدة الوقف وفي الفرع الثاني انقضاء الوقف بالعودة لتنفيذ العقد.

<sup>1</sup> - شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ص 358، 359 .

### الفرع الأول: انقضاء الوقف بنهاية مدة الوقف

إن مبدأ السلطان الارادة في عقود التجارة الدولية له دور كبير في ابرام العقود ووقفها وانقضائها وعليه فاتفاق الاطراف في حالة حصول المانع أو حدث القوة القاهرة عن تنفيذ العقد يجعل الالتزامات والحقوق موقوفة الى حين زوال المانع فقد تنفق الارادة وهو الاصل على تحديد مدة معينة لوقف العقد بقولهم « سوف يوقف تنفيذ الالتزامات المتعاقدين عندما يصبح تنفيذ هذه الالتزامات مستحيلا بسبب حدث القوة القاهرة» وكذلك « اذا لم يتمكن أحد المتعاقدين من تنفيذ التزامه الناتجة من العقد بصفة كلية أو جزئية بسبب حدث القوة القاهرة سوف يوقف تنفيذ العقد مدة بقاء الحدث، وفي حالة عدم اتفاق الاطراف على مدة معينة يرجع تقديرها الى السلطة التقديرية المقررة للمحكم.

وفي حالة عدم اتفاق الاطراف على مدة معينة يرجع تقديرها الى السلطة التقديرية المقررة للمحكم.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: انقضاء الوقف بالعودة الى تنفيذ العقد

إن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين يقتضي تنفيذ الالتزامات العقدية فبعد زوال حدث القوة القاهرة واتفاق الأطراف على استمرار العقد هذا يؤدي الى انقضاء الوقف وزوال آثار المانع فاذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ الالتزامات العقدية يعد اخلال بالعقد يترتب عليه المسؤولية العقدية فهو إذن إلترام وليس حق ويلتزم المتعاقدين تنفيذ العقد الاصلي لان الوقف يؤدي الى ارجاء أو تأجيل الالتزامات والحقوق الى غاية زوال المانع، اما اذا كان احد التزامات المتعاقدين مرهقة أو تهدد بخسارة فائدة فله الحق في المطالبة بتعديل الالتزامات واعادة توازنه، بالإضافة الى ذلك ان الوقف له اثر على مدة العقد ولهذا فبعد عودة العقد الى سريانه الطبيعي والعادي فمدة الوقف تمتد مع المدة المتبقية لتنفيذ العقد في العقود محددة المدة ولا يتصور امتداد المدة الوقف في عقود غير محددة المدة فالأصل ان تنفيذ الالتزامات لا تتعلق

<sup>1</sup> - شريف محمد غنام، مرجع سابق ، ص 324.

بالآجال أو مدد وبالتالي فالوقف لم يسقط المدة ومن ثمة يستمر العقد في تنفيذ التزامه بدون حساب مدة الوقف.

### الفرع الثالث: انقضاء الوقف باتفاق الاطراف

إن مبدأ سلطان الارادة يلعب دور كبير في انعقاد عقود التجارة الدولية وانقضائها فبعد حدوث مانع القوة القاهرة وأثره على تنفيذ العقد يوقف الالتزامات والحقوق يمكن للإرادة ان تتفق على نهاية الوقف اما بفسخه قبل انتهاء مدة الوقف والتحلل من الروابط العقدية أو الاتفاق على سريان العقد بشروط جديدة مراعية الظروف والتغيرات التي طرأت على تنفيذ العقد.<sup>1</sup>

### الفرع الرابع: انقضاء الوقف إذا كان التنفيذ غير مجدي وغير مفيد

إن وقف العقد هدفه هو الحفاظ عليه واستمرار تنفيذه بعد زوال مانع القوة القاهرة في المدة المتبقية من العقد وبالتالي إمكانية تنفيذ الالتزامات وتحقيق مصالح الاطراف إما إذا كان تنفيذ الالتزام بعد زوال المانع غير مفيد وغير مجدي لأحد الطرفين أو كلاهما هذا يؤدي الى انتهاء العقد وانقضائه بفسخه وتحول الاستحالة المؤقتة الى استحالة نهائية من ثمة ينقضي الوقف بعدم جدية التنفيذ.<sup>2</sup>

وحسب رأينا أن نظام الوقف هو الحل الانسب لعقود التجارة الدولية عند حدوث تغييرات تؤثر على تنفيذ الالتزامات العقدية لاحد الطرفين أو كلاهما في الإبقاء عليه واستمرار وجوده وتنفيذه بعد زوال المانع بصفة مؤقتة ولكن اذا طال مدة المانع وأثرت على تنفيذ بزيادة التزامات أحدهما أو إرهاقه أو تهديده بخسارة فادحة فهنا لا جدوى من بقاء نظام الوقف ومن ثمة فطرق انقضاء الوقف إما بالطرق العادية وهي العودة الى سريان العقد بعد زوال المانع واما بالطرق غير عادية استغراق مدة الوقف مدة تنفيذ العقد أو عدم جدية تنفيذ العقد بعد زوال المانع أو باتفاق الاطراف بإنهاء العقد وتحول الاتفاق الجديد بشروط واتفاقات أخرى تختلف عن العقد الأصلي .

<sup>1</sup> - شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 325.

<sup>2</sup> - مرجع نفسه، ص 372 .

## المبحث الثاني: نظام شرط إعادة التفاوض

يعتبر نظام شرط إعادة التفاوض أحد الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية وشاع اللجوء إليها في عقود التجارة الدولية بشكل خاص وهي وسيلة لتبادل الآراء والمقترحات حول تعديل أحكام العقد الذي يربط بين الاطراف، وتعتبر طريقة هامة من طرق حل الخلاف والنزاعات التي قد تنشأ بين الاطراف في تنفيذ عقود التجارة الدولية.

ولقد عرف نظام 1947 GATT قواعد موضوعية موحدة خاصة بالتفاوض تقرر حل نزاعات التجارة الدولية بواسطة المفاوضات الدبلوماسية أي الأخذ بمبدأ التراضي وليس التقاضي من خلال أحكام المادتين من هذا النظام فالمادة 22 تحدد حق الاطراف المتعاقدة في أن يطلب من الطرف الاخر الدخول في مشاورات تتعلق بتنفيذ الاتفاقية أما المادة (23) فتجيز للأطراف التوصل الى حل عن طريق آلية المفاوضات ولقد شاع اللجوء الى الية اعادة التفاوض لحل نزاعات عقود التجارة الدولية، اذا طرأ على تنفيذ هذه الالتزامات ظروف طارئة أو قوة قاهرة، ففي هذه الحالة يعاد التفاوض لملائمة العقد الدولي ذو طابع تجاري للظروف الجديدة التي حدثت ومن هنا اصبح نظام شرط اعادة التفاوض يمثل احد الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، ولا يفرق في هذا الامر بين الظروف الطارئة أو القوة القاهرة في العقد التجاري الدولي.

ولدراسة موضوع نظام حاعادة التفاوض والاحاطة به سيتم تقسيمه السطلبين ففي المطلب الأول نتناول مفهوم شرط اعادة التفاوض وفي المطلب الثاني شروط تطبيق شرط اعادة التفاوض.

م 23 من اتفاقية الجات 1947 «تقديم اعتراض مكتوب الى الطرف الاخر بهدف الوصول الى حل مقبول من الطرفين، فإذا لم يتمكن الطرفان من الوصول الى حل خلال المدة المعقولة، فللشاكلي ان يحيل شكواه الى الاطراف المتعاقدة التي تقوم بالتحقيق وتقدم التوصيات ...»

## المطلب الأول: مفهوم شرط إعادة التفاوض

لقد أوجد المتعاملين في ميدان التجارة الدولية هذا الشرط لمواجهة تغير الظروف المرافقة لتنفيذ العقد، فيسعى أطراف العقد جاهدين لحماية أنفسهم من تقلبات الظروف المحيطة بالعقد، أيا كانت طبيعتها، ويعتبر شرط إعادة التفاوض من أبرز الشروط وأكثرها أهمية على الصعيد العملي.

ويمكن تعريف شرط إعادة التفاوض بأنه شرط يدرجه الأطراف في العقد يتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم بقصد تعديل أحكام العقد عندما تقع أحداث معينة يحققها الأطراف من شأنها الإخلال بتوازن العقد وإصابة أحد المتعاقدين بضرر جسيم.

ومن خلال امعان النظر في التعريف المتقدم يتبين لنا ما يأتي:

1. أن شرط إعادة التفاوض هو شرط اتفاقي، إذ في مضمونه يتوقف على ما يتفق عليه الأطراف في العقد لذلك عادة ما يتم تنظيم الشرط بشكل مفصل، حيث يبين الأطراف مفهومهم للشرط والأحداث التي يواجهها و أثرها على العقد، و الحلول التي سوف يتم اللجوء إليها من قبل الأطراف في حالة وقوع تلك الأحداث، ونظرا لأهمية الكبيرة التي تحتلها إرادة الاطراف في صياغة شرط إعادة التفاوض، ويرى للبعض إن هذا الشرط ليس له مفهوم محدد مستمد من قانون معين، بل انه يعتمد في تحديد مفهومه وفي تطبيقه على ما يتفق عليه الاطراف في عقدهم.

والواقع ان مفهوم الاتفاقي للشرط يفرض على الأطراف التحديد الدقيق لمختلف عناصر الشرط التي يشيرون إليها في العقد، بغية التطبيق الجديد له.

2. هذه الشروط قد تتضمن تعديل العقد كشرط تغيير القيمة وفقا لمؤتمر معين أو أكثر وشرط بقاء القيمة رغم تغيير الظروف المالية والاقتصادية، وقد تتضمن المراجعة الجزئية للعقد كشرط مراجعة الثمن

كما تتضمن تلك الشروط والمراجعة العامة للعقد، ويعتبر شرط إعادة التفاوض خير مثال على هذه الأخيرة.<sup>1</sup>

ولعل أبرز العناصر التي يتعين تحديدها من خلال هذا الشرط:

- 1- الأحداث أو الوقائع التي يواجهها الأطراف والتي تؤدي إلى أعمال هذا الشرط وتطبيقه، سواء كانت الأحداث وطنية أو دولية، كما أنها قد تكون اقتصادية أو سياسية أو مالية أو تجارية، والمهم هو أن تكون تلك الأحداث خارجة عن إرادة الأطراف غير متوقعة الحدوث وقت التعاقد وغير ممكنة الدفع.<sup>2</sup>
- 2- درجة الاختلال في التوازن العقدي الذي يسمى بالدرجة الأولى الآداءات المالية للأطراف.
- 3- مصير العقد أثناء فترة التفاوض إذا كانت الأطراف سوف يستمرون في التنفيذ أم سيعلمون وقف تنفيذ العقد انتظاراً لنتيجة التفاوض وما يتم التوصل إليه، كما يتضمن العقد اتفاق في حالة فشل المفاوضات والحل الذي يجب عمله في حالة حدوث نزاع أو اختلاف في وجهات النظر بشأن تحقق الشرط.
- 4- أنه شرط خاص تختلف صورته باختلاف العقود و الظروف و الأحداث ، وبعبارة أخرى فإن مضمونه ليس واحد في كل العقود ، بل أنه يتنوع وفقاً لرغبات الأطراف وطبيعة الظروف المرافقة لإبرام العقد وتنفيذه، لذا تتغير صورة الشرط من عقد إلى آخر ، فقد يواجه الشرط في عقد ما ظروف اقتصادية ، بينما يواجه في عقد آخر ظروف سياسية أو مالية ، كما قد يتفق الأطراف على تطبيق الشرط لمجرد حدوث ضرر لاحدهم أيا كان مقدار ذلك الضرر، وقد يشترطون أن يكون الضرر جسيماً وغير مألوف لتطبيق الشرط، وقد يتفق الأطراف في بعض العقود على إجراء التفاوض فيما بينهم في ضوء التفاهم وحسن

1- د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 73 .

2- سلامة فارس عرب، وسائل معالجة إختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية، جامعة القاهرة، 1988، ص 405.

النية ، وقد يتفقون في عقود اخرى الى اللجوء الى خبراء أو قانونيين أو الى قضاء التحكيم لإشراف على عملية التفاوض.<sup>1</sup>

إن تنوع صور الشرط أثر بشكل كبير في طريقة صياغته، فبعد ان كان المتعاملون في ميدان التجارة الدولية يعتمدون في إعداد الشرط على صياغة العامة، أصبحوا يلجؤون إلى الصياغة التي تتميز بالدقة، ومن أمثلة الشروط العامة ذلك الشرط الذي اعتاد المتعاملون في عقود البيع الدولي للبضائع على تضمينه في عقودهم «في حالة عدم استطاعة اي طرف من الاطراف هذا العقد أداء التزاماته، باستثناء الالتزامات الواردة في المادة 313،<sup>2</sup> يدخل الاطراف في مناقشات بهدف تعديل شروط العقد للتمكين من أداء أي من هذه الالتزامات بشكل معقول»

وكذلك روح الاتفاق تقتضي أن يحفظ التوازن المالي لآداءات المتعاقدين، لذا من المناسب عند وقوع أحداث هامة تخل بشكل كبير بهذا التوازن أن يتفاوض المتعاقدين لإعادة التوازن الى الآداءات في حين يعتمد المتعاملون في ميدان المعاملات المالية على صياغة أكثر دقة، ومن أمثلة ذلك الشرط الذي ينص على أنه «الاتفاق الحالي للقرض تم إجراءه على أساس معطيات قانونية أو مالية مطبقة حالياً، وفي حالة تدخل القانون أو اللوائح في تفسير جديد للنصوص المطبقة بحيث يعدل المصطلحات المالية الموجودة في الأشهر الثلاثة التالية لهذا الاعلان لتعديل الاتفاق الحالي ولا بد من الاشارة إلا أن المفهوم الاتفاقي لشرط إعادة التفاوض يرجع إلى إرادة الاطراف فلم الحرية الكاملة في صياغة الشرط صياغة دقيقة ومحددة تنفي معها غموض الشرط أو عدم وضوحه فهي تخفف من الجمود الذي يمكن مواجهته فيما لو كان الشرط وارد في نصوص وطنية أو دولية وحسب رأينا فإن تطبيقها الشرط بالرغم من وسيلة

<sup>1</sup> ناجي عبد المؤمن، عقود التجارة الدولية طويلة المدة، حدود مبدأ القوة الازمة للعقد، جامعة عين شمس، 1994، ص97.

<sup>2</sup> م 313 عقد الترخيص باستخدام براءة الاختراع بين شركة فيليب موريس الامريكية وشركة أي ب سي المصرية ذات المسؤولية المحدودة، ص 283 .

للحفاظ على العقد وابقائه وهذه الوسيلة هي عقدية ترفع إلى ارادة الاطراف ودورها في تحقيق مصالح الاطراف<sup>1</sup>.

وبالرغم من ذلك فإن هذا الشرط يثير بعض الصعوبات عند تطبيقه بالنظر الى عدم وجود مفهوم قانوني موحد لهذا الشرط فتطبيقه يتطلب اتفاق الاطراف صراحة عليه، فلا يمكن تطبيق هذا الشرط الا إذا تم الاتفاق عليه، بالإضافة الى ان ادراج الشرط في العقد لا يكفي لوحده لتطبيقه فأحياناً وجوده في بنود العقد ينصرف الى أكثر من معنى وكذلك في حالة وجود غموض أو نقص في ورود هذا الشرط لا يكون بمقدور القاضي أو المحكم التصدي لمضمون الشرط من تلقاء نفسه وتفسير النوايا الداخلية للأطراف.

### المطلب الثاني: شروط تطبيق شرط اعادة التفاوض

أشار فقها القانون التجاري الدولي الى شروط تطبيق شرط اعادة التفاوض الذي عرف بـ HARDSHIP شرط الظروف الطارئة وهو حل مناسب خلقه الواقع التعاقدى لمواجهة الصعوبات التي يواجهها تنفيذ العقد، وقد حدد شروط اعادة التفاوض في ثلاثة عناصر شرط عدم التوقع وشرط الظرف الخارج عن ارادة المدين وشرط استحالة الدفع.

### الفرع الأول: شرط عدم التوقع

إن بيان ماهية شرط عدم التوقع هو المعيار في تحديد قدرة المتعاقد على تفادي وقوع الظرف الطارئ من خلال الاستعداد السابق للتصدي له إذا كان يتوقعه أو عدم قدرته على ذلك.

وتؤكد مبادئ عقود التجارة الدولية<sup>2</sup> UNIDROIT (اليونيدروا) والتي تنظم شرط اعادة التفاوض على ضرورة ان يكون الحدث الذي يواجهه هذا الشرط غير ممكن الوقوع من قبل المتعاقد ان تنص المادة

<sup>1</sup> - جاد الله عبد الحفيظ عوض، الشروط التجارية الدولية المعتمدة من قبل غرفة التجارة الدولية، دار الثورة للطباعة والنشر، بنغازي ليبيا ، 1996، ص 85.

<sup>2</sup> - عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص 256 .

(2-2-6) منها فقول على انه «.... إذا لم يستطع الطرف المضرور أن يأخذ في حسبانته مثل هذه الاحداث وقت ابرام العقد» وكذلك الامر في قضاء التحكيم الذي يؤكد في قراراته المختلفة على ضرورة توافر شرط عدم التوقع في الحدث.

وكذلك الامر في قضاء التحكيم الذي يؤكد في قراراته المختلفة على ضرورة توافر شرط عدم التوقع، ومن ذلك القرار الصادر في القضية 2708 في عام 1976 من هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية ببائيس، اذ رفضت الهيئة المذكورة طلب البائع فسخ بسبب زيادة الاسعار، كذلك نفس الاتجاه سلكه القرار رقم 1782 في 1972 اشارت هيئة التحكيم الى غياب شرط عدم التوقع في العقبات التي واجهها ممثلو احدى الشركات الالمانية الذين يحملون الجنسية الإسرائيلية الدخول الى احدى الدول العربية و الوصول الى المكان المحدد لتنفيذ العقد، وقد جاء في القرار «.... ان العقبة عندما تكون متوقعة وقت ابرام العقد، فعلى المدين اتخاذ كل اجراءاته والاحتياطات اللازمة لتجنبها وتخفيف اثارها والامتناع عن ابرام العقد وايجاد حل لها»<sup>1</sup>

هذا ويتم تقدير قدرة المدين على التوقع بشكل واقعي ووفقا لظروف كل حالة على حدة ولا بد ان من الاشارة الى ان واقع التقدم العلمي و التكنولوجي و التطور الهائل في ميدان الحاسوب والاتصالات قد قلب الموازين التقليدية في قياس مدة توقع المدين للحدث، وحصر مجال عدم التوقع في نطاق ضيق ومن الفقه من يرى ان تقرير مدى توافر شرط عدم التوقع يجب ان يكون وفقا لاحتمال الجاد لوقوع الحدث، ويقصد بالاحتمال الجاد لوقوع الحدث وجود فرص معقولة وحقيقة تسمح بالقول بان الحدث سوف يقع بعبارة اخرى، فمن اجل استبعاد خصيصة عدم التوقع يجب ان تكون هنالك درجة كبيرة من الاحتمال الجاد ترجع وقوع الحدث لذلك، يرفض الفقه مجرد الاحتمال الغامض أو غير الواضح لوقوع الحدث.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> عادل جبيري محمد حبيب، المفهوم القانوني للرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبئ مسؤولية المدنية، دراسة مقارنة دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 397.

<sup>2</sup> عادل محمد خير، عقود البيع الدولي للبضائع من خلال اتفاقية فيينا، دار النهضة العربية، القاهرة، في 1994، ص 122.

ويأخذ قضاء التحكيم بمعيار الاحتمال الجاد في قياس توافر شرط عدم التوقع، ففي احدى قراراته انه «في حالة وقوع احداث غير متوقعة من الاطراف من شأنها ان تعدل بشكل من توازن العقد.

وتسير مبادئ اليونيدروا المتعلقة بعقود التجارة الدولية على نفس الوتيرة فالمادة 6-2-3 الخاصة بتعريف شرط اعادة التفاوض تنص في الفقرة ب مضاعف أنه «إذا لم يستطيع الطرف المتضرر ان يأخذ في اعتباره مثل هذه الاحداث وقت ابرام العقد، وتعبير المادة 7-1-17 عن صفة عدم التوقع بقولها «... ليس من المحتمل بأخذه في اعتباره وقت ابرام العقد....»

وتتشرط عدم التوقع أيضا اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع تنص على عدم مسؤولية المتعاقد الذي لم ينفذ التزامه إذا ما اثبت انه «ليس من الممكن ان ينتظر منه بشكل معقول، ان يأخذ في اعتباره وقت ابرام العقد....»<sup>1</sup>

وقد تبني القانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية لسنة 1964 نفس الاتجاه اذ تتطلب المادة 74 منه «اعفاء الطرف الذي لم ينفذ التزامه من المسؤولية ان يثبت انه وفقا لنية الاطراف وقت ابرام العقد لم يكن ملزما ان يأخذ في اعتباره وقوع الحدث.<sup>2</sup>

اما بالنسبة لقضاء التحكيم فانه يؤكد بدوره على ضرورة توافر شرط عدم التوقع في الحدث المشكل للقوة القاهرة أو الظروف الطارئة وقد اشار قرار التحكيم الصادر في القضية 2139 حيث عرفت هيئة التحكيم القوة القاهرة بأنه «يعتبر القوة القاهرة بالمعنى الضيق ، الحدث الذي تتوافر فيه خصائص عدم التوقع بمعنى انه في لحظة وقوعه، لا يوجد اي سبب خاص يجعلنا نعتقد انه سيقع....»

وهذا ففي احدى القرارات، عرفت هيئة التحكيم التي نظرت النزاع عدم التوقع بأنه «يعني عدم التوقع انه في لحظة وقوع الحدث لا توجد اية اسباب خاصة تدل على انه سوف يقع»

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية -دراسة مقارنة، دار الفكر العربية القاهرة، الطبعة الثالثة، مصر، 1975، ص 673 وما بعدها.

<sup>2</sup> أسماء مدحت سامي، الاعفاء من المسؤولية في اتفاقية الامم المتحدة للبيع الدولي للبضائع فيينا، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2006، ص 141 .

من جانب اخر، فان ثمة تساؤل قد يدور بصدد نطاق عدم التوقع، فهل ان عدم التوقع ينصرف

الى الحدث فقط؟ ام الى نتائجه فقط؟ ام الى الاثنين معا؟

الواقع من الامر فان الفروض التي يثيرها التساؤل لا تخرج عن اربعة فرضيات:

❖ **الفرض الأول:** يكون فيه الحدث واثاره متوقعين بالنسبة للمدين وقت ابرام العقد، كما لو توقع سحب

رخص التصدير العائدة له بسبب وجود خلافات سياسية بين دولته والدولة التي يعمل فيها مما يواجه

صعوبات كبيرة في توريد المنتجات الى الدولة التي ينفذ فيه العقد وهنا لا جدال في عدم توافر شرط

عدم التوقع.

❖ **الفرض الثاني:** ويكون فيه الحدث ونتائجه غير متوقعين بالنسبة للمدين وقت ابرام العقد كما لو ابرم

المدين عقد بيع محصول زراعي، ثم تأتي افة غير متوقعة تطيح بالمحصول وتجعل تنفيذه صعبا، ولا

خلاف في توافر عدم التوقع في هذا الفرض<sup>1</sup>.

❖ **الفرض الثالث:** ان توقع المدين الحدث ولكنه لا يتوقع نتائجه كأن يقرر المدين احتمال وقوع سيول أو

حروب أو اضطرابات سياسية، الا انه لا يتوقع ما ينتج عنها من تبعات تطل قدرته على التنفيذ،

وكثيرا ما يتحقق هذا الفرض في واقع التعامل التجاري.

❖ **الفرض الرابع:** ان يتوقع المدين النتائج بينما يكون الحدث ذاته غير متوقع بالنسبة اليه، ففي عقد

التوريد، وعقود الانتشاءات طويلة المدة قد يتوقع المورد أو المقاول زيادة تصاعدية في التزاماته أو

انخفاض كبير في عوائد التوريد أو المقاوله دون أن يتمكن من رد هذه الزيادة أو الانخفاض إلى

حدث<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - رشوان محمد رشوان، أثر الظروف الطارئة على القوة الملزمة للعقد، دار الهاني للطباعة والنشر، القاهرة، 1994، ص187.

<sup>2</sup> - عاطف النقيب، عنصر الثبات وعمل التغيير في العقد المدني، بيروت، 1999، ص 314 .

ويختلف الفقه في تقدير مدة توافر عدم توقع في الفرضين الثالث والرابع، إذ يرى البعض أن الأهمية في تقدير عدم التوقع تتعلق بنتائج الحدث فقط، فشرط عدم التوقع يعد محققاً متى كانت النتائج السلبية للحدث غير متوقعة، وإن كان الحدث ذاته متوقفاً بالنسبة للمدين وأعمال هذا الرأي يفضي إلى القول بتوافر شرط عدم التوقع في الفرض الثالث دون الرابع.

أما الرأي الراجح حسب تقديرنا أن شرط عدم التوقع يجب أن ينصرف إلى الحدث ذاته ونتائجه أيضاً، إذ لا يبرر منطقياً اعتباراً شرط عدم التوقع قائماً إذا كان المدين يتوقع الحدث فقط دون أن يتوقع نتائجه أو العكس، لذلك يكون شرط عدم التوقع غير متوافر في الفرضين.<sup>1</sup>

بالإضافة إلى تقدير شرط عدم التوقع وقت إبرام العقد، ففي هذا الوقت يفترض بالأطراف أنهم قد واجهوا كل الظروف والأحداث التي من المحتمل أن تخل بالتوازن الاقتصادي لالتزامهم العقدي وعلى المتعاقد أن يبذل في تقدير التوقع عناية الشخص المعتاد، فليكن الحدث غير المتوقع يجب ألا يكون في مقدور الشخص العادي أن يتوقع حدوثه ولو وجد في نفس الظروف المدين وقت التعاقد.

وعرف هذا الشرط في " القوانين الوطنية والدولية " في قانون التجارة الدولية أن الحدث المنتج لشرط عدم التوقع أشارت إليه مجموعة الشروط النموذجية التي أعدتها غرفة التجارة الدولية 1985 الخاص بأسباب الإعفاء من المسؤولية يتطلب في الفقرة الثالثة أن يثبت المدين لإعفائه من المسؤولية أنه لم يستطع بشكل معقول أن يتوقع هذا العائق أو يتوقع أثاره على قدرته على تنفيذ العقد وقت انعقاده.<sup>2</sup>

والحال كذلك بالنسبة للاقتراحات المتعلقة بالظروف الطارئة .

ويطبق قضاء التحكيم التجاري الدولي هذه الفكرة في غالبية الأحكام التي يصدرها هذا القضاء، وإن كانت بشكل غير مباشر إلى فكرة المخاطر العادية التي تتضمنها العقود الدولية التجارية، ويذكر

1 - رشوان محمد رشوان، المرجع السابق، ص 188 .

2- غرفة التجارة الدولية مقرها باريس من أهم المنظمات التي تعنى بتطوير قانون التجارة الدولية التي تعود نشأتها 1919 من خلال مؤتمر الدولي للتجارة الذي عقد بالولايات المتحدة الأمريكية يتشكل من المجموعة الاقتصادية ورجال الأعمال ينتمون إلى أكثر من 75 دولة.

المحكمون دائما المتعاقدين بواجبهم في توخي الحرص و الحيطة اثناء تنفيذ عقدهم وفي حماية انفسهم ضد هذه المخاطر بإدراج ما يشاؤون من الشروط التي تحقق هذا الغرض، فان اهلوا في ذلك، فعليهم تحمل تبعه هذه المخاطر وما ينتج عنها وقد عبر عن هذا الاستاذ " ديوان " في تعليق على القرار الصادر في القضية رقم 2708 بقوله « ان تغير الظروف وتوقع هذا التغير ليست بعيدا أو جنبا عن هذه العقود و يقصد بالعقود الدولية ، فالأطراف يجب ان يكونوا على علم بان هناك تغير سوف تحدث بالنسبة للسعر، وهذا ما يحقق للبعض المزايا وفي مثل هذه العمليات التي يكون فيها نوع من المضاربة، فان التغييرات في مجال تنفيذ العقد تكون واردة بشكل مسلم به .... »

ولذا فان ابرام عقد بيع في فترة تهبط فيها الاسعار بصفة عامة، يجعل المزيد من انخفاض السعر متوقعا من الاطراف، و ابرام عقد العمل في فترة تسود فيها التقلبات الاقتصادية يجعل الاضرار متوقع وتأخذ المادة 74 من القانون الموحد للمنقولات المادية لسنة 1964<sup>1</sup> والمادة 79 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع 1980 تنصان على ان الحدث يعد غير متوقع إذا لم يكن ممكنا ان يأخذه المدين في اعتباره وقت ابرام العقد<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: استقلال الحدث عن ارادة المدين

ويطلق جانب من الفقه عن هذا الشرط بالحدث الخارجي ، اي ان يكون الحدث خارجا عن ارادة المدين، فمن غير المنطق ان يستفيد المدين من تغير الظروف العقد للتمسك بأحكام شرط إعادة التفاوض بغية تعديل العقد في نفس الوقت الذي يكون فيه سبب التغير هو فعل أو المدين نفسه كما يعبر عنه بالخارجية extériorité وهذا الشرط يرتبط بالشرط السابق ارتباط وثيقا فهما مشتركان لأعمال شرط إعادة التفاوض أو مراجعة العقد واشترط مثل هذا الشرط هو امر منطقي ويحقق العدالة " فما يخالفهما" إلا أنهما يفترقان مثلا لو قبل البائع ابرام عقد بيع مع علمه باحتمال صدور تشريعات أو قرارات وزارية

<sup>1</sup> م 74 من القانون الموحد للبيع المنقولات المادية، سنة 1964 .

<sup>2</sup> م 79 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، سنة 1980 .

ستمع تصدير بعض المنتجات ومن ضمنها تلك التي تعاقد على بيعها " فانه لا يستطيع ان يتمسك بها لإبرائه " من المسؤولية أو لتعديل احكام العقد فصدور التشريعات كان متوقعا بالنسبة للبائع ، ولكنها كانت مستقل عن ارادته ، فلم تشارك ارادته باي شكل من الاشكال في صدور التشريعات<sup>1</sup>.

ولقد اختلف الفقه في تحديد معيار استقلال الحدث عن ارادة المدين فهل يجب ان يكون الحدث أو الطرف مستقلا استقلالاً كاملاً عن الشخص المدين وارادته أم لا؟  
وللإجابة عن هذا التساؤل لابد من عرض المعايير المعتمد عليه في تقدير شرط استقلال الحدث وعلاقته بعقود التجارة الدولية.

وقبل التطرق الى المعايير فان شرط استقلال الحدث يتنوع التعبير عنه فنجد مثلا في عقد الشراكة المبرم بين الشركة البريطانية والفرنسية نجد ان الاطراف عبروا عن هذا الشرط بعبارة " الحدث المستقل عن ارادة الشركة المدينة " في حين عبر الاطراف عن هذا الشرط في عقد اخر ابرم بين الشركة الصينية واخرى هندية بعبارة " حدث خارج عن سيطرة الاطراف « كما جاء في الشرط الوارد في احدى العقود التوريد بأنه " شروط الاتفاق الحالي يمكن ان تراجع باتفاق مشترك بين الاطراف، وإذا وقع حدث أجنبي عن الاطراف .... " في المقابل تتبنى مبادئ العقود التجارية الدولية « اليونيدرا » مصطلحا اخر لوصف الشرط اذ تنص المادة 2\6 الخاص بشكل اساسي توازن الأداءات العقدية .... وتقلت من سيطرة الطرف المضرور ...."<sup>2</sup>

أما في قضاء التحكيم، فانه في المنازعات التي تصدى فيها المحكمون الى تحديد مفهوم شرط اعادة التفاوض وبيان عناصر هذا الشرط، يبدو انهم يحرصون على التركيز على مدى علاقة المدين بالحدث، دون الاهتمام باستعمال مصطلح بعينه للتعبير عن استقلال الحدث عن ارادة المدين.

**أولاً: المعيار الأول: وهو المعيار الشخصي**

<sup>1</sup> - شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 269.

<sup>2</sup> - 2\6 اتفاقية معهد روما بشأن العقود والتجارة الدولية (اليونيدرا) 1994.

حيث يسود في عقود التجارة الدولية ان المقصود بالمفهوم الشخصي لاستقلال الحدث عن ارادة المدين ألا تشارك هذه الارادة في اي وقت وبأي شكل من الاشكال في احداث الفعل أو كما يقول البعض " يظهر استقلال الحدث من عدم مشاركة المدين في وقوع العائق ويفترض الشرط بهذا المفهوم ان يحلل المحكم أو القاضي موقف المدين وسلوكياته لمعرفة ما إذا كان قد ساهم بشكل أو باخر في وقوع الحدث. ويفترض هذا الشرط ان يقدر المحكم أو القاضي علاقة المدين بالحدث أو الظرف الطارئ ومدى مساهمته في وقوعه ام لا.

ثانيا: المعيار الموضوعي:

حيث يقيس المحكم أو القاضي شرط استقلال الحدث بالمقارنة بعمل أو تشارك المدين، فلا تكفي الا تشارك ارادة المدين في وقوع الحدث بل يجب بالإضافة الى ذلك ان يكون هذا الحدث بعيدا عن عمل أو نشاط المدين، فكما يقول بعض الفقه " القوة القاهرة والحدث الفجائي يفترضان بالضرورة ان يكون الحدث مستقلا عن أنشطة المدين بالالتزام " وهذا يعكس اهمية الشرط وفاعليته في مجال المسؤولية العقدية.<sup>1</sup>

ويسمى الاستقلال في هذه الحالة " بالاستقلال المادي أو الموضوعي وفي الواقع يوجد فارق كبير في التطبيق و النتائج العملية بين المعيارين ، فيتطلب المعيار الموضوعي التضييق من مجال تطبيق الشرط ، ويرجع ذلك الى ان اشتراط ان يكون الحدث مستقلا عن ارادة المدين ومستقلا عن ارادة المدين ونشاطه أو عمله الذي يؤديه، يقلل كثير من حالات السماح من التخلص من المسؤولية أو اعادة التعديل في العقد هذا من ناحية، كما انه من ناحية ثانية سيؤدي الى رفض السماح باعتبار مرض المدين وحالات المدين اسباب انتهاء المسؤولية أو لتعديل العقد وفقا لأحكام شرط اعادة التفاوض " HARDSHIP "

<sup>1</sup> - عادل جبيري محمد حبيب، مرجع سابق، ص 397.

ثالثاً: مكانة المعيار الشخصي الموضوعي في اتفاقيات التجارة الدولية:

بالرجوع الى نصوص الاتفاقيات والمعاهدات الدولية الخاصة بالتجارة الدولية نجد مثلاً اتفاقية فيينا للنقل الدولي للبضائع 1980 تتطلب ان يكون الحدث مستقلاً عن ارادة المدين وليس عن نشاطه، وكذلك الشروط العامة للبيع فإنها تنص على استقلال الحدث عن ارادة المدين<sup>1</sup>.

وبذلك الشرط النموذجي للقوة القاهرة الذي اعدته غرفة التجارة الدولية المعيار الشخصي لاستقلال الحدث، والامر هو نفسه بالنسبة لمبادئ اليونيدرا سواء فيما يتعلق بالقوة القاهرة أو بشرط اعادة التفاوض.

.HARDSHIP

والجدير بالذكر ان المعيار الموضوعي يجد تطبيقاته في بعض الاتفاقيات المتعلقة بالتجارة الدولية بين اتفاقية التجارة الدولية التي تتبنى هذا المعيار قواعد النقل الدولي للمسافرين و البضاعة عن طريق سكة الحديد تنص المادة 2\26<sup>2</sup> « لا يسأل الناقل عن طريق سكة الحديد من كل مسؤولية لو ان الحادثة قد وقعت بسبب ظروف خارجية عن استقلال السكة الحديد «الواقع ان تطبيق المعيار الموضوعي لقياس استقلال الحدث عن ارادة المدين يقتصر فقط على النقل البري بطريق السكة الحديد حيث لا يجد تطبيقه في مجال النقل الدولي الأول أما عن عقود التجارة الدولية فإنه يظهر من الشروط التي يدرجها الاطراف في عقودهم ان المعيار الشخصي هو الغالب في تقدير الشرط، فالأطراف يستخدمون في الغالب عبارة " يخرج عن سيطرة الاطراف أو صيغ مشابهة لهذه الصيغة"

وغالبية قرارات التحكم التجاري الدولي الصادر عن هيئات التحكيم الدولي ومنها غرفة التجارة الدولية بباريس تطبق المعيار الشخصي في تقدير استقلال الحدث، ففي القضية رقم 3100 عبرت هيئة التحكيم عن هذا الشرط بقولها «. دون ان يوجد خطأ وانه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة ان يأخذ

<sup>1</sup> - م 79 من اتفاقية الامم المتحدة بشأن، عقود البيع الدولي للبضائع >> لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ اي من التزاماته اذا اثبت ان عدم التنفيذ بسبب عائق يعود الى ظروف خارجة عن ارادته.<<.

<sup>2</sup> - م 2\26 من الاتفاقية الخاصة بالعمليات النقل الدولي بالسكك الحديدية المؤرخة في 9 ماي 1980.

العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد ان يكون بإمكانه تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه أو اهمال من الطرف الذي يتمسك بحالة القوة القاهرة» وفي قضية استندت هيئة التحكيم

الى مادة 2 من العقد التي تعرف القوة القاهرة بقولها " لا مسؤولية إذا نتج عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه بسبب ظروف تخرج عن ارادة الاطراف "

### رابعاً: حدود تطبيق شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين

ان تنوع الاحداث و الظروف التي يواجهها العقد اثناء تنفيذ وما تشكله من صعوبات بالنسبة للمحكمن في تقدير مدى توافر هذا شرط في بعض الأحداث ومن اكثر الحالات التي تثير هذه الصعوبات حالة الاضراب، وحالة العقود التي تكون فيها الدولة طرفاً فيها والتي تسمى " عقود الدولة " اولاً: الاضراب واثره على شرط استقلال الحدث المدين : فالإضراب هو وقف جماعي متعلق بالعمل بشكل حالة من حالات القوة القاهرة في القوانين الداخلية اما الاتفاقيات الدولية مثلاً معاهدة هامبورج 1978 الخاصة بالنقل الدولي البحري للبضائع فهذه الاتفاقية لم تؤخذ بالقواعد العامة. فهي لا تتطلب من الناقل ان يثبت توافر اركان القوة القاهرة، كما لا تلزمه بأخذ وسائل غير عادية في سبيل تنفيذ عقد النقل وكل ما عليه اذ اراد ان يعفى من المسؤولية عن الحوادث والاضرابات عن العمل ان يثبت وقوع هذه الحوادث وعلاقة السببية بينها وبين الضرر الذي لحق بالبضاعة.

ولا تتطلب المعاهدة لإعفاء الناقل من المسؤولية ان يكون الاضراب عاماً وانما يكفي ان يعود جزئياً، وفضلاً عن ذلك فإنها تعتبر من اسباب الاعفاء أو الايقاف أو العوائق العارضة اثناء العمل لأي سبب كان سواء كان السبب كلياً أو جزئياً.

ولا يعتبر الاضراب في ذاته قوة القاهرة يعفى الناقل من المسؤولية عن طبقاً للقواعد العامة الا إذا كان عاماً يجعل تنفيذ عقد النقل مستحيلًا، وان يكون الاضراب فجائياً وغير متوقع ولا دخل لإرادة الناقل في وقوعه.

وعلى ذلك اذا كان في امكان الناقل تنفيذ العقد مع بذل تضحيات استثنائية فانه لا يعفى من المسؤولية إلا أن المعاهدة لم تأخذ بحكم القواعد العامة ، فهي لا تتطلب من الناقل ان يثبت توافر اركان القوة القاهرة، كما لا تلزمه باتخاذ، وسائل غير عادية في سبيل تنفيذ عقد النقل، وكل ما عليه اذا اراد ان يعفى من المسؤولية عن حوادث الاضرابات عن العمل ان يثبت وقوع الحوادث وعلاقة السببية بينهما وبين الضرر الذي لحق البضاعة، ولا تتطلب المعاهدة الاعفاء الناقل من المسؤولية ان يكون الاضراب عاما وانما يكفي ان يكون جزئيا، فضلا عن ذلك فإنها تعتبر من اسباب الاعفاء الايقاف أو العوائق العارضة اثناء العمل وهي لا ترقى الى مرتبة الاضراب وعبارة ( لأي سبب كان قد يفهم منها الأول وهلة ان الناقل يعفى من المسؤولية عن الاضراب ولو كان نتيجة خطئه<sup>1</sup>.

الا ان الرأي الراجع عكس ذلك فإذا ثبت ان الاضراب أو الاغلاق كان نتيجة خطأ من الناقل فانه لا يفيد من الاعفاء ويقع على الشخص عبئ اثبات خطأ النقل.

وبالرجوع الى عقود والتجارة الدولية فالواقع ان أطراف العقد لا ينص صراحة على تحديد نظام معين لحالة الاضراب، ويحددون شرط استقلال بشكل عام دون ان يحددوا تطبيقات معينة له. ومثال ان يتفقوا على ان الاحداث التي تشكل قوة قاهرة أو شرط HARDSHIP هي الاحداث المستقلة عن ارادة المدين أو التي تخرج عن سيطرته أو اي صيغة اخرى مشابهة لذلك.

إن الفقه التجاري الدولي يتفق في ضرورة تقديرها الشرط في كون الاضراب حالة داخلية أم خارجية عن مشروع المدين ففي حالة ما إذا كان الاضراب داخليا كالنزاعات التي تثور بين رب العامل والعمال مثلا نزاعات الاجر وساعات العمل والضمان الاجتماعي وحماية الاجتماعية وغيرها فان هاته النزاعات لها علاقة مباشرة بالاضراب، فانه من الصعب في هذه الحالة ان يثبت رب العمل انه ليس له علاقة بها الاضراب، وانه مستقل عن ارادته وانه ليس له دور في حدوثها ولذا يظل مسؤولا في هذه الحالة عن عدم تنفي التزاماته الذي سببه هذا الاضراب والاساس " القانوني " في ذلك هو ان سبب الاضراب

<sup>1</sup> - احمد محمود حسني، النقل الدولي البحري للبضائع معاهدة هامبورج ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1978، ص336.

يرجع الى ارادة رب العامل الذي لم يقم بأية فعل أو سلوك لتوقيف الاضراب أو السعي الى حله بالطرق المعروفة<sup>1</sup>.

إلا أن هناك بعض أنواع من الاضرابات التي تتجاوز فيها مطالب العمال نطاق مشروع المدين بحيث يصعب القول بأن كل أسباب الاضراب الداخلية، ومن أمثلة هذه الانواع الاضرابات التي يطلق عليها الاضرابات السياسية وكذلك العامة التي تقوم بها النقابات لأسباب سياسية أو اقتصادية بعيدة عن العمل، فهذه الانواع من الاضراب تستمد وجودها من اسباب مستقلة عن ارادة المدين، ولهذا يصح اعتبارها قوة قاهرة يتوافر شرط الاستقلال على الرغم من امكانية مشاركة العمال في الإضرابات.<sup>2</sup>

أما إذا كان الاضراب مستقلا تماما عن العمل مثلا الاضراب الذي نجسه في قرارات اقتصادية أو سياسية اصدرتها الحكومة اثرت في حقوق العمال، فان الاضراب يعتبر في هذا الفرض اجنبيا عن المدين ومستقلا عن ارادته.

وحسب رأينا فان الاضراب يعد حالة من حالات القوة القاهرة التي تعيق تنفيذ الالتزامات العقدية، وهذا محدد في القوانين الداخلية وكذلك الدولية فقد تبنت العديد من الاتفاقيات و المعاهدات الدولية حالات الاعفاء من المسؤولية ومن بينها حالة الاضراب ولكن لقيام هذه الحالة لا بد أن توافر شروط حتى يعفى المدين من تنفيذ التزاماته، وهي لكي يتحقق شرط استقلال "المدين" الحدث عن إرادة المدين لا بد ان يكون الاضراب واسبابه سواء كان داخليا أو خارجيا ان لا يرجع إلى خطأ من رئيس المشروع، وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الحل في حكمها الصادر في 1983\02\4 ففي هذه القضية رفضت المحكمة الطعن المقدم في حكم الاستثناء الذي قضى بعدم توافر شروط القوة القاهرة وخاصة شرط

<sup>1</sup> انظر المادة 10 من الشروط العامة للجنة الاقتصادية الاوروبية للأمم المتحدة لتوريد المواد الاولية التي تضع منازعات العمل في المقام الاول لحالات الاعفاء من المسؤولية ولقد اعتبرت ان الاضراب حالة من الحالات القوة القاهرة إذا كان مستقلا عن ارادة المدين.

<sup>2</sup> -شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 293 .



يقول حسين الماهي مقال قدمته لجنة ممارسات التجارية لغرفة التجارة الدولية لتحديد الحالة التي يضطر فيها اقتصاد العقد ملحقاً ضرر بأحد أطراف في عقد يلتزم أحد الاطراف بتوريد كميات من الثلج بسعر محدد من بحيرة متجمدة لكن في شتا أحد الاعوام لم يكن باردا فلم تتجمد البحيرة بالقدر المطلوب فالطريقة الوحيدة التي بقيت للمورد للالتزام بتوريده هو بضاعة الثلج هذا ما ادى الى رفع تكلفة الانتاج بشكل فادح.

وهذه الطريقة لها ميزة وعيب في ذات الوقت، فما يميزها هو تجنب اعادة تقييم العقد ، لمجرد حدوث اي تغير في المنافع أو المزايا التي يسعى احد الاطراف الحصول عليها، واما ما يعاب عليها هي صعوبات الخطيرة في التفسير عندما يتمسك احد الاطراف بشرط الاختلال فإستخدام هذه التعبيرات لا تحسم تلك الاختلالات، والسؤال الذي يظل مطروحا ما اذا كانت هذه الاختلالات تشكل شرط جوهرى ونستدل على ذلك بالمادة ( 2-2-6 ) المتعلق بشرط الصعوبات HARDSHIP من القانون الخاص التابع للمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بروما UNI DROIT التي تنص على انه « يوجد HARDSHIP عندما تقع احداث تهدم بشكل اساسي توازن الأداءات ، اما لان تكلفة تنفيذ الالتزامات ارتفعت ، أو لان قيمة الاداء المقابل ثم انخفضت »

مسألة اختلال التوازن الاقتصادي للعقد هي جوهر و اساس اعادة التفاوض بين الاطراف، اما المخاطر التي يتوقعها الاطراف والتي تندرج فما ضمن طبيعة العقد خاصة في مجال التجارة الدولية تعطي المبرر للأطراف في طلب مراجعة العقد عن طريق شرط اعادة التفاوض لان هذا الاختلال بسيط ومتوقع لا يصل الى حد الحسبان والمخاطر الكبيرة<sup>1</sup>

ويؤسس الفقه في مسألة استبعاد المخاطر العادية والبسيطة كتغير في الثمن أو سعر التكلفة أو سعر في المواد الأولية التي تنتج من التقلبات والتغيرات الاقتصادية انها حالة عادية لا تصلح لتطبيق احكام شرط اعادة التفاوض ومن غير المستحسن ان يطلب أحد الاطراف تعديل الالتزامات لمخالف مبدأ

<sup>1</sup> - شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 142 .

حسن النية فهذا الاخير يلزم الاطراف ان يتحملوا جز من المخاطر التي يحتويها اي عقد ما لم تتجاوز الحد المعقول، أو التي يصفها البعض بأنها " تدخل في دائرة التعاقد"<sup>1</sup>

اما المعيار الثاني فهو المعيار الشخصي الذي يقدر الاختلال الذي وقع للعقد على الظروف الشخصية للمتعاقدين وخاصة المدين المضرور فالاختلال يكون ضار غير عادل وفقا لهذا المعيار من تحمل المدين ضرر شديدا من جراء فقد العقد لتوازنه بحيث لم يعد من العدل ان تلزمه بان يتحمل مثل هذا الضرر، فعدم العدالة تظهر عندما يترك الضرر اثر واضح على التزام المدين، حتى وان كان من العدالة ان يتحمل مدين اخر، موضوع في نفس ظروفه، مثل الضرر وتعتبر هيئة التحكيم على اختلال التوازن في القرار الصادر في 1989 بقولها « اختلال التوازن الذي يجيز تعديل العقد يشير الى ظروف مختلفة منها، تغيرات جوهرية في الظروف المحيطة بالعقد تؤثر في تنفيذ المتبادل للالتزامات المتعاقدين أنفسهم بحيث تجعل التزامات احدهم غير معقولة وغير عادلة بالنسبة للالتزامات المتعاقد الاخر »

وفي امثلة الشروط التي تأخذ بهذا المعيار، الشرط الذي ينص على ان " اعادة التفاوض عندما يؤدي التنفيذ الحالي للعقد الى نتائج غير عادلة بالنسبة لاحد المتعاقدين " وكذلك الشرط الذي ينص على ان "... إذا تحمل أحد الاطراف مالم يكن بشكل عادل ان نطلب منه ان يتحملة .... سوف يتفق الاطراف على تعديل شروط العقد الحالي ليلائم الموقف الجديد بشكل عادل للطرفين ..."

وايضا اتفاق الاطراف على اعادة التفاوض في حالة ما اذا فرضت التغيرات على احد الاطراف " ان يتحمل عبئا غير عادل<sup>2</sup> وكذلك قرارات التحكيم التجاري الدولي التي تأخذ في بعض الاحيان بالمعيار الشخصي في تقدير الاختلال بالتغيرات التي تؤدي الى التزامات المتعاقدين تصل الى حد الاختلال متى ادت هذه التغيرات الى عدم تعادل كبير بين التزامات المتعاقدين بحيث تختلف عن تلك التي توقعها الاطراف انفسهم وقت ابرام العقد ففي قرار الصادر في سنة 1976 رقم 2708 اشارت هيئة التحكيم الى

<sup>1</sup> - نرمين محمد صبع، مرجع سابق، ص 465.

<sup>2</sup> - د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 157.

اعادة التفاوض و لتطبيق هذا الشرط يجب ان يكون هناك تعديل غير عادي في التزامات المتعاقدين يهدم به التوازن بين التزامات المتعاقدين بحيث لم تعد كما قصدها الاطراف عند ابراز العقد.<sup>1</sup>

### المطلب الثالث: مضمون التزام الاطراف بإعادة التفاوض بحسن نية

تنص شروط اعادة التفاوض على قيام ضرورة قيام الطرف المتضرر بإخطار الطرف الاخر خلال مدة قصيرة بوقوع حدث التغيير في الظروف، ومدى التغييرات التي احدثها على تنفيذ العقد وعن رغبته في التمسك بشرط اعادة التفاوض، والشروطان السابقان كثيرا ما يرتب على عائق الاطراف واجب الالتقاء في أقرب وقت ممكن "أو" دون تأخير" من اجل التشاور فيما بينهم، وتبادل وجهات النظر والاقترضاء بشأن تعديل العقد وملائمة مع الظروف المتطورة والمؤثرات عليه.

شرط التزام الاطراف بإعادة التفاوض قصد تنفيذ العقد يجد مصدره في اتفاق الاطراف والنص عليه في العقد وهو اساس مبدأ حسن النية، ورفض طرف الدخول في عملية التفاوض سيمثل خرقا ومساسا بهذا المبدأ وعليه يجب على الاطراف الجلوس الى التفاوض بهدف ايجاد اتفاق مشترك يواجهون به إثر تغيير الظروف على تنفيذ عقدهم.

وينقسم شرط اعادة التفاوض الى نوعين شرط اعادة التفاوض ماديا و اعادة التفاوض نفسيا ومعنويا واعادة التفاوض المادي هو تبادل الاطراف المراسلات وخطاب النوايا اما اعادة التفاوض النفسي والمعنوي هو قصد الأطراف الوصول الى اتفاق مشترك ، بأن يقدم كل منهما اقتراحات وتوصيات و آراء جادة يمكن ان يقبلها الطرف الاخر ومبدأ حسن النية هو مبدأ داخلي ودولي معترف به في كافة الأنظمة القانونية الداخلية وفي القانون التجاري الدولي، فالقانون الفرنسي في مادة 134 من القانون المدني تنص « يجب ان تنفذ الاتفاقيات بحسن النية ، بالإضافة الى القضاء الفرنسي الذي يرتب جزاء على عدم احترام هذا المبدأ استنادا الى تفسير النصوص الاخرى .<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - محمد شريف غنام، مرجع سابق، 159.

<sup>2</sup> - مبدأ حسن النية من المبادئ العامة في القانون التجاري الدولي .

واشار القانون المصري في المادة 1\148 بقولها «يجب تنفيذ العقد وفقا لما اشتمل وبطريقة تنفق مع ما يوجبه حسن النية، ويطبق القضاء المصري وبدوره هذا المبدأ بمعناه الواسع سواء في القانون العام أو الخاص أو القانون الداخلي أو الدولي وسواء أكان القضاء إداري ام مدني يعتبره الفقه مبدأ جوهري ويهيمن على تنفيذ العقد و اشار المشرع الجزائري اليه في مادة 1\107 من القانون المدني.

### الفرع الأول : مبدأ حسن النية في مجال التجارة الدولية

يعتبر مبدأ حسن النية مبدأ جوهري من مبادئ قانون التجار الدولي ترتكز عليه المبادئ العامة التي تحكم تكوين وتنفيذ وتفسير العقود الدولية، فمبدأ حسن النية يعتبر في لب وجوهر أغلبية قرارات التحكيم انه يمثل قاعدة للتفسير والمرشد لكل تصرف وكذلك كل حكم. إن المبدأ في مجال التجارة الدولية له أهمية بالغة فأصبح يكرس ما طرف هيئات التحكيم على خلاف الانظمة القانونية الوطنية ، ونظرا لكون التوجه العام لقضاء التحكيم هو الرغبة في التوصل الى حلول للمنازعات تنشأ بها عن حلول غير ملائمة المقدمة من قبل القوانين الوطنية ، وجد المحكمون ضالتهم في مبدأ حسن النية من خلال الاستناد عليه في تقدير سلوك المتعاقدين ، وبيان قواعد السلوك أكثر ترابطا ويشير الفقه و القضاء في التجارة الدولية الى هذا المبدأ بعدة تعبيرات الالتزام العام بالأمانة أو الالتزام بالتعاون بين الاطراف ، أو بواجب الحرص والاحتياط الذي يجب ان يكون عليه المتعاملون في التجارة الدولية<sup>1</sup> .

### الفرع الثاني: الالتزام العام بالأمانة

هو التزام يفرض نفسه على المتعاقدين ويطبق دون النص عليه صراحة في العقد، وبهذا الالتزام امتناع كل المتعاقدين عن كل سو نية اثنا تنفيذ العقد، و يعني ايضا أن تنفيذ كل منهما التزامه بشكل يستفيد منه المتعاقد الاخر ولا يقف عند تنفيذ الحرفي لالتزامه وانما يجب ان يتم هذا التنفيذ بنية إفادة

<sup>1</sup>-تنص المادة 1-1\8 من مبادئ العامة للقانون التجاري الدولي تحت عنوان "حسن النية" على ان يلتزم الأطراف بأن تتطابق تصرفاتهم مع متطلبات حسن النية في التجارة الدولية " وتنص الفقرة الثانية من هذه المادة على انه " لا يستطيع الاطراف استبعاد هذا الالتزام ولا ان يحددوا نطاقه"

الغير<sup>1</sup> ويفرق بعض الفقهاء بين نوعين من الامانة في مجال تنفيذ العقد، الامانة التعاقدية loyauté contractuelle وامانة المتعاقدين la loyauté du contractant والتي يتم من خلاله النظر الى مواقف أو سلوك الاطراف على نحو منفرد، واما الامانة التعاقدية التي تسمح باستخلاص نتائج عامة يمكن ان تطبق على سلوك كل متعاقد وليس سلوك متعاقد بعينه<sup>2</sup>.

ونجد التفرقة بين النوعين السابقين من الامانة أساسها في التفرقة الشهيرة التي قال بها الاستاذ vouin في رسالته عام 1939 فقد قسم هذا الاستاذ حسن النية الى نوعين : حسن النية التعاقدية وحسن نية المتعاقدين ويعرف حسن النية التعاقدية بانه " حالة موضوعية كما تسمح بتحديد المحتوى الالزامي للعقد وتقدير النتائج القانونية للأعمال التي تتبعه وترتبط به اي انه يتعلق بالوقائع و التنفيذ الأمني لهذه الوقائع أيا كان الطرف الملتزم بهذا التنفيذ ، ويعد حسن النية المتعاقدين على انه حالة شخصية خاصة بكل متعاقد وتختلف من متعاقد لآخر.

كما يوجب التزام العام بالأمانة ان الشخص لن يضر الاخر بالنسبة للوقائع أو اعطاء معلومات خاطئة، إنها تكفل أيضا أن العقود في اللحظة التي يتم إبرامها فيها ستنتسم بالشرف وهو تعبير الإرادة عن الوفاء الشخص لتعهداته، وكذلك يفرض هذا الالتزام على الشخص الامتناع عن العمل، فعليه أن يمتنع عن الكذب وإخفاء الحقيقة والغش والاحتيال تجاه الطرف الآخر.

<sup>1</sup> - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 186.

<sup>2</sup> - شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 403.

## الفرع الثالث: الالتزام العام بالتعاون

يلتزم طرفا العقد بالتعاون المثمر والبناء بينهما بهدف الوصول الى اتفاق، ويعتبر واجب التعاون شكل من اشكال حسن النية في عقود التجارة الدولية التي تباي استثناء أحد طرفي العقد بالفائدة على حساب الآخر.<sup>1</sup>

تطبيقا لواجب التعاون يلتزم الطرفان في مرحلة التفاوض بعدم التراخي في تحديد مواعيد لجلسات التفاوض واحترام المواعيد المقررة ، وتحديد أماكن التفاوض وابداء المرونة وعدم التصلب اثناء الاجتماعات والنقاشات وتقديم العروض المبالغ فيها بهدف دفع الطرف الاخر الى رفضها و المبادرة<sup>2</sup> الى تقديم كافة الوثائق والمستندات الازمة الى الطرف الاخر ، وعدم الامتناع عن ذلك دون مبرر مشروع ومواصلة التفاوض والاستمرار فيه لحين نجاح المفاوضات والتوصل الى صياغة بنود جديدة للعقد أو اعلان انتهاء المفاوضات بسبب عدم قدرة الطرفين على التوصل الى اتفاق جديد<sup>3</sup>.

ويشكل واجب التعاون مظهر للتعبير عن حسن النية في عقود التجارة الدولية وعبر الاستاذ demo gue عن العلاقة الوطيدة التي تربط بين حسن النية في تنفيذ العقد وواجب التعاون بين الأطراف أثناء تنفيذها هنا العقد بتصويره العقد بشركة صغيرة يجب ان يعمل فيها كل شخص لتحقيق هدف مشترك يتكون من مجموع الأهداف الفردية لكل شخص، فهذا الالتزام يفرض على الأطراف تعاون فيما بينهم من أجل تحقيق مصالحهما حتى وان تعارضت في مقتضيات مبدأ حسن النية يلزم الاطراف ان يتعاونوا معا بهدف الوصول الى اتفاق مقبول يسمح لهم بالحفاظ على علاقاتهم.

وما يميز الالتزام بالتعاون، انه يفرض على الاطراف في المراحل السابقة على ابرام العقد، أو اثناء ابرام أو الفترة اللاحقة على ذلك واثناء تنفيذه ، وحتى بعد انتهاء من العلاقة التعاقدية التعاون

<sup>1</sup> -حسام الدين كامل الاهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل اعداد العقد الدولي، تقرير مقدم لندوة الانظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الاعمال الدولي، القاهرة، 1993 ، ص 10 .

<sup>2</sup> - جمال فخر النكاس، العقود والاتفاقيات المحددة للتعاقد، مجلة الحقوق الكويتية، الكويت، 1996 ، ص 164 .

<sup>3</sup> - وفاء حلبي ابو جميل، الالتزام بالتعاون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 175 .

بحسن النية في سبيل ضمان تنفيذ العقد، والتغلب على الصعوبات والعراقيل التي تظهر في الطريق على نحو مشترك وبناءه، فواجب التعاون يضمن التنفيذ الفعال للعقد والمحافظة عليه، ولتحقيق ذلك يقع على عاتق الاطراف مجموعة من الواجبات منها، انه على كل طرف من الاطراف واجب ان يسلك تجاه الطرف الاخر مسلكا لا يضر به، ان يعلم الطرف الاخر بالظروف المؤثرة على تنفيذ العقد، وتحديد الخسائر<sup>1</sup> وتقييمها في حالة التوقف عن تنفيذ العقد، وينقسم هذا الالتزام الى نوعين التزامات صريحة وهي ما ينص عليها الاطراف مباشرة في اتفاقهم والنوع الثاني التزامات ضمنية تتمثل في العادات والمبادئ للسلوك، وعليه فالتعاون امر ضروري بين الاطراف في عقود التوريد ويتجنبون به العديد من المشكلات التي قد تثار اثناء تنفيذ هذه العقود، ويتفادون به أيضا النتائج الضارة التي تترتب على فسخ العقد والتي قد تتمثل في وقف التوريدات، وتجسد الشروط التعاقدية الالهية التي يمثلها التعاون في هذه العقود، ومن امثلة ذلك الشرط الذي تضمنه عقد توريد غاز بين شركة أندو نسية وشركة امريكية، حيث اتفق الاطراف على ان يلتزم كل منها ببذل ما في جهده للحصول على الاذن المطلوب وان يتبادل المعلومات مع الطرف الاخر<sup>2</sup>.

وبالرجوع الى قضاء التحكيم في قراراته ومنها:

القرار الصادر عن غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 4761 لسنة 1987 قررت هيئة التحكيم عند فصلها في طلب المقاول من زيادة ثمن عقد الانشاءات انه «فانه قد أخطأ في فهم طبيعة التزامه والمادة السابقة من العقد تفرض عليه الالتزام في مدة معينة. مباشرة تحديد زيادة ثمن العقد، وهو التزام بعمل، اي التفاوض و التعاون بحسن نية خلال تنفيذ العقد، ويرفضه القيام بأي مسعى أيا كان بقصد تحديد قدر الزيادة في الثمن العقدي، فإن المدعي عليه يكون قد خرق الاتفاق وبالتالي تقع عليه المسؤولية " وفي مثال اخر اصدرت غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 43 لسنة 1975 ذهبت

<sup>1</sup>- شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 408 .

<sup>2</sup>- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 187.

فيه هيئة التحكيم الى أن " الاطراف... يجب أن يكونوا مدركين تماما ان التعاون الامني وحده الكامل والثابت بينهم يمكنه عند الاقتضاء تسوية المنازعات الناشئة عن الصعوبات الملازمة لتنفيذ أي عقد، و الناتجة عن التعقيد الشديد لتكوين وتشابك الارتباطات محل الخلاف ...". ثم ذكرت هيئة التحكيم أن "... الالتزام بالتعاون، الذي استخدمه الفقه الحديث من مبدأ حسن النية يجب ان يحكم تنفيذ كل اتفاق ...."<sup>1</sup>

واللتزام بالتعاون غالبا ما يوصف بانه التزام بوسيلة أو التزام ببذل العناية اللازمة وهذا فان ذلك الالتزام يفرض على كل طرف من الاطراف ان يظهر الحرص المعتاد و النافع في تنفيذ التزامه. وقد يستخدم تعبير الحرص والاحتياط كإشارة الى حسن النية في العقود الدولية وقرارات التحكيم وقد اظهرت مجموعه عمل قامت بدراسة في هذا الصدد أن الطرق التي يعبر فيها المتعاقدون أو المحكمون عن واجب الحرص والاحتياط قد ترد بإحدى الصور الآتية: " أفضل الجهود، الجهود المعقولة، الحرص الواجب... الخ.

ويشير بعض الفقه الى بعض تطبيقات واجب الحرص والاحتياط في قرارات التحكيم، منها الحرص في صيغة " العروض" المتعلقة بتنفيذ الالتزامات، في تفحص البضائع المباعة، في اللجوء الى شرط الفاسخ وفي واجب تحجيم الخسائر.

ويذكر البعض ان تطبيق ذلك الواجب من قبل هيئات التحكيم، غالبا ما يتم بخصوص الادون والرخص المطلوبة لتنفيذ العقود الدولية" المحكمون يشيرون دائما الى واجب المدين في الحصول على هذه الرخص اللازمة للعقد لا دخوله حيز النفاذ مادام العقد يوجب عليه ذلك، ويعتبر المحكمون ان عدم الحصول على هذه الرخص، يعني تصرف هذا المدين على وجه يخالف مبدأ حسن النية وواجب الحرص والاحتياط الذي يجب ان يحكم سلوك هذا المدين.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - شريف محمد غنام، مرجع سابق، 404.

<sup>2</sup> - مرجع نفسه، ص 414، 415 .

الفرع الرابع: الالتزام بالإعلام

من مظاهر مبدأ حسن النية في العقود التجارية الدولية، هو ان يقوم كل طرف بإخبار واعلام الطرف الآخر، بكل ما لديه من معلومات وبيانات، تتعلق بالعقد المتفاوض عليه، وذلك حتى ... للطرف الآخر، الاقدام على التعاقد حرة وسليمة، حتى يكون كل منهما على علم ودراية وتأمين بكل ما يطرأ على العقد من تغير بسبب الحدث المبرر لأعمال شرط اعادة التفاوض، فيتمكن من تقدير العروض الملائمة بغية التوصل الى اتفاق جديد.<sup>1</sup>

والالتزام بالإعلام يرتبط بالصدق والشفافية اي الصدق والصرحة والوضوح في تقديم المعلومات فلا يجوز لاحد الاطراف المتفاوضة اخفاء شيء عن الطرف الاخر، أو تركه مخدوعا في امر يعلم حقيقته، فان كان أحد الاطراف على علم بواقعه معينة وكانت تلك الواقعة مجهولة من الطرف الاخر، الا انها بالغة الاهمية بالنسبة اليه، بحيث لو علم بها لتغيرت طبيعة الاقتراحات المقدمة من قبله أثناء التفاوض فان على الطرف الذي يعلم بتلك الواقعة بإعلام الطرف الاخر بها، والا فإنه يعد مخلا بمبدأ حسن النية في مرحلة اعادة التفاوض.<sup>2</sup>

ويتم الاعلام في الواقع بطرق متعددة ، فقد يتم بالأخبار المباشر للطرف الاخر بكل ما يعلمه المتعاقد من حقائق ووقائع ومعلومات ، وقد يتم بتقديم بيانات مكتوبة ، وهذا ما يسمى بالإعلام مكتوب وقد يتخذ الالتزام شكل من اشكال التحذير أو التنبيه للطرف الاخر بوجود مجموعة من المخاطر أو الاضرار المادية و القانونية وذلك حتى يضعها هذا الاخير في حساباته اثناء التفاوض ويسمى هذه الصورة الخاصة من الالتزام بالإعلام بالتحذير، كما قد يتجلى الالتزام بالإعلام في صورة تقديم النصح

<sup>1</sup> محمد الشلقاني، مبادئ العقود التجارية الدولية روما Unidroit الاعداد والترجمة العربية، مكتب الشلقاني للاستشارات القانونية والمحاماة، 1994، ص 77.

<sup>2</sup> خالد جمال أحمد حسن، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996، ص 32.

والارشاد والمشورة للطرف الاخر في مسائل معينة يكون احد الطرفين ذي خبرة فيها نتيجة ابرامه صفقات أخرى.<sup>1</sup>

ولقد تطور الإلتزام بالإعلام عبر المراحل التاريخية ففي القانون الروماني كان يفرض هذا الإلتزام على عاتق البائع لفائدة المشتري عن الوضعية القانونية للعقارات، بحيث يكون البائع مسؤولاً امام المشتري عن العيوب الخفية للمبيع، وفي حالة اخلال البائع بهذا الإلتزام فيلزم بالتعويض عن الاضرار التي لحقته، اما في بيوع العبيد أو الحيوانات فاذا لم يلتزم بإعلام البائع فالمشتري الحق في المطالبة بفسخ البيع خلال مدة ستة اشهر من تاريخ ظهور العيب واسترداد الثقة الذي لحقته أو رفع دعوى انقاص الثمن بحسب تقدير القاضي، ولقد تطور الإلتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات بشكل كبير في العصر الحالي، نظرا للتقدم التكنولوجي الهائل، و يشرع المخاطر وما صاحبه من تفاوت صارخ في المعرفة بين البائع والمشتري واختلال التوازن وعدم التكافؤ و البين في المعلومات التي يجوزها الطرفان، وقد نص المشرع الجزائري في م 86 من القانون المدني ان مجرد السكوت عمدا عن واقعة مؤثرة في التقاعد يعتبر تدليسا يجيز ابطال العقد.<sup>2</sup>

كما أن الفقه والقضاء أقر بالتزام يقع على عاتق الطرف الاخر، بأن يدلي بكافة أنواع البيانات، والمعلومات المتعلقة بالعقد والشروط والبنود الواجب النظر فيها وعليه ان يلتزم المتفاوض بتقديم المعلومات.

### الفرع الخامس: حق المحافظة على الاسرار

يقصد بالالتزام بالمحافظة على الاسرار ، ليس مجرد اجراء المفاوضات في كتمان وسرية تامة ، بل يقصد به ذلك الإلتزام الذي يفرض على المتفاوض التزام الصمت بخصوص كل ما يصل الى علمه أو

<sup>1</sup> - جعفر الفضلي، الإلتزام بالنصيحة والسلامة والحذر في عقد المقاوله، دراسة تحليلية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص58.

<sup>2</sup> - المادة 2186 من الامر رقم 58 175 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 ، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

يكشفه اثناء التفاوض أو من خلال ما يتبادله مع المتفاوض الاخر من مستندات أو من خلال ما يدور بينهما من مناقشات أو من خلال البحث والدراسات التي يستلزمها ابرام العقد<sup>1</sup> بالمحافظة على سرية المعلومات، من اهم ما يقتضي مبدأ حسن النية في المفاوضات التجارية، وذلك ان المفاوضات في العقود التجارية الدولية تنص في اغلب الاحيان على صفقات ذات طابع تقني وتكنولوجي معقد، كما هو الحال في نقل التكنولوجيا، وتأسيس على التزام بمبدأ سن النية في مرحلة التفاوض يلتزم الطرفان بالمحافظة على الاسرار التي يطلعان عليها اثناء التفاوض فمن المتصور ان يطلع الطرفان على مجموعة من الاسرار الخاصة بها اثناء التفاوض ، لاسيما فيما يتعلق بالقدرة المالية لكل منها، ومصدر الحصول على المواد الأولية واسواق تصريف الانتاج ، ولا شك في ان اطلاع الغير عن تلك الاسرار قد يؤدي الى الحاق الضرر بالمتعاقدين الاخر، كذلك قيام الطرفين باستغلال تلك الاسرار لحسابه الخاص دون موافقة الطرف الاخر يعد ايضا اخلاصا بالالتزام بالسرية، فقد نصت المادة الثانية من مجموعة مبادئ عقود التجارة الدولية التي اعتمدها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بروما عام 1994 بقولها<sup>2</sup> « ان يلتزم الطرف الذي يتلقى اثناء المفاوضات معلومة معينة ذات طابع سري من الطرف الاخر، وسواء ابرم العقد أو لم يبرم، بعدم انشائها أو استخدامها بغير حق ، لأغراض شخصية ويرتب الاختلال بهذا الواجب تعوضا يشمل في هذه الحالة المنافع التي كان سيحصل عليها الطرفان.

ويدور التساؤل عن المعلومات السرية في يجب على الاطراف الحفاظ عليه والالتزام بعدم الافشاء الى الغير دون مبرر مشروع. الواقع أن الاطراف قد يعمدون، احيانا الى تنظيم ذلك في اتفاق خاص ويتم ذلك، عادة في المراحل الأولى العملية التفاوض، وبخلافه يمكن الرجوع الى طبيعة المعلومات في كل عقد، والظروف المحيطة بالأطراف.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> اتفاقية مبادئ معهد روما بشأن العقود التجارية الدولية اليونيدرا، 1994 .

<sup>2</sup> احمد عبد الكريم سلامة، العقد الدولي الطليق في القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 104.

<sup>3</sup> شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 84.

وعموما يمكن اعتبار المعلومات السرية إذا كان الإفصاح عنها للغير، أو استعمالها لحساب المتعاقد الخاص يؤدي الى الحاق اضرار مادية أو معنوية بالمتعاقد الاخر، ويدخل في نطاق الضرر المعنوي، وما يلحق بالسمعة المالية أو التجارية من اضرار، وكذلك الاضرار النفسية التي تلحق بالمتعاقد نتيجة الكشف عن معلومات معينة.<sup>1</sup>

ويعد الالتزام بالسرية التزاما بتحقيق نتيجة معينة، إذ يلتزم المتعاقد بالحفاظ على سرية المعلومات وعدم افشائها الى الغير أو استعمالها لحسابه الخاص، والا تحققت مسؤولية، اما من الناحية الشكلية فإن الاصل هو عدم خضوع المفاوضات بين الاطراف الشكلية معينة فأغلب الشروط التعاقدية التي تنظم شرط اعادة التفاوض تركز بشكل اساسي على الزام الاطراف بالتفاوض بحسن النية فتخلف الشكلية أو عدم الالتزام بها قد يثير منازعات كثيرة بين الاطراف، وقد يؤدي الى عرقلة المفاوضات، أو عدم البدء بها اصلا، لاسيما اذا كان بين المتعاقدين من هو سيء النية يجيد المماطلة والتسويف و التهرب من الالتزامات .

وتتضمن العقود المنظمة لشرط اعادة التفاوض ابراز المسائل الشكلية التي يلتزم بها الاطراف في مرحلة المفاوضات هي المدة التي يعلن المتعاقد خلالها قبوله اجراء المفاوضات والشكل الذي يجب ان يتم من خلاله هذا القبول.

وواقع الامر فإن الفقه التجارة الدولية يعتبر السكوت قبولا، إذ انهم يرون ان الارادة ان لم تعبر تعبيرا صريحا فان شرط اعادة التفاوض يفترض وجوده لإعادة التوازن العقدي فاذا كان طلب المضرور اعادة التفاوض ايجابا منه، فإن الارادة الضمنية المتبادلة لإعادة التفاوض تجعل سكوت الطرف الاخر قبولا.

فالالتزام بالحفاظ على السرية في مرحلة التفاوض هو التزام بتحقيق نتيجة فلا يكفي للمتعاقد ان يمتنع عن افشاء الاسرار أو استغلالها، وانما يجب عليه ان يمتنع عن ذلك والا قامت المسؤولية كما يجب

<sup>1</sup> - شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص85.

عليه في مرحلة إعادة التفاوض ان يلتزم بالمحافظة على الاسرار مدة سريان الالتزام وتحديد مدة الكافية أو مقبولة اي لا بد من تقييد بزمان محدد ومعين فترك شرط الالتزام بالسرية مطلقا يتنافى مع الممارسات والمعاملات التجارية خاصة في وقتنا الحالي فإن الابتكارات والاختراعات سريعة التطور فما هو سرى اليوم يعتبر غدا غير ذلك، فمثلا في عقود نقل التكنولوجيا حدد الفقه التجاري الدولي المدة الزمنية للحفاظ على سرية المعلومات من خمس الى عشرينسنوات. وهي مدة كافية حتى تصبح المعلومة عامة.

### المطلب الرابع: تطبيقات مبدأ حسن النية في مرحلة إعادة التفاوض

الالتزام بإعادة التفاوض يوجب على الأطراف التقابل للبحث وتبادل وجهات النظر حول الآثار التي سببتها أحداث القوة القاهرة أو الظروف الطارئة على الالتزامات المتبادلة وكيفية إعادة التوازن المالي والاقتصادي للعقد لضمان الحفاظ عليه واستمراره لتحقيق المصلحة التجارية أو الاقتصادية ، كما يفرض طلب إعادة التفاوض ان يتحمل الاطراف المتعاقدان المخاطر العادية والبسيطة عند تنفيذ العقد، فمبدأ حسن النية يمنع كلا منهما ما ان يطلب إعادة التفاوض في العقد وتعديل احكامه، الا في حالة الاختلال الكبير والجسيم، ولهذا يجب على المتعاقدان ان يقدم اقتراحات أو صيغ جادة تهدف الى الوصول الى حل بين الطرفين وليس مجرد التفاوض ولدراسة هذا الموضوع نود ان نقف على عنصرين أساسيين.<sup>1</sup>

### الفرع الأول: مبدأ حسن النية في تقديم الاقتراحات

ان الالتزام بإعادة التفاوض بين أطراف العقد له مفهوم مزدوج الحضور المادي ونعني به تواجد الاطراف الى طاولة التفاوض وتقديم اقتراحات جديده<sup>2</sup> ومناسبة اما الحضور الذهني أو النفسي فيقصد به أن يحضر كل متعاقد قاصد العزم على الوصول الى حل ايجابي مع المتعاقد الاخر، فلا يحضر وتتملكه نية اضاءة الوقت، والمجادلة في كل ما يطرح والاضرار بالطرف الاخر ويجب عليه تقديم حلول مقبولة

<sup>1</sup>-شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 416.

<sup>2</sup>-نرمين محمد محمود صبح، المرجع السابق، ص 507.

تحقق مصالحه ومصالح الطرف الاخر في نفس الوقت وهذا السلوك الذي يتبعه المتعاقدان في اثناء عملية اعادة التفاوض، ما هو الا تطبيق لمقتضيات حسن النية، فالأخيرة تفوض على المشاركين التزامات متبادلة بعمل اقتراحات معقولة ويقبول ذلك الاقتراحات...».

ويتوقف نجاح إعادة التفاوض ليس على مجرد الحضور المادي للمتعاقدين بل لابد من توافر الحضور النفسي والذهني و التفاوض بأمانة و جدية التي تتطلب صياغة اقتراحات مقبولة و بالظروف المالية و الاقتصادية المحيطة بالعقد التي تتماشى مع المنطق و العقل، و اذا اقدم المتعاقد على التفاوض بدون حضور المادي أو النفسي قصد خدمة مصالحه الخاصة بهدف انهاء العقد دون ان يتحمل المسؤولية يتنافى مع مقتضيات حسن النية الذي يفرض على كل متعاقد ان يضع اقتراحات جادة تحقق مصلحة الطرف الاخر كما تحقق مصالحه ويفرض عليه في نفس الوقت الاقتراحات المعقولة التي يصيغها الطرف الاخر .

فمسألة تقديم اقتراحات جادة ومعقولة تطرح صعوبات على المستوى القضائي خاصة في تقدير ما من جدية ومسؤولية هذه الاقتراحات خلال فترة اعادة التفاوض؟ يشير فقهاء التجارة الدولية الى ان تقدير هذه المسألة يحتاج الى العلم الكافي بخصائص المهن بقولهم "

يجب ان يكون لدى المحكمين نفاذ البصيرة وحدة الذهن والالمام الجيد بالواقع المهني لكي يقدروا الاقتراحات الاطراف ويقدر سلوكهم في هذا الفرض " وانه يجب على القضاة ان يجرؤا فحصا دقيقا للواقع لكي يفسلوا في صفة المعقولية التي يجب ان تتسم بها اقتراحات المتعاقدين، وبيحثوا عما إذا كان المتفاوضون قد برروا بشكل كان اقتراحاتهم، وانهم قد قاموا بالمجهودات اللازمة لكي يقرروا وجهات نظرهم، ام أحدهما قصر في ذلك.<sup>1</sup>

وقد أوجد الفقه التجاري الدولي للاقتراحات غير المعقولة المقدمة من جانب الاطراف مثال بقوله " لو ان الثمن العادل حوالي 100 فرنك فإن البائع لا يمكنه أن يقترح ثمنا قدره 1000 فرنك ولا يجوز

<sup>1</sup> - شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 417.

للمشتري أن يقترح ثمنا قدره 10 فرنك، فإن قدموا هذه الاقتراحات فإنهم على الأرجح ليس لديها نية حقيقية للتفاوض والتوصل الى اتفاق، ولا يعتبر مسلك اي منهما موافقا مع ما يستوجبه حسن النية"

وقد اكد قضاء التحكيم في العديد من القرارات التحكيمية على التزام الاطراف بحسن النية عند اعادة التفاوض ومثال على ذلك ما ذهبت اليه في القرار الصادر في القضية رقم 2291 ، والذي نصت فيه هيئة التحكيم انه « يجب تفسير الاتفاقيات بحسن النية، كل طرف عليه التزام بالا يتخذ مسلكا من شأنه احداث ضرر بالطرف الاخر ، وان اعادة التفاوض بالمعقول يعتبر معتادا في العقود الاقتصادية الدولية... يجب على كل طرف من الاطراف ان يظهر العناية المعتادة و المعقولة حماية مصالحه ، خصوصا في حرصه على عدم تقديم عروض مستعجلة، غير متسمة بالتعقل ، تضر الطرف الاخر...»<sup>1</sup>.

ومن هنا استخلص المتعاملين في التجارة الدولية يقع على عاتقهم التزام بالحرص المعقول بأن لا يقوم اي من المتعاقدين بتقديم عروض مفاجئة للمتعاقدين الاخر، وان يلتزم كل منهما تجاه الاخر بعناية الرجل المعتاد ، والالتزام الاخر هو الاكثر عمومية عدم الاضرار بالطرف الاخر ، واعدادة التفاوض معه على نحو معقول، ففي قرار التحكيم الصادر في 1986 وقضية رقم 2508 اخطر المورد بعدم تسليم كميات الكربون للطرف المتعاقد معه بسبب ارتفاع سعر البترول في السوق العالمي وان هذا الارتفاع يتعارض مع تنفيذ العقد مما يستوجب تعديل الثمن وقدرت هيئة التحكيم الاقتراح الذي قدمه المورد غير عادل وغير منطقي ، وبررت الهيئة ذلك ان المورد اقترح تعديل الثمن بشكل يقربه من أسعار العالمية<sup>2</sup> للبترول اقتراح غير مناسب يضر بمصلحة الطرف الاخر وهو غير مشروع يستوجب بالتعويض .

1 - شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 418.

2 - عبد المنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص83.

وفي تعليقه على هذا القرار يوضح الاستاذ "ديران" هذا المبدأ هو تقديم اقتراحات معقولة وعادلة أثناء عملية التفاوض يستمد من مبدأ اخر وهو حسن النية في تنفيذ العقد الذي يعرفه المحكمون جيداً، فالالتزام بإعادة التفاوض بحسن النية يتضمن ان يمتنع المتعاقد عن تقديم اقتراحات غير مقبولة تؤدي الى الفشل في المفاوضات.»

### الفرع الثاني: مبدأ حسن النية في حالة عدم الاتفاق

عرفنا في الالتزام بحسن النية بإعادة التفاوض هو تقديم مقترحات جادة ومعقولة قصد الوصول الى اتفاق اما بتعديل العقد أو انشاء عقد جديد وهذه الاقتراحات يحكمها مبدأ حسن النية بشرط ان لا تكون تعسفية أو مبالغة فيها ، ويكاد الفقه التجاري الدولي ان يتفق أن الالتزام بإعادة التفاوض هو الالتزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة ،لان المفاوضات يمكن أن تنجح كما يمكن ان تفشل ولكن يقع على المتعاقدين الحرص على التفاوض بكل امانة وشرف وتعاون قصد نجاح التفاوض ومن ثمة فإن الفقه يؤكد أن الاطراف غير ملزمين بالوصول الى اتفاق ، وان التزامهم في هذه الحالة يجب التزام بتحقيق عناية وهذا ما ذهب اليه الفقه oppétit.<sup>1</sup>

الا ان هذا الرأي واهه رأي آخر مخالف له يرى بأن الالتزام بحسن النية بإعادة التفاوض هو التزام بتحقيق نتيجة ولهذا فهو يرى انه هناك فرق بين الالتزام بتفاوض قبل ابرام العقد اي في مرحلة السابقة عن العقد. مرحلة المفاوضات وهي مرحلة ابداء الآراء وتبادل العروض و المقترحات ولا تلزم اي احد من الاطراف الوصول الى اتفاق لإبرام العقد النهائي ولا ترتب مسؤولية في حالة فشلها أو عدم توصل الاطراف الى التفاوضيات، اما في حالة ابرام العقد بين الاطراف وحدث ظرف طارئ أو قوة قاهرة كحالة

<sup>1</sup> - اوبتي|| انه من الصعب ان نضع على عاتق الاطراف التزاما بالوصول الى اتفاق، فقد ينشأ خلاف حول تعديل العقد مع التزام كل منهم بالتفاوض بأمانة وحسن نية ولا يكون هناك ثمة خطأ يمكن نسبته الى اي منهم || وقد اشار كذلك الى انه «ومع ذلك، ودون ان تنتهي الى القول بوجود التزام بتحقيق نتيجة وهي الوصول الى اتفاق، فإن حسن النية والامانة التعاقدية التي تحكم التصرفات في هذه الحالة يفرضان عليهم ان يقدموا اقتراحات معقولة، وان يقبلوا هذه الاقتراحات متى كانت معقولة والا تعرضوا للمسؤولية فالأطراف منقادون بشكل عام الى ان يصلوا الى اتفاق يحافظ على العقد.

Hard hip فإن الاطراف ملزمون بالالتزام بإعادة التفاوض بحسن النية للوصول الى اتفاق واساسه اما الوسائل الداخلية أو الخارجية<sup>1</sup>، فالوسائل الداخلية يعني بها الرجوع الى العقد المبرم بتفحص العبارات والالفاظ المستخدمة فغالبا الاطراف في عقود التجارة الدولية يستخدمون عبارات وألفاظ توحى بالتزام الاطراف بالوصول الى اتفاق ومثال ذلك " سوف يحاولون الوصول الى اتفاق " أو " سوف يتشاورون بغرض تحديد وسيلة" و"يجب عليهم ان يضعوا اتفاق بخصوص التعديل " اما الوسائل الخارجية فهذا يستشف من قبول الاطراف اعادة التفاوض يفسر على حرصهم ابقاء العلاقة العقدية بينهم، ويعكس ايضا أهمية الاتفاق المبرم بالنسبة لهما ، وفي اثناء المفاوضات يبقى العقد ولكنه لا ينتج اثاره فهي مؤجلة الى حين الانتهاء من المفاوضات هذا مالم يوجد اتفاق مخالف بين الاطراف ، ولذا فرغبتهم في الحفاظ على العقد، ووقف تنفيذه أثناء المفاوضات يفرض عليهما ضرورة الاتفاق حماية لهذا العقد بالرغم من وجهة الحجج و البراهين التي قدمها هذا الرأي وعلى رأسه الفقيه CABAS لتبرير التزام الاطراف بإعادة التفاوض هو تحقيق نتيجة وليس بذل عناية الا ان الاستمرار في تنفيذ التزامات عقدية ضارة ومجحفة بشكل كبير لاحد الاطراف هو في حد ذاته تبناي مع مبدأ حسن النية الذي لا يرضى لاحد أن يصل الى درجة الضرر وهذا ما ايدته غرفة التحكيم بباريس في قرارها رقم 3938 لسنة 1982 اشارت الى ان دخول الاطراف في مفاوضات لا يعني الزامية الوصول الى اتفاق جديد وقد علق الاستاذ DERAIS بقوله ان الالتزام بالتفاوض بحسن النية و الذي يعد احد مظاهر الالتزام بالتعاون بين الاطراف لا يتضمن الزام المتعاقد بأن يتنازل عن جزء من حقوقه لصالح المتعاقد الاخر للوصول معه الى اتفاق.

<sup>1</sup>- تفسير عقود التجارة الدولية تخضع الى وسائل داخلية وخارجية فالوسائل الداخلية بالرجوع الى العقد في حد ذاته من خلال العبارات والالفاظ المستعملة و الوثائق و المستندات المقدمة وكل ما يتعلق بالعقد حتى احيانا نأخذ بالقصد والمعاني اما الوسائل الخارجية فنستعين بالعرف التجاري الدولي و العادات التجارية و القوانين و الظروف المحيطة بالعقد وحتى احيانا الرجوع الى وثائق التفاوض من اجل البحث الصحيح والسليم عن قصد نية الاطراف .

اما الشروط التعاقدية التي تلزم الاطراف بإعادة التفاوض في العقد، فإن القصد منها التزام كل منهما بأن يتفاوض مع الآخر بحسن النية وبأمانة بقصد الوصول الى اتفاق وليس مع ضرورة الوصول الى اتفاق<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث : نتيجة اعادة التفاوض

عرفنا ان الالتزام بإعادة التفاوض بحسن النية هو بذل عناية وليس تحقيق نتيجة فكل ما على الاطراف هو تقديم الاقتراحات الجادة والمعقولة، والالتزام بحسن النية والامانة في سبيل الوصول الى اتفاق. والسؤال الذي يطرح نفسه حول ما هو مصير العقد أثناء فترة اعادة التفاوض؟ اما الاستمرار في تنفيذ الالتزامات العقدية أو التفاوض من جديد بإنشاء عقد جديد.

#### أولا : انتهاء التفاوض بالتوصل الى ملائمة العقد

ان الالتزام بإعادة التفاوض هو من مظاهر تجسيد مبدأ حسن النية وعليه يسعى أطراف العقد بعد حدث تغير في الظروف عند تنفيذ العقد الى اعادة مراجعة العقد وهي النتيجة الطبيعية، ووصول الاطراف الى اتفاق بتعديل العقد مع ما يلائم من الظروف الجديدة لا يعني انتهاء كل الصعوبات التي يمكن ان تنشور، وانما الارادة سمحت للعقد بالبقاء، والاستمرار ولكن السؤال الذي يطرح في هذه الحالة هل يعتبر هذا الاتفاق عقد جديدا ام ان العقد الاصلي مستمر ولكن بشروط جديدة؟<sup>2</sup>

الواقع ان الاجابة عن هذا التساؤل يتوقف أولا على الاطراف اتفقوا على تكييف هذا الاتفاق ام لا، فإن لم يتفقوا فإن الفقه يذهب الى اعتبار ان العقد يستمر في انتاج اثاره في فترة اعادة التفاوض وبالنسبة للمستقبل، فالعقد الاصلي يبقى حتى وان ادخلت عليه تعديلات جديدة، مالم توجد ارادة صريحة للأطراف بتجديد العقد، وعليه إذا اتفق الاطراف على تعديل الثمن أو شروط التسليم أو زمان ومكان التسليم أو امتداد في مدة تنفيذ العقد فالأمر يتعلق بنفس العقد الاصلي ولكن مع تعديل بعض شروطه.

<sup>1</sup> - قرار تحكيمي صادر عن غرفة التجارة للتحكيم بباريس المجموعة الثانية، من القرارات، ص 43.

<sup>2</sup> - شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 342.

وقد برر هذا الفقه رأيه بأن الاتفاق الذي يتوصل اليه الاطراف اثناء اعادة التفاوض ما هو الا تعديل للعقد الاصلي ووجههم في ذلك ان وجود نية مفترضة عند الاطراف ببقاء الوضع الراهن بينهما حتى نهاية المفاوضات ، فإذا انتهت المفاوضات وغيروا من هذا الوضع فإن هذا التغيير يأخذ حتما صورة التعديل ، وليس ابرام عقد جديد ، وكذلك ان تجديد العقد لا يتمشى مع شرط اعادة التفاوض ووظيفته فهذا الشرط يتجه بالدرجة الأولى الى الحفاظ على الاتفاق بين الطرفين ، ويسمح لهم بمراجعة الاتفاق وتعديل بعض احكامه تقاديا لفسخه ، بالإضافة الى ذلك فإن تجديد العقد يستوجب زوال العقد الأول وهذا لا يستقيم الحال في حالة حدوث صعوبة في تنفيذ العقد بسبب تغير الظروف ، فهذا يؤدي الى قلب توازن العقد والذي يمكن الاستمرار في تنفيذه ، فالهدف الاساسي من شرط الصعوبة أو التغيير الظروف هو ضمان بقاء العقد الاصلي والحفاظ عليه ، وعلى ذلك فإنه ينتهي الى ان العقد الاصلي يستمر في انتاج اثاره مع ورود تعديلات عليه من جراء اعادة ملائمة.<sup>1</sup>

وقد أشار الفقيه الا ان على الاطراف ان يتفقوا على المدة المحددة للتفاوض بخصوص العقد من اجل التفاوض<sup>2</sup> وفي شرط آخر قد يتفق الاطراف على خلاف ذلك اخذ بعين الاعتبار عند اعادة ملائمة العقد مع الظروف الجديدة وعند الاقتضاء، تطبيق الاحكام والقواعد قيمتها الكاملة، وهذا ما يعني الاستمرار في العقد الاصلي مع ملائمة شروطه.

#### ثانيا: انتهاء اعادة التفاوض بتجديد العقد الاصلي

يذهب انب من الفقه إلى أن الاتفاق الجديد الذي ينتج من عملية اعادة التفاوض بين الاطراف لإعادة التفاوض تتضمن تجديد للعقد الاصلي لا تعديلا له، ويعرف التجديد بأنه «عملية قانونية يحل محل خلالها التزام جديد محل التزام قديم، ففيه خلق للالتزام جديد مرتبط بانقضاء الالتزام العقد وأنه اتفاق على

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الثالث، المجلد الثاني، الطبعة الثانية، ص 954.

<sup>2</sup> - نادرا ما ينص الاطراف في شروطهم على تحديد هذه المسألة وهي تحديد المدة المحددة لإعادة التفاوض والتقابل من اجل ايجاد صيغة لملائمة العقد الاصلي الشرط الذي نص على "يجب ان يتقابل الاطراف في مدة ثلاث أشهر ليتفاوضوا على ابرام عقد جديد غير محدد المدة .

انقضاء الالتزام القديم، وعقد لإنشاء الالتزام الجديد، فهو يعتمد على استبدال عنصر أو أكثر من عناصر الالتزام القائم بالالتزام آخر جديد.<sup>1</sup>

وعليه فإن مسألة تحديد العقد تقوم على عنصرين أساسيين وهما العنصر المعنوي وهو نية التجديد، التجديد يجب ان يتفق عليه الاطراف صراحة، من خلال تعبير الاطراف عن رغبتهم في انشاء التزام جديد بشروط جديدة تختلف اختلاف كبير عن العقد الاصلي أو القديم وتتصف النية كذلك تغيير صراحة عن زوال اقتضاء الالتزام القديم واردة حلول محله التزام جديد.

اما العنصر الثاني فهو العنصر الموضوعي وهذا العنصر يتعلق بمحل الالتزام فلا بد انه مختلف اختلاف جذري عن الالتزام وليس مرد تعديل ولهذا فإذا كان التغيير ينصب على مدة العقد وطرق تنفيذ أو تغيير العملة التي تتم بها التنفيذ فإن هذا العقد لم يتحول الى عقد جديد ولهذا فالقول بوجود تجديد في الفرض الذي يكون فيه التغيير عنصرا مؤثرا على تبادل الرضا بين الاطراف وليس التغيير الذي طرأ في طرق تنفيذ الالتزام.<sup>2</sup>

إن تقدير توافر نية التجديد في حالة نية التجديد في حالة عدم اتفاق الأطراف أمر يترك لتقدير قاضي الموضوع الذي يتم حكمه بحسب كل حالة على حدة، وقد أهتم الفقه والقضاء من جانبهما بإعطاء أمثلة توضح الحالات التي تتوافر فيها نية التجديد والتي تختلف فيها هذه النية.

ليس هناك فرق بين تجديد الالتزام وتجديد العقد، فلأمران يعدان تصرف قانوني في الحالتين:

## 2-1: انتهاء التفاوض بعدم التوصل الى اتفاق

الالتزام بإعادة التفاوض بحسن النية قد ينتهي الى عدم توصل أطراف العقد الى اتفاق بسبب خطأ ارتكب أحدهما اثناء اعادة التفاوض اما بسبب عدم حضوره جلسة أو جلسات العارض أو عدم التزام

<sup>1</sup> جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، الجزء الأول، مطبعة فؤاد الأول، ص 975.

<sup>2</sup> ان تقدير توافر النية التجديد في حالة عدم اتفاق الاطراف امر يترك لتقدير قاضي الموضوع الذي يقتضي حكمه بحسب كل حالة على حدة، وقد اهتم الفقه والقضاء من جانبهما بإعطاء أمثلة توضح الحالات التي تتوافر فيها نية التجديد والتي تختلف فيها هذه النية. ليس هناك فرق بين تجديد الالتزام وتجديد العقد فالأمران يعدان تصرف قانوني في الحالتين.

بحسن النية والتعاون وأيا كانت الاسباب المؤدية الى عدم التوصل الى نتيجة ايجابية فإن التساؤل يثور عن مصير العقد في حالة فشل المفاوضات هل ينتهي العقد ام يظل قائما مستمرا منتجا لأثاره؟ وللإجابة عن هذا التساؤل لا بد من تحديد وجود اتفاق بين الاطراف حول مصير العقد؟ ولهذا سنتناول الحالة الأولى مصير العقد في حالة اتفاق الاطراف في الحالة الثانية مصير العقد في حالة عدم اتفاق الأطراف<sup>1</sup>.

## 2-2: الحالة الأولى: مصير العقد في حالة وجود اتفاق بين الاطراف

قد يتفق الأطراف في حالة التوصل إلى حل كيفية لتسوية النزاعات التي تثار بينهم عن طريق اتفاق حول مصير العقد فإما أن يتفقوا أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه وذلك بقولهم بأن في حالة عدم التوصل إلى: إعادة التفاوض فيعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه أو يتفقوا على الاستمرار في تنفيذ العقد أو احالة الأمر إلى التحكيم.

2-2-2: حالة فسخ العقد: الفسخ يكون باتفاق أطراف العقد وعليه ففي مرحلة اعادة التفاوض قد يشترط المتعاقدان علو وضع نهاية للعقد يتحرر من خلالهما أو أطراف من الالتزامات التي تقع على عاتق كل منهما بسبب العقد غير ان هذا لا يعني ابراء المتعاقدين من جميع التزاماتها أو انقضاء كافة شروط العقد، الى تظل بعض الشروط قائمة وواجبة النفاذ رغم الفسخ، كما يجوز ان يتم إذا تبين لاحد طرفين العقد ان الطرف الاخر سيرتكب اخلالا جوهريا بالعقد في المستقبل.

الاخلال الجوهري بالعقد انه أصبح من الظاهر أو الواضح بعد ابرام العقد بأن البائع أو المشتري

لعل لسؤال الذي يطرح نفسه هو متى ينتج عن الفسخ آثار قانونية؟ وما هي الآثار المترتبة عليه؟ وهل يرتبط الفسخ بالتعويض؟ بخصوص الشق الأول فإن فسخ العقد لا يتم إلا إذا أعلن المتعاقد عن التمسك بوقوعه، ولا يحدث هذا الفسخ إلا بعد إخطاره، أما الشق الثاني فالآثار المترتبة هي أن يصبح

<sup>1</sup> المادة 1\81 من اتفاقية فيينا لعام 1980 بقولها >> ان الفسخ لا يؤثر على أي من شروط العقد المتعلقة بتسوية المنازعات رأي من أحكامه الأخرى التي تنظم حقوق الطرفين والتزاماتها المترتب على فسخ العقد.

الطرفان في حل من الالتزامات التي يترتبها عليهما العقد، مع عدم الإخلال بأي تعويض مستحق، ولا يؤثر الفسخ على أي من شروط العقد المتعلقة بتسوية النزاعات أو أي من أحكامه الأخرى التي تنظم حقوق الطرفين والتزاماتها المترتبة عن فسخ العقد، ويجوز لأي طرف قام بتنفيذ العقد كلاً أو جزء أن يطلب استرداد ما كان قد ورده أو دفعه إلى الطرف الآخر بموجب العقد، وإذا كان كل من الطرفين ملزماً بالرد وجب عليهما تنفيذ الالتزام في وقت واحد، ويفقد المشتري حقه في أن يعلن فسخ العقد أو أن يطلب من البائع تسليم بضائع بديلة إذا استحال على المشتري أن يعيد البضائع بحيث تطابق إلى حد كبير الحالة التي تسلمها بها، وعن الشق الثالث، فإن بعض التشريعات الوطنية تجيز الجمع بين الفسخ والتعويض، ويعتبر التعويض في هذه الحالة جزءاً تكملياً وبالتالي إذا أخل البائع بالتزامه بالتسليم جاز للمشتري أن يطالبه بالتنفيذ العيني أو فسخ العقد، وللقاضي السلطة التقديرية في إجابته إلى طلبه، وله أن يطلب في الحالة تعويضاً ما عسى أن يكون قد أصابه من الضرر من جراء إخلال البائع بالالتزام.

وقد أشارت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع 1980 الرابطة بين الفسخ والتعويض وفقاً للمادتين 74، 76.

م 74 من اتفاقية فيينا 1980 « يتألف التعويض من مخالفة أحد الطرفين للعقد من مبلغ يعادل الخسارة التي لحقت بالطرف الآخر والكسب الذي فاته نتيجة للمخالفة، ولا يجوز أن يتجاوز التعويض قيمة الخسارة والربح الضائع التي توقعها الطرف المخالف أو التي كان ينبغي له أن يتوقعها وقت انعقاد العقد في ضوء الوقائع التي كان يعلم بها أو التي كان من واجبه أن يعلم بها كنتائج متوقعة لمخالفة العقد»

م 76 من الاتفاقية نفسها « إذا فسخ العقد وكان هناك سعر جارٍ للبضائع فللطرف الذي يطالب بالتعويض، إذا لم يكن قد قام بالشراء أو إعادة البيع بموجب المادة 75 أن يحصل وحسب رأينا في موضوع الفسخ، فإنه بالرجوع إلى أصول التعاملات في التجارة الدولية فإن هذا الإجراء غير مرغوب فيه لأنه يتنافى مع مبدأ من المبادئ العامة وهو استقرار عقود التجارة الدولية والاستمرار في تنفيذه، إلا أن

الأطراف قد يتفقون على منح حق الفسخ لأحدهما في حالة عدم التوصل إلى حل، ومثال ذلك « في حالة استمرار القوة القاهرة أكثر من ستة أشهر تبدأ من تاريخ الإعلان السابق، يتقابل الأطراف لكي يصلوا إلى اتفاق في مدة جديدة مقدارها شهر، وإذا لم يتوصل الأطراف في نهاية المطاف إلى اتفاق، فالمشتري يكون من حقه أن يضع نهاية للعقد سواء في جزء منه أو كله».

ويظهر استعمال سلطة حق الفسخ في حالة عدم التوصل إلى اتفاق أثناء إعادة التفاوض في بعض عقود التجارة الدولية خاصة عقود القرض، كما توضع شروط تعسفية بشكل منفرد دون مناقشة مع المقترض وهذا ما يخالف روح التعاون بحسن النية في عقود التجارة الدولية، ويترتب على الفسخ من الناحية القانونية والقضائية هي إعادة الحالة إلى ما كانت عليها قبل التعاقد، وهذا الإجراء المعمول به في القانون الداخلي والدولي ولكن يشترط في القانون التجاري الدولي على الأطراف أن يتفق على مدة محددة ومقبولة في حالة عدم إعادة مراجعة العقد يحق لكل طرف الحق في فسخ العقد دون تعويض بشرط إخطار الطرف الآخر بهذا الفسخ « .

بين السعر المحدد في العقد والسعر الجاري وقت فسخ العقد، وكذلك التعويضات الأخرى المستحقة بموجب المادة 74، ومع ذلك إذا كان الطرف الذي يطلب التعويض قد فسخ العقد بعد تسلمه البضائع يطبق السعر الجاري وقت تسلم البضائع بدلا من السعر الجاري وقت فسخ العقد «.

كما أشار القانون في حالة الاخلال بالتزامات العقدية سواء كان عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً لظروف استثنائية از ل احد الاطراف منح المدين ألا للوفاء بالدين وهي مسألة تقديرية للقاضي وهذا ما نصت عليه المادة 2\119 من نفس القانون بقولها «يجوز للقاضي ان يمنح المدين اجلا حسب الظروف، كما يجوز له ان يرفض الفسخ، اذا كان مالم يوف به المدين قليل الاهمية بالنسبة الى كامل الالتزامات».

### 2-2-3 الفسخ الاتفاقي أو التلقائي:

زيادة على الفسخ القضائي، يجوز للطرفين ان يتفقا على ان يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بمجرد الاخلال بالتزامات الناشئة عنه، دون حاجة الى حكم قضائي ، وهذا هو الفسخ التلقائي الاتفاقي أو

الشرط الصريح الفاسخ، وهذا الشرط لا يعفى من ضرورة اعدار المدين أو اخطاره وعليه لا يقع الفسخ تلقائيا الا بعد اخطاره ، وهذا الشرط المحدد في العقد له اساسه الاتفاق وهو العقد شريعة المتعاقدين وعلى المحكم احترام ارادة الاطراف ولكن في عقود التجارة الدولية لا يستجيب المحكم مباشرة لطلب ارادة الاطراف وانما عليه ان يطلب اعادة التفاوض بحسن النية قصد الحفاظ على العقد و الابقاء عليه خاصة في حالة حدوث متغيرات اقتصادية جديدة فإن عن الاطراف التفاوض لإعادة تعديل العقد ومراجعة خاصة في التزامات المالية فمثلا في عقود التوريد اذا ابرم العقد لمدة خمس سنوات يوضح شرط بالمادة التفاوض في بداية كل عام لتعديل الثمن وفقا لتغيرات الاقتصادية فإذا لم يتوصلا الى اتفاق في هذا الشأن في ظرف ثلاثين يوما اعتبر هذا العقد مفسوخا من تلقاء نفسه.

#### الفرع الرابع: اللجوء إلى الغير في حالة عدم التوصل إلى اتفاق

قد يتفق أطراف للعقد انه في حالة عدم التوصل الى حل بعد اجراء التزام بإعادة التفاوض يلجؤون الى الغير سواء كان ذلك ضمن احكامه أو في اتفاق مستقل أو ينظم ذلك عند الدخول في المفاوضات أو حتى عند الانتهاء منها. والغير الذي يشير اليه الاطراف قد يكون محكما arbitre أو وسيطا médiateur أو مصطلحا أو مرفقا conciliateur، وجدير بالذكر ان تحديد وصفا دقيق للغير امر بالغ الاهمية لأنه يترتب عليه تحديد قوة القرارات التي يصدرها هذا الغير ومدة التزام الاطراف واحد هذه الوسائل التي يتعين بها أطراف العقد من الطرق السلمية أو الودية لفض المنازعات التي تتعلق بتنفيذ الالتزامات، وينص على ذلك في العقد صراحة أو ضمن بقولهم «في حالة اختلاف الاطراف فإنهم يستدعون وسيطا أو موقفا أو مصلح...»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>- ضياء عبد الله، الاليات القانونية في حل التنازع الدولي حول حقول النفط المشتركة (العابر للحدود مركز ادم للدفاع عن الحقوق والحريات، بغداد، ص 10.

- شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 439.

هي مسعى ودي في عقود التجارة الدولية يقوم به طرف ثالث من أجل حل نزاع قائم بين اشخاص العقد الدولي ويتم ذلك بالتوسط لهم ويتم ذلك بالاشتراك في المفاوضات التي تجري بتنفيذ الاطراف المعنية، واقتراح الحلول التي تراها مناسبة لحل النزاع أو تخفيف حدته ، وتمتاز الوساطة بأنها اختيارية اي ان الاطراف غير ملزمون بقبولها أو رفضها وبالتالي فهي تخضع لإرادة الاطراف طواعية ولجوء الاطراف الى هذه الطريقة نيتهم في الحفاظ على العلاقات الودية الحسن النية بينهما و محاولة ايجاد حل بعيدا عن طريق القضاء ، واذا اختاروا الاطراف هذه الالية عليهم انه يشيروا اليها في عقدهم الى احكام لائحة المصالحة والتحكيم بغرفة التجارة الدولية، وتستخدم الوساطة لمنع تفاقم الخلاف وتطوره.

#### ثانيا: التحكيم في عقد التجارة الدولية

قد تطرأ ظروف جديدة مختلفة عن تلك التي ابرم على ضوءها العقد ، وتكون ناتجة عن حوادث غير متوقعة، وايضا ليست منسوبة لفعل المدين وهذه الظروف الى هذا الحد لا يتم الاقتداء بها الا اذا اثرت على العقد بحيث ادت الى اختلال في توازنه أو جعلت تنفيذه مستحيلا ، ولهذا تشير ارادة الاطراف في العقد في حالة حدوث هذه الظروف يتم في حالة النزاع على هيئة التحكيم باعتباره وسيلة للفصل في منازعات التي نشأت وللحكم في هذه الحالة ان يتخذ ما يراه مناسباً للموقف، فقد ينتهي الى تعديل احكام العقد أو الى فسخه اذا دعت الضرورة الى ذلك.<sup>1</sup>

وقد تبنت الشروط العامة للبيع التي اعدتها اللجنة الاقتصادية لأوروبا التابعة للأمم المتحدة، وكذلك التعديلات الواردة عليها بشرط التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ، ولإرادة دور كبير في تحديد مهمة المحكم بشأن النزاع اما بتعديل الالتزامات العقدية أو اشتراط فسخ العقد بالنص على ذلك في العقد « اذا استمر التأخر بسبب القوة القاهرة اكثر من 8 اشهر، فالطرف المضور الحق في

<sup>1</sup> - انظر نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية لعام 1998.

غياب اتفاق بين الاطراف ، ان يطلب فسخ العقد من محكمة التحكيم وقد يحصر الاطراف مهمة المحكم في تعديل العقد وليس فسخه .

وقد يحصر الأطراف مهمة المحكم في تعديل العقد وليس فسخه، ومن امثلة ذلك الشرط الذي ينص على انه في حالة فشل المفاوضات يتولى المحكم اجراء التعديل الازم للعقد.

كما يمكن ان يتفق الاطراف على ترك الأمر للمحكم لاتخاذ ما يراه مناسباً بشأن تنفيذ العقد بقولهم «إذا لم يتوصل الاطراف الى اتفاق أو حل بعد شهرين فإن الامر يحال الى التحكيم»

إن اتفاق التحكيم يعتبر عقد قائماً بذاته ورغم انه ليس الا جزءاً من العقد أو أحد بنود ولهذا فشرط التحكيم مستقلاً عن العقد التجاري الدولي المتعلق بموضوع العقد اما اتفاق التنفيذ فيتعلق بالجانب الاجرائي محل شرط التحكيم فيتعلق بحسم المنازعات الناشئة عن العقد الاصلي الذي يهدف الى تحديد حقوق والتزامات الاطراف الموضوعية. ولهذا فهئية التحكيم تستمد سلطة من الشرط المدرج في العقد بشأن تسوية النزاع المتعلق بتغير الظروف عند تنفيذ الالتزامات العقد ومن ثمة فشرط التحكيم له خصوصية وقيمة قانونية بمعنى ان وجود اتفاق التحكيم أو صحة أو نفاذ لا يتوقف عن مصير العقد، وقد اكدت المادة 1\16 من القانون النموذجي للتحكيم التجارة الدولي لعام 1985 على ان «اي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم».

وكذلك اقرت قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1976 في المادة 1\21 بان " كل قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم «وهو ايضا ما ذهبت اليه المادة 4\6 من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية والنافذ اعتباراً من 8\01\01 والذي نص على «ان المحكم يظل مختصاً حتى في حالة انعدام العقد أو بطلانه بهدف تحد حقوق الاطراف والنظر في طلباتهم»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>-بشار محمد الاسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار النهضة ، القاهرة ، ص210.

فاتفاق التحكيم هو عقد مستقلا استقلالاً كاملاً عن العقد التجاري الدولي وهذا ما اكدت عليه محكمة النقض الفرنسية في قضية HECHT سنة 1972 الى ان «اتفاق التحكيم استقلال قانوني في مسائل التحكيم الدولي».

ومما لاشك فيه أن الاعتراف بهذا الأثر لمبدأ استقلال شرط التحكيم من شأنه أن يحقق الفعالية في مجال سلطة التحكيم وجعلها تمارس مهامها بشكل طبيعي من دون قيود أو ضغوط، وقد أضى مبدأ استقلال اتفاق التحكيم من المبادئ المستقرة بشأن التحكيم التجاري الدولي إلى درجة أن البعض اعتبره قاعدة موضوعية عبر الدولية، حيث حرصت معظم التشريعات الوطنية بشأن التحكيم على النص صراحة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في علاقته بالعقد الأصلي بهدف مساعدة الأطراف على الوصول إلى حل سريع لخلافاتهم، وقد أشار المشرع الجزائري في مادته 1011 « اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم<sup>1</sup>» وأشارت المادة 1007 « شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة السابقة أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم<sup>2</sup>» وعليه اعترفت الجزائر بالتحكيم التجاري الدولي وقراراته استجابة لمتطلبات التجارة الدولية، وقد انضمت إلى اتفاقية نيويورك المحررة في 10/06/1958 الخاصة بالاعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها وذلك بموجب المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 1958/11/05 الذي تضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية، وأكد كذلك المشرع المصري صراحة في قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 « أن شرط التحكيم يعتبر اتفاقاً مستقلاً عن بقية شروط العقد الأخرى<sup>3</sup>» فنص في المادة 23 منه على أنه « يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى

<sup>1</sup> - انظر للمادة 1011 من قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد 21، لسنة 2008.

<sup>2</sup> - انظر المادة 1007 من القانون نفسه.

<sup>3</sup> - أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ص 130.

يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي تضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته.»

وقد نص القانون الاردني في مادته 22 من قانون التحكيم الاردني على انه «بعد شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً من الشروط العقد الاخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه اي اثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان شرط التحكيم صحيحاً في ذاته، وكذلك نصت المادة 61 من قانون التحكيم التونسي على ان «... ينظر الى الشرط التحكيمي بالعقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروطه الاخرى، والحكم ببطلان العقد لا يترتب عنه قانون بطلان الشرط التحكيمي».

أما بالنسبة لاتفاقيات الدولية المتصلة بالتحكيم ، فإنها لم تنص صراحة على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الاصلي ، وان كان يمكن استخلاص اتجاهها الضمني الى اقرار هذا المبدأ من خلال اقرارها لمبدأ الاختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه ، وذلك ان تقرير مبدأ الاختصاص يعني ترك تقدير مدى الاخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم للمحكم ، ولا شك انه سيكون اكثر ميلاً للأخذ بمبدأ الاستقلال مما يستتبع اختصاصه بالفصل في نزاع، فاتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في 1961\04\21 لم تتخذ موقفاً صريحاً الا بشأن اختصاص المحكمين بالفصل في اختصاصهم وذلك في الفقرة الرابعة من مادتها الثالثة ، وكذلك الاخذ بالنسبة لاتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول وبين الدول الاخرى فلقد اقترت في الفقرة الأولى من المادة 41 منها تأكيد ان « هيئة التحكيم هي التي تحدد اختصاص وقد حرص مجمع القانون الدولي في قراره الصادر في دورته الثالثة و الستين المنعقد في 5 الى 13 سبتمبر تحت عنوان « التحكيم بين الدول أو مشروعاً لها أو هيئاتها و المشروعات الاجنبية على النص مراد في المادة 1\3 عن استقلال التحكيم عن العلاقة القانونية التي يرجع اليها»<sup>1</sup> .

<sup>1</sup>-د. احمد مخلوف، مرجع سابق، ص 131.

فشرط التحكيم اتفاق ارادي ملزم للجانبين وهو مستقل عن العقد المبرم بين الطرفين وان كان يرد كنص في العقد الاصلي ولكن لا يتعلق به من حيث محل أو موضوع أو السبب وهذا ما اكدت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بقولها « يستوي ان يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط وارده في عقد أو في اتفاق مستقل عنه أو يستفاد من الخطابات أو البرقيات المتبادلة بين الطرفين فلانعقاد عقد التحكيم لا بد من تحقق اركان انعقاده وهي الرضا و المحل والسبب و الشكلية ، ويتكون الرضا من الايجاب و القبول الصادرين ممن يتمتع بالأهلية و خاليا من عيوبه<sup>1</sup> .

وأما المحل فيتمثل في تحديد موضوع النزاع القابل للتحكيم<sup>2</sup>، وأما الشكلية فتتمثل بالكتابة ولكن ليس بمعناها التقليدي ، وهناك من يرى التحكيم بأنه عقد يتضمن شروطا الزامية وبيانات اختيارية ويعتبرون الكتابة من الشروط الالزامية و اما تعيين المحكمين وسائر الامور الاخرى يعدونها من البيانات الاختيارية ومثال ذلك استوردت الشركة كوسيت الفرنسية بضاعة من شركة ايطالية والقيام بإرادة العبور الى التراب الفرنسي رفضت ادارة الجمارك الفرنسية منح ترخيص العبور قد دفعت الشركة الفرنسية ببطلان العقد وشروطه ومن بينهما التحكيم ، فرفضت الشركة الإيطالية دعوى امام التحكيم فصدر قرار لصالحها والقاضي بدفع تعويض لها، وعند طلب تنفيذ القرار التحكيمي بفرنسا دفعت الشركة كوسيت الفرنسية ببطلان عقد البيع، وبالتالي بطلان شرط التحكيم بالتبعية ، وقد عبرت محكمة التمييز الفرنسية بقولها ان شرط المتفق عليه من الاطراف هو شرط باقوي ولو بطل العقد لا شرط مستقل استقلالا<sup>3</sup> تاما ومطلقا على العقد وليس هناك علاقة أو تضامن بينهما ببطلان العقد يبطل الشرط.

<sup>1</sup>- فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 123.

<sup>2</sup>- اتفاقية فيينا بشأن عقود البيع الدولي للبضائع.

<sup>3</sup>- طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 229.

عرفت عقود التجارة الدولية أنظمة قانونية للحفاظ على العقد وإستقرار المراكز القانونية بين الأطراف عند حلول أسباب وموانع تعيق تنفيذ الالتزامات العقدية بحيث تجعله مرهقا لأحدهما أو مستحيل التنفيذ ومنه بينها نظام وقف تنفيذ العقد خلال مدة حدوث الظرف الطارئ وما يحتويه من قواعد وأحكام تنظمه وتحكمه طيلة مدة الوقف بالإضافة إلى التطرق إلى نظام آخر يكمل نظام وقف العقد وهو نظام شرط إعادة التفاوض وقبول الأطراف الجلوس من جديد لتفاوض حول العقد ومصيره والشروط الجديدة المتفق عليها في سبيل الحفاظ على العقد وتحقيق المصالح بدل فسخ العقد وما يتبع من أضرار على الطرفين وعلى التجارة الدولية.

# الفصل الثاني

الالتزامات المترتبة عن حالة تغير  
الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية

## الفصل الثاني: الالتزامات المترتبة عن حالة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية

يدرج البند أو الشرط التحكيم بصورة دائمة في غالبية العقود الدولية عامة وعقود التجارة الدولية خاصة حيث يفضل المتعاقدين اتباع وسائل التحكيم و طرقه لتسوية النزاعات التي تثور عند تنفيذ العقد كما يتميز به من السرعة في الفصل في الخصومة و إتاحة الفرصة أمامهم لاختيار القضاة والقانون الذي يسري على النزاع، وعند تعرض تنفيذ العقد الى صعوبات أو ظروف نجد ان قضاء التحكيم التجاري الدولي يتدخل من أجل إرساء مبادئ عامة للقانون التجاري الدولي من اجل انقاذ العقد من الفسخ و المحافظة عليه و تحديد التزامات تقع على الاطراف وهذه الالتزامات هي الالتزام بتحجيم أو تخفيف الاضرار والالتزام بالإخطار وهذا ما سنعالجه في هذا الفصل فنبداً بالالتزام بتخفيف الضرر في المبحث الأول ثم ننتقل الى الالتزام بالإخطار في المبحث الثاني .

### المبحث الأول: الالتزام بتخفيف الضرر

من الضروري ان التجارة الدولية و علاقتها المتعددة القائمة على سرعة إبرام العقود الدولية وتنفيذها و خصوصية المعاملات التجارية تطلب الامر ايجاد بديل للقضاء الوطني يواكب ويتزامن مع مقتضيات التجارة الدولية و اعرفها فأصبح التحكيم التجاري الدولي الاداة الأكثر ملائمة لطبيعة هذا النوع من التجارة، ويفضل المتعاملين في التجارة الدولية هذا النوع من القضاء لخصائصه المتمثلة في السرعة والحياد و السرية في الاجراءات و قلة التكاليف، هذا بالإضافة الى امكانية الوصول الى حل توافقي يقوم على اعتبارات العدالة لا على اعتبارات القانون، وهذا الاهتمام الكبير بهذه الالية راجع الى اتفاق الاطراف فهي من تختار المحكمين ومركز التحكيم و اجراءات والقانون الواجب التطبيق وغيرها من المسائل القانونية الاخرى، وعليه فإن اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي ضرورة قانونية وتجارية امثلها الحاجة هروبا من القضاء الوطني ومن و من نطاق القوانين الوطنية ويترجم رغبتهم في عدالة اخرى تدار بشكل

## الفصل الثاني الالتزامات المترتبة عن حالة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية

مختلف. بالإضافة الى ان التحكيم التجاري الدولي مع المستجدات والمتغيرات الاقتصادية كلما طرأت على الساحة التجارية، ومن بين هذا المتغيرات تغير الظروف عند تنفيذ الالتزامات العقدية سواء كانت قوة قاهرة أو ظروف طارئة فيلتزم أحد الاطراف بتخفيف الضرر. وعليه سنتناول في هذا المبحث أولاً مصادر الالتزام سواء كانت الداخلية أو في القوانين التجارة الدولية في المطلب الأول وفي المطلب الثاني جزاء مخالفة هذا لإجراء وتقدير هيئة التحكيم.

### المطلب الأول: مصادر الالتزام بتخفيف الضرر

تتعدد مصادر الالتزام بتخفيف الضرر الناتج عن حدوث تغير في ظروف تنفيذ العقد الى مصادر داخلية و اخرى دولية نظرا لأهمية الالتزام الذي يعتبره فقهاء القانون التجاري الدولي، ومن بينهم ديران وجولمان انه يعد احد المبادئ الافضل اعداد في عادات التجارة الدولية، ويقرر المحكمون هذا الالتزام سواء نص العقد على ذلك ام لم ينص عليه، وفي تأسيس لهذا الالتزام يستندون اما الى قرارات التحكيم التي اخذت به أو يشيرون صراحة أو ضمن الى هذا الالتزام باعتباره مبدأ من مبادئ قانون التجارة الدولية سواء كانوا محكمين بالقانون أو وفقا للعدالة .

### الفرع الأول : الالتزام بتخفيف الضرر في قانون التجارة الدولية

يعتبر قانون التجارة الدولية نظام قانوني جديد مستقل عن النظم القانونية الوطنية، وعن النظام القانون الدولي العام يؤدي الى التخلي عن القانون الوطني الذي لا يلائم علاقات التجارة الدولية وعليه وفي إطار تسوية منازعات التجارة الدولية تحرص هيئات التحكيم الدولية في بعض قرارات التحكيم الاشارة الى مبادئ قانون التجارة الدولية في تأسيسها للالتزام بتخفيف الضرر سواء كانت صريحة أو ضمنية ويتصدى اليه تلقاء نفسه سواء في حالة وجود قانون وطني معين وفي العقد أو في حالة غيابه.

## الفصل الثاني الالتزامات المترتبة عن حالة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية

أما بالنسبة للإشارة عن الالتزام بتخفيف الضرر أو الخسارة ففيه يؤكد المحكم على ضرورة تطبيق هذا الالتزام أو هذا المبدأ لكونه يدخل في تطبيق مبدأ حسن النية ومن القرارات التي تقرر هذا الالتزام القرار رقم 2478<sup>1</sup>

طالبت في الشركة الفرنسية من الشركة الرومانية التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام المتمثل في تزويدها بكميات معينة من الكربون المهدرج، فردت هيئة التحكيم الى ان طلب التعويض ليس هو الحل النهائي لعدم التنفيذ ففي الالتزامات التي تقع على الدائن هو تخفيف الضرر أو الخسائر على المدين اذا كان سبب يرجع الى قوة القاهرة خارجة عن ارادة المدين ومن ثمة على البائع الدائن البحث عن بدائل للكميات البترولية خاصة ان محل تنفيذ الالتزام غير مستحيل الوجود وعلى ان يلتزم بالقدر الازم لتخفيف الضرر وهذا من الواجبات التي تملئها مبادئ العامة للقانون التجاري الدولي و الالتزام بتنفيذ العقد بحسن النية مراعاة لمصلحة المضرور وقواعد العدالة.

وفي قضية اخرى رقم 3344<sup>2</sup> وقع نزاع بين الشركتين حول توريد مادة البترول لمدة خمس سنوات من 1972 - 1977 واثناء تنفيذ الالتزام من الشركة (س) عرفت اسعار البترول ارتفاع في السوق العالمي فطلبت الشركة من الشركة (ع) الى الدخول في مفاوضات قصد مراجعة العقد نتيجة هذا الارتفاع وتغير في السوق العالمي للبترول فرفضت على اساس احترام الشركة (س) للعقد وعدم تعديله وعليها ان تتحمل عبأ تنفيذ الالتزام فرفضت الشركة (س) دعوى امام هيئة التحكيم قصد مراجعة العقد بسبب ارتفاع السعر البترول في السوق العالمي و طلبت تعديل السعر بجعله 14,00 دولار للبرميل على اساس ان الالتزام بتنفيذ العقد بسبب خسارة وضرر فردت الشركة (ع) برفضها لتعديل العقد ومراجعة وطلبت بالتعويض.

<sup>1</sup> - اشارت المادة 77 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع الى الالتزام بتخفيف الضرر.

<sup>2</sup> - انظر قرار رقم 3344 تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس المجموعة الاولى. 226

## الفصل الثاني الالتزامات المترتبة عن حالة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية

فأصدرت هيئة التحكيم حكمها في سنة 1982 بقولها ان الاصل في تنفيذ الالتزامات لما اتفق على أطراف العقد تكوين لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ولكن اثناء تنفيذ العقد تحدث ظروف أو اسباب تعيق أو تضع تنفيذه تشكل ارهاق لأحدهما أو تتبعه خسائر فادحة وعليه فمن واجب الشركة (س) القيام بالإجراءات اللازمة لتخفيف حجم الخسارة التي تتحملها مع رفض طلب الشركة (ع) المتمثل في التعويض لأنها (ع) لم تقدم الدليل تعرضها لأضرار.

اما الإشارة الضمنية لهذا الالتزام فيمكن ان نلمسها في تأسيس هيئة التحكيم واستنادها الى هذا المبدأ الذي يعد من مبادئ القانون التجاري الدولي دون الرجوع الى القانون الواجب التطبيق على العقد المنصوص عليه ومن ثمة يلتزم المحكم بتخفيف الضرر وتخفيض مبلغ التعويض الذي يستحقه الدائن وامثلة القرارات الصادرة في هذا الشأن قراره 2 216 لسنة 1974<sup>1</sup> ومضمونه انه هناك عقد بيع بترول بين البائع و المشتري واتفقا على تطبيق القانون الترويجي على العقد و اثناء تنفيذ العقد امتنع المشتري عن شراء الكميات المحددة في العقد بسبب قوة وراسل البائع عن طريق التلكس بالواقعة، فطلب البائع بالتعويض عن الضرر الحاصل بسبب عدم تنفيذ الالتزام فرفع النزاع امام هيئة التحكيم فاستبعدت الهيئة التحكيمية القانون الواجب التطبيق القانون الترويجي وتدخلوا من تلقاء انفسهم بتطبيق الالتزام بتخفيف الضرر وتحجيمه بمراعاة لمصلحة المضرور وطالب البائع بالبحث عن مشتري اخر قصد بيعه الكميات المحددة من البترول.

هذه في الحالة التي يتفق فيها اطراف العقد على القانون الواجب التطبيق لكن استبعدت هيئة التحكيم تطبيقه ، لكن في الحالة الاخرى لا تتفق ارادة الاطراف على قانون العقد ومن ضمنه الالتزام بتخفيف الاضرار الذي يعتبر اساسه العقد الا ان المحكم يتدخل من تلقاء نفسه الى تجسيد الالتزام باعتباره من الاعتبارات الازمة ومن الضرورات الاساسية لتنفيذ الالتزامات ويعتمد المحكم في اساس قيام

<sup>1</sup> - انظر قرار 2216 تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس المجموعة الاولى من القرارات 237 .

## الفصل الثاني الالتزامات المترتبة عن حالة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية

هذا الالتزام على انه مبدأ من مبادئ القانون التجاري الدولي أو عادة من عادات التجارة الدولية وهذا اشار اليه الاستاذ ديران في قوله « اعتبار عدم اشارة المحكم الى اساس قانوني معين لهذا الالتزام مع عدم تحديد القانون المطبق ترجمه على ان المحكم قد طبق هذا الالتزام باعتباره احد مبادئ قانون التجارة الدولية ، أو باعتباره عادة من عادات التجارة الدولية.

ومن القضايا التي فصلت فيها غرفة التجارة الدولية بباريس قضية رقم 2139<sup>1</sup> لسنة 1974 حيث ابرمت دولة عدة عقود بتزولية مع شركات متعددة الجنسيات بمقتضاه تلتزم هذه الشركات باستغلال المناجم استغلالا جيدا، وبعد مرور فترة من تنفيذ العقد قامت الدولة بتأميم الاملاك الوطنية ومن بينها الاملاك المنجمية، وانتقال سلطة استغلالها الى الشركات الوطنية فقامت هذه الاخيرة بإبرام عدة عقود لبيع المنتجات ، فالتزمت بعض الشركات المشتري بشراء المنتج وتسلمه باستثناء بعض الشركات الاخرى التي امتنعت عن شراء والتسلم بحجة ان المنتجات المنجمية تعود ملكيتها للشركات متعددة الجنسيات ومن ثمة هذه الحالة تشكل حالة القوة القاهرة بسبب التأميم رفعت دعوى أمام هيئة التحكيم موضوعها التعويض عن الاضرار بسبب رفض بعض الشركات تسلم المبيع.

فحكمت هيئة التحكيم مبدئيا لصالح الشركة الوطنية فحكمت بالتعويض من الضرر في تنفيذ الشركات المشتريه بسبب عدم تسلم كميات المنتجات المنجمية مع رفض حجة الشركات بتوافر حالة القوة القاهرة في حين ألزمت الشركة الوطنية ومن اجل تخفيف الضرر الالتزام بالبحث عن مشتريين اخرين يستلمون هذا المنتجات، فالبائع ملتزم ببذل جهد معقول لتقليل الناتج عن اخلال المشتري بالعقد.

حسب رأينا في موضوع الالتزام بتخفيف الضرر هو مبدأ من مبادئ قانون التجارة الدولية وعادة من عاداتها مضمونه هو التعاون و التضامن مع الطرف الاخر حتى لا يتعرض الى خسارة فادحة أو ضرر جسيم لان الهدف من ابرام العقد التجاري الدولي هو تحقيق المصالح المشتركة أو المرجوة

<sup>1</sup> انظر قرار 2139 تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس المجموعة الاولى من القرارات، ص 345.

## الفصل الثاني الالتزامات المترتبة عن حالة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية

من الاطراف ولكن احيانا لا تتحقق الغاية أو الهدف بسبب حدوث ظروف طارئة أو قاهرة تتسبب في توقيف العقد أو انهائه فهي الطرف الاخر ومن باب احترام مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد عليه ان يتعاون من اجل تخفيف الضرر وتحجيمه ومن ثمة هذا الالتزام هو تجسيد الفكرة أو مبدأ حسن النية وعليه فحاجات التجارة الدولية ومقتضياتها تتطلب وجود هذا الالتزام تسهيل التبادل التجاري ورواجه لهذا فالتحكيم التجاري الدولي في العديد من أحكامه وقراراته يجسد هذا الالتزام ويلزم تطبيقه كمبدأ من مبادئ التجارة الدولية.

### الفرع الثاني: الالتزام بتخفيف الضرر في الشروط التعاقدية

الالتزام بتخفيف الضرر هو أحد المبادئ العامة للقانون التجاري الدولي وهو يعكس حالة من حالات التعاون بين أطراف العقد من أجل تنفيذ العقد، وهذا الالتزام يترتب أثره عند حدوث قوة قاهرة أو ظرف طارئ، ولهذا يحرص معدو العقود على النص عليه صراحة عند إبرامهم بقولهم « يبذل الأطراف قصارى جهدهم لتحقيق الأهداف المرجوة من هذا العقد وبصفة خاصة يتخذ الطرف المضرور من عدم الالتزام كل الإجراءات المعقولة لتخفيف الضرر الذي ينتج عن عدم التنفيذ، وفي حالة عدم قيامه بذلك فلا يعرض إلا الأضرار التي لم يكن ممكنا تجنبها أو تخفيفها » وذلك الشرط الذي ينص عليه في العقد بأن يلتزم المتعاقد بأن يفعل ما في استطاعته لتخفيف آثار القوة القاهرة على الوفاء بباقي الالتزامات الناتجة عن العقد، هذا في عقود التجارة الدولية، أما في عقود الالكترونية الدولية فقد ينفق الأطراف في عقودهم المبرمة عبر الانترنت أنه أحيانا قد تستجد ظروف خارجية استثنائية من شأنها المساس بالالتزامات الأطراف وتنفيذها، وهذه الظروف إما أن تكون اقتصادية أو سياسية أو تكنولوجية ذات طابع عام لا يمكن توقعها ولا توقع حدوثها، والنتيجة هي اختلال التوازن العقدي اختلالا من شأنه التزام المدين المرهق أو المستحيل وهذا ما يصطلح على تسميته بشرط الطوارئ *hardship clause* ومن ثمة فعقود نقل التكنولوجيا تشير إلى شرط الالتزام بتخفيف الضرر أو الخطر الغير متوقع والاتفاق و الاستجابة إلى مبدأ

## الفصل الثاني الالتزامات المترتبة عن حالة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية

من مبادئ القانون التجاري الدولي وهو مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات العقدية إما صراحة أو ضمناً.<sup>1</sup>

وهنا تتدخل ارادة الأطراف بالنص على ذلك أما اثناء مرحلة المفاوضات أو بعد وقوع هذه الظروف وقد أصلح عن هذه الفترة التي يتوقف فيها العقد الى غاية زوال السبب أو الظروف ثم يعود الاطراف الى تنفيذ الالتزامات اما بإعادة مراجعة العقد والتفاوض من جديد أو احالة هذا الظرف الى التحكيم بفترة السبات أو الفسخ المؤق ولتطبيق هذا الشرط يستلزم توافر عناصر محددة وهي:

**أولاً:** أن يكون الظرف مؤقتاً يحول بين المدين وتنفيذ التزامه، ومعيار صفة التوقيت هو معيار موضوعي أو مادي يتبع طبيعة الظروف وملابسات كل عقد على حده ويكون للمحكم السلطة التقديرية في ذلك.<sup>2</sup>

**ثانياً:** عدم انتهاء المدة المحددة للتنفيذ المقيد للدائن، هذا الشرط ينسجم مع طبيعة عقد نقل تكنولوجيا<sup>3</sup>، إذ ما المنفعة أو الفائدة من استمرار تنفيذ المعرفة الفنية المنقولة بظهر أو بروز معارف تكنولوجيا اخرى، أكثر تطور، وتقدير عدم انقضاء المدة و الظروف المترتبة عليها تغير الظروف مسألة تترك القاضي الموضوع فهي مسألة وقائع ومن ثمة على الدائن اذا علم بحدوث صعوبات أو ظروف اثرت على تنفيذ التزامات العقدية على ان يلتزم بتخفيف الضرر على قدر المستطاع حتى لا يتحمل المدين هذه الظروف الخارجة عن إرادته لوحده سواء كانت طبيعية أو سياسية أو قانونية أو اقتصادية وغيرها وهذا ما اشارت اليه اللجنة الاقتصادية الأوروبية وغرفة التجارة الدولية بباريس ومنظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية ليونيدو.

<sup>1</sup> نداء كاظم محمد مولى، الآثار القانونية لعقود نقل التكنولوجيا، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2003، ص 202.

<sup>2</sup> عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن تعدد الاشياء في مبادئها القانونية و العلمية، منشورات عويدات، بيروت ، 1980، ص 208 .

<sup>3</sup> عقود نقل التكنولوجيا غالباً ما تقوم بين مشروع أجنبي وأخرى من دولة نامية أو في طريق النمو تحت إشراف حكومة الدولة النامية، حيث يتم فحص المشروع لموائمتها مع التكنولوجيا المنقولة والخطة الاقتصادية.

### المطلب الثاني: الاجراءات الازمة لتخفيف الضرر

تتنوع الاجراءات التي يتخذها الدائن لتخفيف الضرر بحسب طبيعة العقد المبرم بين الطرفين ، فعقود التجارة الدولية ، لا تتخذ شكل واحد بل تتنوع ، وان كان عقد البيع الدولي للبضائع اكثر هذه العقود ، ولعل هذا الاجراء الذي يتخذه الدائن الغاية منه هو مراعاة الظروف التي احالت دون تنفيذ المدين التزامه و الخارجية عن ارادته و بالرجوع الى اتفاقية فيينا سنة 1980 المتعلق بالبيع الدولي للبضائع نصت في المادة 77 « يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد ان يتخذ التدابير المعقولة و الملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة ، بما فيها الكسب الذي فات، و اذا اهمل القيام بذلك للطرف المخل ان يطالب بتخفيض التعويض بقدر الخسارة التي كان يمكن تجنبها »<sup>1</sup> هذه الاجراءات التي يقوم بها الدائن اجراءات الحفاظ على البضاعة ، تفرض نفسها في عقد البيع الدولي للبضائع حتى ولو لم يكن هناك التزام عقدي يفرضها وفقا للمواد 82 الى 85 من نفس الاتفاقية كما ان مصاريف الحفظ والتخزين يجب الاتزيد من الناحية الاقتصادية على القيمة الاجمالية و الكلية للبضائع.

كما يتمثل اجراء التخفيف الذي يباشره الدائن في عقد البيع الدولي للبضائع يتعدد حسب ظروف العقد وكيفية تنفيذه فأحيانا يتم اجراء التخفيف الضرر بتمديده مدة التسليم، أو قبول التسليم في مكان اخر أو قبول الوفاء بطرف اخرى غير المتفق عليها في العقد سواء كانت التقليدية أو الالكترونية وكذلك عملة الوفاء، كذلك يلزم الدائن بالحفاظ على البضاعة المباعة اذ لم تسليمها المشتري وغيرها من انواع اجراءات تخفيف الضرر.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> م 77 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، 1980.

<sup>2</sup> صالح بن عبد الله بن عطاق العربي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية مركز البحوث والدراسات الإدارية، بالمملكة العربية السعودية، سنة 1998 ، ص 25.

## الفصل الثاني الالتزامات المترتبة عن حالة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية

وقد اشارت هيئة التحكيم في قرارها سنة 1992 رقم 7147 حيث اكدت فيه ان البائع قد خالف الاجراءات الازمة المطلوبة عند تغير الظروف المحيطة بالعقد والتي اثرت على تنفيذه لالتزاماته العقدية للمشتري وعلى البائع الالتزام بعدم مخالفة العقد و المتمثل بالحفاظ على البضاعة و تخزينها تخفيف الضرر "للمشتري" الذي يمكن ان يلحقه و بالتالي قدرت هيئة التحكيم ان الدائن قد خالف الالتزام بعدم القيام بإجراء تخفيف الضرر الذي لحقه و تقدير هيئة التحكيم للخطأ الذي ارتكبه المعيار الموضوعي اي سلوك الدائن عند حدوث الضرر وهو قيامه بإجراءات تخفيف الخسارة أو الضرر الذي سيلحقه و هذا من الواجبات المفروضة عليه<sup>1</sup>.

### الفرع الأول: تقدير هيئة التحكيم لإجراءات تخفيف الضرر

عالجت قرارات التحكيم التجاري الدولي التزام بتخفيف الضرر في العديد عقود التجارة الدولية ورأت أن معظم الإجراءات الواجب احترامها من طرف المحكمون تنفيذ لهذا الالتزام تتعلق بعقود البيع والتوريد كذلك تم تبين هذا الالتزام في عقود النقل والإنشاء والتمويل المالي وغيرها وقبل أن تتطرق هيئة التحكيم لتقدير الإجراءات تخفيف الضرر لا بد لها من قيام الدائن ببعض الإجراءات ومن بينها.

#### أولا : المحافظة على بضاعة

إذا لم يتسلم المشتري البضاعة المرسلة من طرف البائع بسبب حدوث ظرف جعلت من مسألة تنفيذ التسليم مرهق بالنسبة له فعلى البائع الدائن القيام بإجراء تخفيف الضرر لما قد يلحقه من خسارة أو ضرر نتيجة عدم استلام وهذا الإجراء يتمثل في الحفاظ على البضاعة وتخزينها في ظرف ملائمة ومناسبة لعدم تعرضها للتلف أو قيام بتصريفها أو تسويقها بإبرام عقود بيع أخرى مع مشتريين وهذا ما يفرضه القانون خاصة اتفاقية فيينا للتجارة الدولي للبضائع.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 555 .

<sup>2</sup> - شريف محمد غنام، مرجع نفسه، ص 545.

ثانيا : التفاوض مع متعاقد آخر<sup>1</sup>

يفرض الالتزام بالتخفيف على الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين إلتزامه بسبب تغير الظرف ان يقوم بالبحث عن متعاقد آخر قصد إبرام معه العقد من أجل بيع السلع و البضائع ويعتبر هذا الإجراء الذي يقوم به البائع يدخل في الإلتزام بتخفيف الضرر الذي يمكن أن يصيبه من جراء عدم تنفيذ المشتري للإلتزامه وفي حالة عدم قيامه بهذا الإجراء يعتبر البائع قد ارتكبت خطأ يستوجب المسؤولية ، ومثل ذلك في إبرام عقد نقل موضوعه شحن كمية من الزنك بين بلجيكيين ثم إعادة بيعها إلى المشتري باكستاني بشروط ان يتم التسليم عبر ميناء كراشي وفجأة تغيرت ظروف النقل الأول الذي تم تعديل خط سير السفينة فقام المشتري البلجيكي بإبرام اتفاق مع البائع والمشتري الثاني الباكستاني وهو تسليم البضاعة في ميناء آخر وهو ميناء دينترك الذي ستمر منه السفينة<sup>2</sup>

هذا السلوك الإيجابي الذي قام به المشتري وحرصه على تنفيذ الإلتزام رغم تغير الظروف هو الإلتزام بتحقيق الضرر الذي قد يلحقه جراء عدم تنفيذه «وقد أشارت هيئة التحكيم إلى هذا السلوك به.

ثالثا : البحث عن عقود جديدة

فرض الواقع الجديد في العلاقات التجارية الدولية أنه في حالت تغير ظروف تنفيذ العقد بسبب الحوادث الخارجية عن إرادة الأطراف على الدائن البائع السعي إلى إجراء العديد من عقود البيع والصفقات لإتمام عقد وتخفيف الضرر عنه وفي حالة عدم قيامه بذلك فهو في نظرا لقانون مسؤول عن تقصيره ويرتب عليه التعويض.

**الفرع الثاني: جزاء مخالفة الإلتزام بتخفيف الضرر**

يستوجب مبدأ حسن النية في تنفيذ الإلتزامات العقدية أن يقوم أطراف العقد ببذل قصارى جهدهم لتحقيق المصلحة المرجوة من إبرام العقد هذا في الظروف العادية، فلكذلك نفس الحكم يقتضي على

<sup>1</sup> - شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص541.

## الفصل الثاني الالتزامات المترتبة عن حالة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية

الأطراف القيام به في حالة حدوث ظروف غير عادية و استثنائية فعلى المدين إخطار الدائن بالطرف الطارئ أو القوة القاهرة وعلى الدائن أن يلتزم بتخفيف الضرر الذي سيلحقه من جراء عدم تنفيذ الامدين التزامه و السعي الى التقليل من الخسارة الضرر الذي سيرتبه عدم التنفيذ و عليه فإذا لم يبادل الدائن الى هذا الاجراء فإنه يترتب عليه تعويض المدين من الالهال وهو دفع التعويض عن عدم قيام الدائن ببذل الجهد لتخفيف الضرر الذي لم يتمكن من تخفيفه، وهذا الجزاء نصت عليه اتفاقية فيينا في المادة 77<sup>1</sup>.

كما يمكن ان يصيغ الاطراف هذا الجزاء في العقد، ومثاله الشرط الذي ينص على ان في حالة القوة القاهرة يلتزم الطرفان بأن يقوموا بكل الاجراءات الضرورية لتنفيذ العقد وتخفيف الخسارة التي قد تنتج والطرف الذي يخفق في ذلك يمكن مطالبته بالتعويض.

---

<sup>1</sup>م 77 من اتفاقية فيينا لبيع الدولي للبضائع «يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد ان يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف لتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة بما فيها الكسب الذي فات، وإذا أهمل القيام بذلك فللطرف المخل ان يطالب بتخفيض التعويض بقدر الخسارة التي كان يمكن تجنبها «

### المبحث الثاني: الالتزام بالإخطار

قد يتعرض العقد بعد إبرامه إلى صعوبات أو حوادث تعيق تنفيذه فتجعله إما مستحيل أو مرهقا وهذه الصعوبات إما أن تكون قوة قاهرة أو طرف طارئ أو ما يسمى في الواقع الدولي hardship، وللحفاظ على عقد ومضمونه وضمنان تنفيذ الأطراف الالتزامات العقدية بحسن النية وجب على المدين التزام يتمثل في إخطار الدائن بحدوث قوة قاهرة أو حدث إعادة التفاوض وهذا الإجراء الذي يقوم به المدين بفرضه عليه مبدأ حسن النية لإعلام طرف الأخر بالوقائع الجديدة والنتائج المحتملة والحقيقية على تنفيذ التزامه، ويضع لدائن في الصورة الحقيقية للظروف المحيطة بالعقد حتى يمكنه من اتخاذ كل الإجراءات والاحتياطات اللازمة لتفادي الخسائر التي تصيبه من عدم التنفيذ، بالإضافة الى ذلك أن المعاملات التجارية قائمة على عنصر الثقة واللائتمان وهما أساس العمل التجاري ولبيان حدود هذا الالتزام يقتضي منا ان نتحدث على أساس القانونية والإجراءات الشكلية المقررة له في الفرع الأول ونوضح مضمونه والجزاء المترتبة في حالت مخالفة القيام بهذا والإجراءات في الفرع الثاني.

### المطلب الأول: أساس الالتزام بالإخطار

عرفنا أن الاخطار من الالتزامات التي تقع على المدين في حالت صعوبة في تنفيذ أو استحالته بعد إبرام العقد حتى يسمح للطرف الأخر الدائن بالاطلاع على الظروف والمستجدات الجديدة المؤثرة في تنفيذ العقد، ونظرا لأهمية هذا الإجراء على الساحة التجارية الدولية لتعزيز عنصر الطمأنينة بين المتعاملين لا بد من تحديد أولا الأساس القانوني بالالتزام بالإخطار والا جانب الشكليات الواجبة إتباعها عند القيام بهذا الإخطار ومن ثمة سندرس هذا الموضوع ببيان الاساس القانوني للالتزام بالإخطار أولا ثم الجوانب الشكلية ثانيا.

### الفرع الأول: الأساس القانوني للالتزام بالإخطار في نصوص الوطنية والدولية

أن الأساس القانوني للالتزام بالإخطار يتنوع بين النصوص الوطنية والدولية، بالرجوع إلى نصوص الاتفاقيات الدولية في مجال التجارة الدولية تنص المادة 4 79\ اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع على أنه "يجب على طرف الذي لم ينفذ التزاماته أن يوجه إخطاراً إلى الطرف الآخر بالعائق وأثره في قدراته على التنفيذ، وإذا لم يستجب للإخطار إلى الطرف الآخر خلال مدة معقولة .." ، وكذلك المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية سنة 2014 في مادة 7-1-7 . المتعلقة بالقوة القاهرة وكذلك أشارت غرفة التجارة الدولية بباريس في البند الرابع تحت عنوان واجب الإخطار على أن الطرف الذي يتمسك بانتفاء المسؤولية أن يخطر الطرف الآخر في أسرع وقت ممكن بعد علمه بالعائق وأثره تنفيذ التزامه ، بالعائق وأثره على هذا التنفيذ ونصت اتفاقية الخاصة بالمبادئ العامة لعقود التجارة الدولية يونيدروافي مادتها 7\1\7 " إذا كان الحادث مؤقتاً فحسب ، فيفضل الإعفاء منتجاً لأثاره خلال مدة معينة يراعي فيها أثر الحادث على تنفيذ العقد ، يتزم المدين بأن يخطر الدائن بوجود الحادث ونتائجه على قدرته على تنفيذ ، وإذا لم يتبع الطرف الآخر الإخطار خلال مدة معقولة بعد ان يكون المدين قد علم بالحادث أو كان في ومعه العلم به فيسأل عن التعويضات المترتبة على عدم تسلم الاخطار<sup>1</sup> .

### الفرع الثاني: الالتزام بالإخطار في شروط العقد والفقهاء التجاري

إن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين من المبادئ العامة في القانون وهو يعني القوة الملزمة للعقد وعليه فإن غالبية عقود التجارة الدولية تتضمن شرط الالتزام بالإخطار في حالة وقوع قوة القاهرة أو ظرف طارئ ولا يترك الأمر إلى قانون أو والى التحكيم ومن ثمة نجد مثلاً في عقود البيع للبضائع نجد أن الأطراف يضعون شرط الإخطار مثلاً " في حالت حدوث قوة القاهرة أو ظرف طارئ متعلق بتسليم المعدات والتجهيزات كلية أو جزئية يلتزم البائع بإخطار المشتري في مدة محددة أو معقولة " .

<sup>1</sup> - سلامة فارس عرب، مرجع سابق، ص 350.

## الفصل الثاني الالتزامات المترتبة عن حالة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية

وكذلك في عقود بيع الغاز أو البترول إذا حدثت قوة قاهرة أو ظرف طارئ فعلى الطرف المدعي بوجود هذا الحادث ان يخطر الطرف الاخر بأسرع ما يمكن بحدوث القوة القاهرة «ومثال اخر خاصة إذا تضمن العقد شرط اعادة التفاوض فالأطراف يلتزمون بإعادة التفاوض من جديد لإعادة التوازن المالي للعقد وعلى الطرف المدين اخطار الطرف الاخر بحالة القوة القاهرة بخطاب مسجل في مدة 15 يوما من وقوع الحادث.

اما الفقه فقد اشار الى ضرورة قيام أحد الاطراف بإخطار الطرف الاخر وهذا من باب التعاون فيما بينهم وهو مظهر من مظاهر اعلام الطرف الاخر يوجبه مبدأ حسن النية حتى وان لم يوجد شرط في العقد يلزم المدين به ففي قرار صادر 1985 اكدت فيه هيئة التحكيم على انه «في حالة وجود ظروف غير متوقعة تعدل الشروط التي يجب ان ينفذ العقد خلالها، يجب على المدين ان يتصرف بشكل يحفظ مصالح الدائن وان يخطره بكل الاجراءات التي يتخذها»<sup>1</sup>.

يشير قضاء التحكيم التجاري الدولي الى الزامية الالتزام بالاطار ففي قضية ابرم عقد بيع دولي بين تاجر روماني واخر فرنسي يلتزم الأول بتصدير كميات من الكربون خلال فترة محددة في العقد واثناء سريان العقد وتنفيذ الالتزامات اصدرت الحكومة قرار يمنع تصدير الكربون الى الخارج فألغيت الرخصة المخولة له بذلك فدفع البائع امام هيئة التحكيم بحالة القوة القاهرة كسبب إعفاء من المسؤولية فقبلت هذا الدفع فهو يمثل ما قبيل القوة القاهرة سواء على مستوى المبادئ العامة أو الشروط العامة.

وفي المقابل رفضت طلب البائع في التمسك بحقه في التعويض بسبب عدم اجراء الاخطار للمشتري في المدة المعقولة على اساس انه الزامي ففي عدم القيام به بفقد البائع حق التمسك بالتعويض.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 550.

<sup>2</sup> - قول هيئة التحكيم « ان الغاء رخصة التصدير الذي تم في 1973 لم يخطر به البائع المشتري، الا بخطاب في 1973 وبعد وساطة محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية .... ولهذا البائع لم يعدله الحق في التمسك بقرار السلطة كقوة قاهرة بتبرئته من المسؤولية.

## الفصل الثاني الالتزامات المترتبة عن حالة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية

أما أساس الاخطار في النصوص الوطنية فبا لرجوع إلى بعض التشريعات نجد أن مسألة اخطار المتعاقد بحدوث قوة قاهرة أو ظرف طارئ التي من شأنها عرقلة التنفيذ سواء كان مستحيلا أو مرهقا هي مسألة تكاد تخلو غالبا من النص عليها الا انه هناك تطبيقات هذا الاتفاق في نصوص متفرقة فمثلا المادة 1448<sup>1</sup> من قانون التجارة المصري التي تلزم فيها حامل الورقة التجارية الكمبيالة اخطار المظهر بحدث القوة القاهرة، وكذلك نص المادة 157 من القانون التجاري الفرنسي على التزام الحامل بإخطار المظهر بحالة القوة القاهرة .

ويرى الاستاذ FIATT في رسالته ان تنفيذ العقد بحسن النية يفرض قاعدة عامة انه في حالة حدوث حالة استحالة تنفيذ العقد بسبب توفر حدث القوة القاهرة على المدين التزام بإخطار الدائن بالظروف الجديدة لأنه لا يعلمها لاتخاذ الاجراءات اللازمة لتخفيف الضرر أو الخسارة التي ستلحقه من خلال تغير الظروف ويقول الاستاذ demogue «انه احدى نتائج فكرة التعاون بين الاطراف ان يلتزم المدين بأن يخطر الدائن بصعوبة تنفيذ الالتزام<sup>2</sup> .

واخيرا وحسب رأينا فإن الاخطار كإجراء وقائي يقوم به المدين تجاه الدائن للحفاظ على العقد وإعادة التوازن المالي والاقتصادي ضرورة قانونية واقتصادية تليها الاعراف والعادات التجارية والممارسات الدولية ومن ثمة فإن الاخطار ينم عن حسن النية الطرف في تنفيذ العقد بالرغم من صعوبة في ذلك، ويمنح للدائن فرصة لتدخل في الوقت المناسب لتفادي وتجنب العديد من الاضرار والخسائر قد تلحقه بسبب هذا الطرف أو الحادث وعليه فواجب التعاون بين اطراف اساسها مبدأ اصيل واساسي هو مبدأ حسن النية الذي يحكم اليه من بداية الى نهايته وعليه حتى وان لم يتفق الاطراف على هذا

<sup>1</sup> م 448 وعلى حامل أن يخطر دون ابطاء من ظهر له كمبيالة له بالقوة القاهرة، وان يثبت هذا الاخطار مؤرخا وموقعا منه في الكمبيالة او في الوصلة وتسلسل الاخطارات وفقا للمادة 440 .

<sup>2</sup> يقول ديران أن القاعدة العامة هي التي تتمثل في ضرورة توافر حسن النية في تنفيذ العقود تولد التزامات عديدة على عاتق الاطراف، واول هذه الالتزامات هو الالتزام بالاخطار .

## الفصل الثاني الالتزامات المترتبة عن حالة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية

الشرط في العقد من المبادئ العامة و المتفق عليه فقهاء قضاء ان الاخطار التزام اخلاقي ان لم يكن قانوني يملئها حسن النية.

### المطلب الثاني: الجوانب الشكلية للالتزام بالإخطار

لقد عرفنا الغاية من إلزام المدين بإخطار الدائن بالظروف الجديدة التي تعيق تنفيذ العقد اما بصفة كلية أو جزئية لاتخاذ الاجراءات والاحتياطات اللازمة من طرف الدائن وهذا الاخطار تحكمه شكليات تتمثل في الغالب المدة التي يخطر فيها المدين وشكل ودراسة هذا الموضوع سنتناول شكل الاخطار في الاتفاقيات الدولية والشروط التعاقدية.

### الفرع الأول: شكل الاخطار في الاتفاقيات الدولية والشروط التعاقدية

إن من المبادئ العامة للقوانين التجارة الدولية هو سرعة ابرام العقود وتنفيذها، وهذا يتمشى مع طبيعة المعاملات و خصوصيتها، ولهذا يلزم كل طرف في العلاقة العقدية ان يقوم بتنفيذ التزامه لتحقيق الغاية أو المصلحة من ابرام العقد، واذا حصلت ظروف أو حوادث اعاقت تنفيذ العقد، فعلى الطرف اخطار شريكه في العقد بالحدث أو العائق الذي حال دون تنفيذ العقد أو صعوبة في تحديده، ونظرا ان التجارة الدولية قائمة على السرعة و الائتمان فعلى الطرف ان يجتهد في الاخطار بأية وسيلة كانت لوصول العلم اليه وبأية شكل من الاشكال بالرجوع الى الاتفاقيات الدولية مثلا اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع تكلمت ان ضرورة اخطار الدائن بوقوع حالة القوة القاهرة دون ان تفصل في مسألة كيفية وشكل الاخطار وبالتالي فهي لم تراعي هذا الجانب وتركت الامر الى المدين في اتخاذ اية وسيلة يراها مناسبة و ملائمة لظروف الحالة من أجل اعلام الدائن المادة 4/79.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> م 4\79 «يجب على الطرف الذي لم ينفذ التزاماته ان يوجه اخطارا الى الطرف الاخر بالعائق وأثره في قدرته قدرته على التنفيذ، وإذا لم يصل الاخطار الى الطرف في مدة المعقولة بعد ان يكون الطرف الذي لم ينفذ التزاماته قد علم بالعائق او كان ما واجبه ان يعلم به فعندئذ يكون مسؤولا عن التعويض عن الاضرار الناتجة عن عدم استلامه للاخطار»

## الفصل الثاني الالتزامات المترتبة عن حالة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية

اما اتفاقية لاهاي سنة 1964 المتعلقة بالقانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية لم تنص صراحة على وجوب اخطار الدائن بالحدث، وقد نصت المادة 14 على ضرورة اخطار وفقا لهذا القانون بالطرق المعتادة في مثل ظروف الاتصال القديمة والحديثة<sup>1</sup>.

أما مبادئ اليونيدروا المتعلقة بعقود التجارة الدولية على الرغم من انها لم تلزم المدين ان يتخذ شكلا معيناً عندما يخطر دأئنه اشارة الى المادة 10-1 تحت عنوان " الاخطار " على انه "عندما يكون الاخطار مطلوباً يجوز توجيهه بإخطار بطريقة تتناسب مع الظروف<sup>2</sup>

رأينا في الموضوع ان قوانين التجارة الدولية تراعي في مضمونها تحقيق الغاية أو المصلحة من إبرام العقد و بالتالي فإن الاخطار كالتزام يقوم به المدين في حالة وقوع حدث طارئ أو قوة القاهرة تؤدي إلى عدم تنفيذ العقد أو صعوبة في تنفيذه فإنها تعطي الأولوية لعنصر السرعة وهو الضامن في القيام الدائن بإتخاذ التدابير اللازمة لتفادي الضرر الجسيم، اما عن كيفية التي يتخذها الاخطار فان معظم الاتفاقيات لم تتخذ شكلا محدد والزمتم ان يكون في شكل معين وهذا ا يتمشى مع مقتضيات التجارة الدولية ومتطلباتها المتمثل في مراعاة عامل السرعة الذي يسمح بإتخاذ اية شكل أو وسيلة قصد اختيار واعلام الدائن وان كان احيانا اخرى فان الكتابة لها دور في حالة وجود نزاع حول وجود الاخطار، وإرساله و بالتالي سنكون امام مسألة اثبات الاخطار فالكتابة لها اهمية بالغة في اثبات على عكس الوسائل الاخرى التي تكون اصعب في الاثبات ... الخ

أما بالنسبة للشروط التعاقدية فنجد أنها في الكثير من الاحيان لم تحدد شكل معين الا انه وبالرجوع إلى الشروط والبنود الموضوعة نجد أنها تشير الى انه «يتعين على الطرف الذي يتمسك بالقوة القاهرة ان يخطر الطرف الآخر وكذلك يلزم البائع بأن يخطر المشتري ببرقية ببداية ونهاية القوة القاهرة» وكذلك

<sup>1</sup> - انظر المادة 14 من اتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية، سنة 1964 .

<sup>2</sup> - انظر المادة 10\1 من مبادئ العامة للعقود التجارية الدولية، 1985.

## الفصل الثاني الالتزامات المترتبة عن حالة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية

الشرط الذي ينص على انه " يلتزم الطرف الذي لم يتمكن من تنفيذ التزامات بسبب القوة القاهرة ان يخطر بذلك الطرف الاخر <sup>1</sup>"

### الفرع الثاني : مدة الاخطار

عرفنا ان الاخطار من الالتزامات التي تقع على المدين عند تعرضه الى حادث أو ظرف طارئ قصد اعلام الدائن به لاتخاذ التدابير اللازمة استنادا الى مبدأ حسن النية ولم تحدد الاتفاقيات شكل محدد بذلك وانما تركت الامر الى المتعاقدين حسب ظروف العقد وبالوسيلة المناسبة مراعية عنصر السرعة. الى جانب هذا الاجراء هناك مسألة اخرى لها اهمية في تحديد وقت حدوث الظرف واسناده الى المدين ام لا وعلى الطرف المتعاقد احترامها وهي المدة التي يخطر فيها المدين دائنه وسندرس هذه المسألة في الاتفاقية الدولية والشروط التعاقدية.

### الفرع الثالث: مدة الاخطار في الاتفاقيات الدولية والشروط التعاقدية

بالرجوع الى بعض الاتفاقيات الدولية هناك اتفاقية فيينا نجد انها استخدمت عبارة مدة معقولة *delai raisonable*، اما الشرط النموذجي للقوة القاهرة والظروف الطارئة الذي اعدته غرفة التجارة الدولية بباريس سنة 1985 فاستخدمت عبارة بقدر الإمكان.<sup>2</sup>

أما اتفاقية المبادئ العامة للعقود التجارية الدولية *unidroit* فقد عبرت عن مدة الاخطار بعبارة نفسها التي استخدمتها اتفاقية فيينا مدة معقولة<sup>3</sup> وهناك بعض العقود الدولية خاصة بيع الحبوب والوقود وغيرها من العقود بالرجوع الى نماذج العقود المعدة نجد انها نظمت عبارة " برقيا وفورا".

<sup>1</sup> - انظر المادة 79 من اتفاقية فيينا المشار اليها سابقا.

<sup>2</sup> - استخدمت غرفة التجارة الدولية بباريس عبارة قدر الامكان وهذا يتماشى مع العبارات الاخرى المستخدمة مثلا في مدة معقولة مدة مفيدة، في أقرب وقت، لان مدة الاخطار لها اهمية في النتائج المترتبة على العقد وفي دفع المسؤولية في حالة الاخلال بهذا الالتزام.

<sup>3</sup> - انظر المادة 7\1\7 من مبادئ العامة المشار اليها سابقا.

## الفصل الثاني الالتزامات المترتبة عن حالة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية

أما بالنسبة لمدة الاخطار في الشروط التعاقدية فقد حرصت معظم عقود التجارة الدولية على ان يتم الاخطار في أسرع وقت ممكن، وفي اجل قصير لما تتميز به هذه العقود من سرعة في تنفيذها وبالتالي فكل ظرف أو حادث يعيق تنفيذ العقد يستلزم الاخطار في أقرب وقت ممكن وقد يحدد الاطراف في عقودهم مدة الاخطار وقد يكتفون بعبارة في أقرب وقت ممكن.

### أولا : تحديد الأطراف مدة الاخطار

الحقيقة أن الاتفاق على مدة الاخطار ترجع الى ارادة الاطراف فالرجوع الى عقود التجارة الدولية هناك عقود يتفق فيها الاطراف على مدة محددة للاخطار فمثلا شرط في العقد " يلتزم المتعاقد الذي لم يستطع تكمله التزامه بسبب حالة القوة القاهرة بأن يخطر الاخر في مدة ثمانية أيام بوقوع الحدث...." وقد تكون المدة هي 10 أيام أو 15 يوما ومثال ذلك الشرط الذي ينص على إن " يلتزم البائع بأن يخطر المشتري بخطاب مسجل بوقت حدث القوة القاهرة خلال 15 يوما تبدأ من لحظة وقوع الحدث".<sup>1</sup>

### ثانيا: عدم تحديد مدة الاخطار

تشير غالبية الشروط التعاقدية إلى ان أطراف العقد يعبرون عن مدة اخطار بعبارات وكلمات تدل على سرعة دون تحديد عدد معين من الايام، وتتنوع العبارات و المصطلحات التي يستخدمها الاطراف الا انها تتفق في السرعة والعجلة في الاخطار نظرا لأهمية عقود التجارة الدولية التي لا تعرف التأخير في تنفيذ الالتزامات العقدية ومن بين العبارات المستخدمة في "اسرع وقت" ausitot، وفي اسرع وقت ممكن aussitôt que possible، وفي مجال اخر يستخدمون عبارات في الحال immédiatement، وفي مدة معقولة un delai raisonable ، أو في مدة مفيدة en temps utile.<sup>2</sup>

وعلى العموم وحسب رأينا فإن مدة الاخطار تعتبر جانب من جوانب الشكالية، لهذا حرص الاطراف خاصة في عقود التجارة الدولية على اهميتها نظرا للعقد المبرم و المصلحة المشتركة ومن ثمة فإن مدة

<sup>1</sup> - انظر الشروط العامة، رقم 188 ، التي تتكلم عن مدة اخطار الدائن.

<sup>2</sup> - شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 479.

## الفصل الثاني الالتزامات المترتبة عن حالة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية

الاخطار تساهم بشكل كبير في انقاذ العقد و اطرافه من تعرض الى خسارة كبيرة ونقادي اضرار لاحقة ولهذا سواء كانت مدة الاخطار محددة في العقد أو غير محددة فمبدأ حسن النية الذي يحكم العقد من بداية الى نهاية يملي على الطرف ان يقوم بإخطار الطرف الاخر في اقرب وقت وبالوسيلة المناسبة حسب ظروف كل عقد اعتبارا ان عقود التجارة الدولية تحقق مصالح دولتين قبل الشخصين ولها اهمية كبيرة على اقتصادالطرفين ومن ثمة يفرض الواقع التجاري و العرف ان الاخطار في مدة معقولة ولهذا يتماشى مع مقتضيات التجارة الدولية والتحديات التي تواجهها

فقد يحدد الاطراف مدة قبول التفاوض على نحو صريح أو ضمني، وان كان الغالب هو تحديد الضمني للمدة، فمن البديهي أن لا يلتزم الاطراف الدقة المتناهية في كافة المسائل الفرعية أو المتشعبة المتعلقة بإعادة التفاوض، اذ انهم لا يمتلكون الحرفية التامة والخبرة الكافية التي تمكنهم من تنظيم كافة المسائل التي يتوجب الاتفاق عليها و تحديدها مسبقا والواقع ان اهمية تحديد المدة التي يجب ان يظهر خلالها قبول المتعاقد الاخر الدخول في مرحلة التفاوض يبدو كبير الاهمية في عقود التجارة الدولية، اذ تتميز الاخيرة بضخامتها و ارتباطها بعقود اخرى كثيرة بل ان تنفيذها يدخل في المتعاقدين ودولهم في علاقات متشابكة مع اشخاص و دول متعددة ، لذا فإن اي تأخير وان كان بسيطا في اجراء المفاوضات اللازمة لتعديل العقد، انما سيزترتب عليه سلسلة من الأضرار التي يتحملها ليس فقط اطراف العقد الأصلي بل المتعاقدين معهم.

من جانب اخر، قد يتفق الاطراف على شكل معين يجب ان يتم به القبول، كخطاب مسجل أو عادي، وبخلافه، فإن الامر يتوقف على طبيعة العلاقة بين الاطراف والتعامل السابق بينهم فإذا كانت العلاقة التعاقدية يسودها الاتفاق والاستقرار، فالمعتاد ان يكتفي الطرفان بمجرد خطاب عادي، كما ويجيز البعض ان يتم القبول شفاهة أو عن طريق الاتصال الهاتفي اما إذا كانت العلاقات حديثة فالغالب

## الفصل الثاني الالتزامات المترتبة عن حالة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية

أن يحرص الاطراف على تحديد شكل القبول وبخلافه فإن القبول يجب ان يتم بأي شكل يحقق السرعة الازمة في التعامل التجاري الدولي.

ولكن ما الحكم إذا سكت المتعاقد الذي يجب ان يصدر منه القبول، فلم يرد بالموافقة على الدخول في المفاوضات، ولم يرفض في نفس الوقت فهل يعتبر هذا السكوت قبول ام ان القبول يحتاج الى موقف ايجابي وتعبير صريح.<sup>1</sup>

### المطلب الثالث: مضمون الالتزام بالإخطار وجزاء الاخلال به

ان الهدف من الالتزام بإخطار الدائن بتغير الظروف التي تعرف تنفيذ العقد وتخل بتوازنه المالي والاقتصادي وهو تمكين الدائن من اتخاذ الاحتياطات الازمة المناسبة لتخفيف الضرر أو الخسارة التي يمكن ان تلحقه وعلى المدين ان يقدم له البيانات والوثائق التي تثبت حقيقة وقوع الحدث أو الظرف الذي جعل العقد مرهقا أو مستحيلا، وعلى هذا فإن هناك امرين يرد عليهما الاخطار الأول هو وقوع الحدث ونتائجه، الثاني هو المستندات والوثائق الواجب تقديمها للمتعاقد الآخر.

### الفرع الأول: مضمون الالتزام بالإخطار

أكد غالبية الفقه التجاري الدولي وعلى رأسهم Jean Michel Jaquet<sup>2</sup> عن ضرورة ان يتضمن الاخطار بيان بداية الحادث أو الضرر الذي اعاق تنفيذ الالتزام ونهاية النتائج والاثار المترتبة عليها خاصة فيما يتعلق بتنفيذ المدين التزامه، وهذا ما اشارت اليه بعض الاتفاقيات الدولية وعلى رأسها اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع في المادة منه فتتص 79 «... انه يوجه اخطار الى الطرف الاخر يلعب فيه بوقوع هذا العائق ويبين له مدى اثره في قدرته على التنفيذ...»<sup>3</sup>، ونفس الامر ينطبق على الشرط النموذجي للقوة القاهرة و الظروف الطارئة الذي اعدته غرفة التجارة الدولية، وكذلك الشروط

<sup>1</sup> - شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ص 479، 481 .

<sup>2</sup> - انظر المادة 79/4 من الاتفاقية.

<sup>3</sup> - انظر البند الرابع من الشرط النموذجي لغرفة التجارة الدولية بباريس المنصوص عليه في المادة 4.

## الفصل الثاني الالتزامات المترتبة عن حالة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية

التعاقدية التي أشارت إلى «الطرف المدعي بحالة القوة القاهرة ، وأن يقوم مباشرة بعد حدوثها بتبليغ الطرف الآخر عن طريق الهاتف، تلكس مثبت بموجب رسالة موصى عليها بالاستلام، يجب ان يكون هذا التبليغ مرفقا بجميع المعلومات المفصلة و الازمة

فبالنسبة للمدين يلتزم بإخطار الدائن بكل المعلومات و البيانات الكافية المتعلقة بالحدث والظروف التي وقع فيها، وقبل ان يعلم الدائن يجب ان يعلم نفسه وهذا ما قاله الاستاذ gestin يجب ان يعلم المدين أولا حتى يتمكن من اعلام الدائن، وهذا الالتزام مصدره الجانب الاخلاقي وهو مبدأ حسن النية في ابرام العقود وتنفيذها وهوما يفرض عليه ان يقوم بهذا الالتزام عناية الرجل الحريص ولا يكتفي بالنظر الى الظروف والحوادث دون يقوم بإخطار الدائن أو يحتج بعدم علمه أو جهله أو عدم معرفة للتخلص أو تنصل من المسؤولية، وقد تكلم الفقه في هذا الجانب على ان يلتزم المدين بالإعلام تطبيق لمبدأ حسن النية عناية وحرص الرجل العادي وقد فرق الفقه بين صنفين من المدين المهني و المتخصص وغير متخصص فالأول تقع على مسؤولية اكبر في البحث عن الظروف و الحوادث واخطار الدائن بها والاحاطة، لما الصنف الثاني يلتزمه الفقه فقط عند حدوث الظروف ان يخطر بها الدائن وقت وقوعها و بعد ذلك.<sup>1</sup>

أما الدائن يقع عليه التزام يستوجب مبدأ حسن النية وهو الا يكتفي بالانتظار حتى يعلمه المدين ويخطره بالظرف الطارئ أو القوة القاهرة و انما عليه بعد علمه ان يقوم بالإجراءات الازمة لتخفيف الضرر الذي سيلحقه، و القيام بكل الاعمال الايجابية قصارى جهده للعودة الى الوضع الطبيعي وهذا ما أكدته بعض الشروط التعاقدية ومثالها « في جميع الحالات على الطرف المعني بحالة القوة القاهرة إن

<sup>1</sup> - زروتي الطيب، دفع بالمسؤولية العقدية بالقوة القاهرة، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والمصري والفرنسي، رسالة الماجستير، جامعة الجزائر، سنة 1978.

## الفصل الثاني الالتزامات المترتبة عن حالة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية

يتخذ جميع الاجراءات الضرورية لضمان، وفي أقرب الآجال، تنفيذ الالتزامات المصابة بسبب القوة القاهرة، و الاستئناف العادي لتنفيذ العادي للعقد من اجل استدراك التأخير مستعملا بذلك كل وسائله.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: إثبات وقوع الحادث وآثاره

في حالة وقوع الحدث الطارئ أو القوة القاهرة hardship اثناء تنفيذ العقد التجاري الدولي تطرح مسألة قانونية و هي اثبات الحدث أو السبب الاجنبي، وبالرجوع الى النصوص القانونية و الاتفاقيات الدولية التي تعتبر الحوادث و الظروف التي تحدث اثناء التنفيذ هي وقائع مادية يقع عبء اثباتها وفقا للقواعد العامة<sup>2</sup>، المعروفة في الاثبات فهي عادة تترك لإرادة الاطراف في تقدير الحادث بإعتباره حالة أو شرط لإعادة التفاوض بإثبات المدعي المدين عدم ارتكابه خطأ بسبب قيام المسؤولية المدنية و بالتالي فالحدث الطارئ هو سبب اجنبي تنتفي معه المسؤولية و الخطأ، وفي حالة عدم اتفاق الاطراف على حالة الظرف الطارئ ان يقدم شهادة من الجهات المختصة سواء كانت مصالح الارصاد الجوية أو غرفة التجارة أو مصالح الامن التي تثبت حقيقة وقوع الحادث الطارئ الذي اعاق تنفيذ الالتزامات العقدية مؤكدة على حقيقة الوقائع و التواريخ الواقع بها.<sup>3</sup>

فيقع على المدعي المدين واجب تقديم المستندات والمعلومات الكافية للدائن ولهيئة التحكيم لإثبات وجود الظروف الطارئ hardship ويرى الفقيه بريانت ان الاخطار بوقوع الحادث الطارئ في العقود الدولية لإنشاء يجب ان يثبت بشهادة صادرة من غرفة التجارة المختصة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> عواق صليحة، تكييف العقود الدولية مع تغير الظروف، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، ص 98.

<sup>2</sup> تنص المبادئ والقواعد العامة على المدين اثبات براءة الذمة على الدائن اثبات الالتزام.

<sup>3</sup> قادري عبد العزيز، دراسة في العقود الدولية المبرمة بين الدول ورعايا الدول الاخرى في مجال الاستثمارات الدولية مجلة الادارة الصادرة عن مدرسة الوطنية للإدارة الجزائر، مجلد السابع، العدد الأول، سنة 1997.

<sup>4</sup> محمد شتا أبو السعد، مفهوم القوة القاهرة، مجلة مصر المعاصرة، السنة 1983، العدد 74، ص 392.

### الفرع الثالث: جزاء عدم الالتزام بالإخطار

إذا لم يتم المدين بإخطار الدائن بحادث الطرف الطارئ فيترتب عليه مسؤولية عقدية في توقيع الجزاء عن تخلفه القيام بالواجب المفروض عليه، ويختلف الجزاء بين المرونة والتشديد حسب اتفاق الأطراف وشروطهم المحددة في العقد، فعادة يتفق الأطراف في حالة عدم قيام المدين بإخطار الدائن يلتزم بالتعويض عن كل الخسائر التي تعرض لها الدائن، وقد يتفقون على جزاء أكثر تشدداً من جزاء التعويض وهو عدم تمسك المدين بحالة القوة القاهرة والظرف الطارئ. وهذه الجزاءات لا تثير أية إشكالات لأنها محل اتفاق إرادة الأطراف، ولكن الصعوبة تكمن في حالة اغفال الإرادة عن الجزاء بسبب غياب أو اغفال شرط الإخطار في العقد و للإجابة عن هذا الإشكال يجب علينا الرجوع إلى الفقه التجارة الدولية والاتفاقيات التجارة الدولية و الشروط العامة المتعلقة بها، فالجزء<sup>1</sup> المناسب في حالة التأخير أو الاغفال عن الإخطار يتردد بين التشديد و التيسير فغالبيتهم فقهاء التجارة الدولية وعلى رأسهم فونتان في كتابه مشكلات طول مدة في العقود الدولية يعتبر ان الجزاء الانسب في هذه الحالة هو سقوط الحق في التمسك بأحكام القوة القاهرة أو احكام اعادة التفاوض، اما باقي الفقه فينتقد هذا الجزاء المتشدد ويتمسك بحق المدين في الدفع بانتفاء المسؤولية أو بتعديل العقد وفقاً لشرط اعادة التفاوض، اما فيما يتعلق بالخطأ أو الإهمال فعليه ان يلتزم بالتعويض عن الأضرار و الخسائر طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية.

**رأينا في الموضوع :** إن عقود التجارة الدولية في عقود طويلة المدة ، وهذا ما يجعلها تتعرض في الكثير من الأحيان إلى صعوبات في التنفيذ راجع إلى أسباب وظروف خارجة عن إرادة الأطراف وعند حدوثها تنشأ التزامات تقع على الأطراف فالمدعي المدين يقع عليه التزام بإخطار الدائن بالظروف الطارئة اثناء التنفيذ قصد التزامه بتخفيف الضرر في وقته، وعليه اذا تقاعس المدين أو تأخر في هذا الالتزام سبب له ضرر ومن ثمة وطبقاً لقواعد المسؤولية العقدية وعنصر الضرر يتحمل المدين التعويض عن الأضرار

<sup>1</sup> - محمد عبد الجواد، شرط الارهاق في تطبيق الظروف الطارئة، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد عين شمس، العدد الرابع، سنة 1963.

## الفصل الثاني الالتزامات المترتبة عن حالة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية

---

اللاحقة بالدائن دون ان يفقد حقه في التمسك بالقوة القاهرة لان واقعة التأخير والتقصير مستقلة تماما عن واقعة القوة القاهرة و بالتالي لا يحرم من هذا الحق لأنه خارج عن ارادته، ومن هذا ما يتمشى مع

مقتضيات التجارة الدولية التي تراعي المرونة وهذا ما نصت عليه اتفاقية فيينا في المادة 479

### خلاصة الفصل:

إن تغير ظروف تنفيذ الإلتزامات العقدية في التجارة الدولية لها آثار قانونية يرتبها على أطرافه ويلزمهم بالقيام ببعض الإلتزامات الجوهرية والأساسية للحفاظ على العقد وعدم الإضرار بأحد المتعاقدين الغير، ومن بين الإلتزامات الرئيسية إلتزام المدين بالإخطار وهو إجراء يمليه الواقع التجاري الدولي والنصوص القانونية تجاه الدائن بإعلامه بالظرف الطارئ ودرجة خطورته ومدته في المقابل يقع على الدائن إلتزام أساسي وهو الإلتزام بتخفيف الضرر حتى لا يزيد في إرهاب المدين وتحمله خسارة كبيرة مراعاة لمصلحة الطرفين.

الختامة

## خاتمة

خَلَّصَت الدراسة في موضوع بحثنا المتعلق بأثر تغيير الظروف على تنفيذ عقود التجارة الدولية إلى بعض النتائج والتوصيات بعد تسليط الضوء على واقع عقود التجارة الدولية ومعاملاتها وحاجات المتعاملين الاقتصاديين والتجاربيين ومتطلباتهم في مسألة الظروف الطارئة القوة القاهرة، وأثرهما على تنفيذ الالتزامات بهدف تحقيق مصالح الأطراف واستقرار المعاملات التجارية المعاملات التجارية وبالتالي تحقيق مصالح التجارة الدولية، بالإضافة إلى بعض التوصيات والمقترحات كحلول أو آليات لتذليل الصعوبات والإشكالات التي تواجهها عقود التجارة الدولية.

### نتائج الدراسة:

- إن مسألة تغيير الظروف في التجارة الدولية عرفت تطوُّراً ملحوظاً تماشياً مع مقتضيات التجارة الدولية فانقلت من المفهوم التقليدي المعروف في القوانين الداخلية كنظرية القوة القاهرة والظروف الطارئة إلى مفهوم جديد وهو شرط إعادة التفاوض عند إخلال التوازن العقدي فيؤدي إلى تعديل الالتزامات والحفاظ على العقد واستقراره وتنفيذه بدل من فسخه.
- إنَّ مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة والعقد شريعة المتعاقدين ساهما بشكل كبير في التوجه من المفهوم الجامد الضيق للقوة القاهرة والظروف الطارئة إلى المفهوم المرن والواسع الذي يستوعب واقع عقود التجارة الدولية وخصوصيتها أصبح للإرادة دور في اختيار شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة أو الظروف الطارئة بما يتناسب اتفاق الأطراف تحقيق مصالحهم واستبعاد ما يمس بالعقد وتنفيذه.
- إنَّ معالجة مسألة تغيير ظروف في عقود التجارة الدولية وتطبيق نظرية شرط إعادة التفاوض يرجع إلى العامل الاقتصادي، فالأنظمة القانونية التي تعرف عدم استقرار في نظامها الاقتصادي، بشكل عام تبدي قدراً من المرونة في تعاملها مع مسألة تغيير الظروف واختلال التوازن العقدي على غرار الأنظمة القانونية التي تعرف استقرار في النظام الاقتصادي.

- إن نظام شرط إعادة التفاوض يدرجه الأطراف في عقود التجارة الدولية يهدف من خلاله إلى تعديل شروط العقد وبنوده عندما تقع أحداث معينة تؤدي إلى خلل في التوازن العقدي.
- إن نظام شرط إعادة التفاوض في واقع عقود التجارة الدولية يجسد نظرية القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة في القوانين الداخلية بفكرة مستقلة عنهما وبما يتماشى مع واقع التجارة الدولية ومقتضياتها.
- يقترب شرط إعادة التفاوض مع القوة القاهرة من حيث توافر شروط قيام هنا الشرط مع شروط تحقق القوة القاهرة، وكذلك إعمال القوة القاهرة يؤدي إلى وقف العقد، ولكن هناك اختلاف ففي شرط إعادة التفاوض بعد زوال المانع وعودة العقد إلى التنفيذ يؤدي إلى إعمال شروط جديدة، أما في حالة القوة القاهرة بعد زوال المانع يؤدي إلى تنفيذ العقد الأصلي وكذلك يقترب هذا الشرط مع نظرية الظروف الطارئة في درجة تأثير كل منهما في إحداث اختلال التوازن العقدي والمالي على نحو يؤدي إلى ضرر فادح وجسيم ومرهق لأحدهما أو كليهما.
- إن مفهوم القوة القاهرة الذي يؤدي إلى استحالة التنفيذ استحالة مطلقة يترتب عليه فسخ العقد بقوة القانون وانتفاء مسؤولية المدين، لم يعد له نفس المفهوم في واقع عقود التجارة الدولية بل أصبح له مفهوم أكثر مرونة ومسايرة لعقود التجارة الدولية ومتطلباتها بداية بتخفيف شروط تحقق عناصر القوة القاهرة ثم وقف العقد مدة معينة حتى زوال المانع ثم عودة الأطراف إلى إعادة التفاوض وإدراج شروط جديدة من أجل تنفيذ العقد واستمراره مع التزام المدين بالاحطار والتزام الدائن بتخفيف حجم الضرر والخسارة.

المقترحات:

- ضرورة تحديد الاسباب والظروف التي يواجهها شرط إعادة التفاوض بشكل دقيق بالاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص في هذا المجال لتجنب العديد من الصعوبات والاشكاليات عدم دقة عدم وضوح شرط إعادة التفاوض.
- ضرورة تحديد شروط تطبيق نظام الوقف بعد حصول المانع أو الظرف الطارئ خاصة مدّة الوقف والتزامات الأطراف لا سيما المتعلقة بالحفاظ على العقد واستئنافه بعد زوال المانع وكيفية تنفيذ الشروط الجديدة.
- الاتفاق على الجزاء المقرر في حالة مخالفة الالتزام ومصير العقد بعد انتهاء مدة الوقف، وإضافة مدّة الوقف إلى المدة المتبقية لتنفيذ العقد.
- ضرورة اتفاق الأطراف على احترام مبدأ حسن النية فهو الضامن في مرحلة إعادة التفاوض كالالتزام بإعلام والسرية والتعاون والابتعاد عما يمس بهذا المبدأ أو يسلك سلوكات تتنافى معه.
- ضرورة إتفاق الأطراف على تحديد سلطة المحكم في حالة اللجوء إلى التحكيم خاصة في مسألة معالجة تغير الظروف والآلية المتفق عليها سواء باختيار شرط إعادة التفاوض أو المفهوم الواسع للقوة القاهرة وعدم السكوت عن ذلك، وفي حالة العكس يعود للمحكم سلطة إختيار آلية معالجة تغير الظروف بما لا يتناسب مع إرادتهم وبالتالي عدم تحقق مصالح الأطراف والإضرار بها.
- نقترح في مسألة تسوية المنازعات التي تثار بسبب القوة القاهرة إتفاق الأطراف صراحة إما في عقد إعادة التفاوض او في عقد لاحق على الجهة التي تتولى مهمة فض المنازعات سواء كانت هيئة تحكيمية أو وساطة أو خبرة، أو صلح وتحديد صلاحيتها.
- نقترح كذلك في مسألة الالتزامات التي يفرضها وقف العقد على الدائن الالتزام بتخفيف الضرر حتى لا يتعرض لخسارة كبيرة ولا يزيد في إرهاق المدين، وعليه يجب تحديد هذا الالتزام بدقة عند إعادة

التفاوض بتحديد الجزاءات الواجب فرضها على الدائن في حالة عدم تنفيذ الالتزام، فمبدأ تخفيف الضرر من المبادئ الهامة التي أرساها قضاء التحكيم التجاري الدولي.

- نقترح حاجات التجارة الدولية إبعاد العقد عن القوانين الداخلية التي لا تتماشى مع مقتضيات للتجارة الدولية ومتطلباتها ومحاولة تحريرها من قيود سلطان القانون إلى قواعد وأعراف وعادات التجارة الدولية وفي الأخير فالتجارة الدولية لا تعرف أحسن الشروط لنموها إلا عندما لا تتحمل قيود تباين أو اختلاف التشريعات.

قائمة

المصادر و

المراجع

قائمة المصادر والمراجع

I. قائمة المصادر:

أولاً: المعاجم:

1. ابن منصور محمد بن مكرم الافريقي المصري، لسان العرب دار صادر بيروت، طبعة 1، الجزء 7.

ثانياً : النصوص القانونية

- النصوص القانونية الوطنية

1. الأمر 58/75 مؤرخ في 1975/09/26 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ج ر عدد 78.

2. القانون 09/08 ، المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر عدد 21 ، لسنة 2008.

- النصوص القانونية الدولية

1. إتفاقية الامم المتحدة الخاصة بنقل البضائع بحرا قواعد هامبورج، الصادرة سنة 1978.

2. الإتفاقية الخاصة بالعمليات النقل الدولي بالسكك الحديدية، المؤرخة في 9 ماي 1980.

3. إتفاقية فيينا الصادرة في سنة 1980، المتعلقة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع.

4. إتفاقية فيينا رقم 66/02 المؤرخة في 1966/12/05، المتعلقة بقانون المعاهدات المعتمدة من قبل الأمم المتحدة بشأن قانون المعاهدات الذي عقد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة.

5. إتفاقية لاهاي للقانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية، المبرمة في 1964/07/01.

6. إتفاقية معهد روما بشأن العقود والتجارة الدولية (اليونيدرا) 1994.

7. قانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة،

ملحق رقم (2) بصيغته التي اعتمدها لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 21 جوان 1985.

II. قائمة المراجع:

أولا : الكتب باللغة العربية

1. إبراهيم درويش، نظرية الظروف الاستثنائية محلية إدارة قضايا الحكومة، دار النهضة العربية، القاهرة.
2. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والاجباري منشأة المعارف، الإسكندرية، 1978.
3. أحمد السعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية للبيع الدولي للبضائع، المكتبة العصرية، الأردن، 2008.
4. أحمد عبد الكريم سلامة، العقد الدولي الطليق في القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
5. أحمد محمود حسني، النقل الدولي البحري للبضائع، معاهدة هامبورج، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1978.
6. أسماء مدحت سامي، الاعفاء من المسؤولية في إتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع فيينا، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2006.
7. إلياس ناصيف، العقود الدولية، عقد البوت B.O.T في القانون المقارن، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.
8. بشار محمد الاسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار النهضة، القاهرة.
9. جاد الله عبد الحفيظ عوض، الشروط التجارية الدولية المعتمدة من قبل غرفة التجارة الدولية، دار الثورة للطباعة والنشر، بنغازي ليبيا، 1996.
10. جعفر الفضلي، الالتزام بالنصيحة والسلامة والحذر في عقد المقاول، دراسة تحليلية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.
11. جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، الجزء الأول، مطبعة فؤاد الأول.
12. حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، تقرير مقدم لندوة الانظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الاعمال الدولي، القاهرة، 1993.
13. \_\_\_\_\_، مصادر الالتزام الإرادية، دار النهضة العربية، مصر، 1991-1992.
14. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، مطبعة مصر، 1949.
15. خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا، 1980 مكتبة الإشعاع الفني، الإسكندرية، 2008.

16. رشوان محمد رشوان، إثر الظروف الطارئة على القوة الملزمة للعقد، دار الهاني للطباعة والنشر، القاهرة، 1994.
17. رشيد مأمون، العلاقة السببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، مصر.
18. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية -دراسة مقارنة، ط2، دار الفكر العربية القاهرة، الطبعة الثالثة، مصر، 1975.
19. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني للالتزامات، المجلد الأول نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الرابعة.
20. صالح بن عبد الله بن عطف العربي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية مركز البحوث والدراسات الإدارية، بالمملكة العربية السعودية، سنة 1998.
21. ضياء عبد الله، الآليات القانونية في حل النزاع الدولي حول حقول النفط المشتركة (العابر للحدود مركز ادم للدفاع عن الحقوق والحريات، بغداد.
22. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005 .
23. طيب قبايلي وكريم تعديلت، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بلقيس، الجزائر.
24. عادل جبيري محمد حبيب، المفهوم القانوني للرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبئ مسؤولية المدنية، دراسة مقارنة دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
25. عادل محمد خير، عقود البيع الدولي للبضائع من خلال اتفاقية فيينا، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
26. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن تعدد الاشياء في مبادئها القانونية والعلمية، منشورات عويدات، بيروت، 1980.
27. \_\_\_\_\_، عنصر الثبات وعمل التغيير في العقد المدني، بيروت، 1999.
28. عبد الحكم فودة، آثار الظرف الطارئ والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999.
29. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام الجزء الثاني، مطبعة النهضة، مصر.
30. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في الشرح القانوني المدني نظرية الالتزام بوجه مصادر الالتزام، المجلد الأول، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر.
31. \_\_\_\_\_، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، جزء الأول، دار النهضة العربية، مصر ، ط 3.
32. \_\_\_\_\_، الوسيط، الجزء الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الثاني، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر.

33. عبد المنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
34. العربي بلحاج النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية، طبعة 5.
35. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية، طبعة 6.
36. عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية النظرية المعاصرة، دار هوم، الجزائر، 2007.
37. عوني محمد الفخري، إرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية منشورات دار الحقوق، بغداد، 2012.
38. محسن شفيق، الجديد في القواعد الدولية الخاصة بنقل البضائع من البحر، هامبورج 11 مارس 1978، دار النهضة العربية، مصر.
39. \_\_\_\_\_ ، نظرية الحرب كقوة قاهرة وأثرها في عقد البيع التجاري، مجله القانون والاقتصاد، القاهرة، 1940.
40. محمد الشلقاني، مبادئ العقود التجارية الدولية روما Unidroit الاعداد والترجمة العربية، مكتب الشلقاني للاستشارات القانونية والمحاماة، 1994.
41. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006.
42. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1992.
43. محمد علي جواد، العقود الدولية العقود الدولية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن.
44. محمد فياض، المعاصر في القوانين التجارية الدولية، الورق للنشر والتوزيع، الأردن.
45. محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقهاء الاسلامي، دراسة مقارنة، دار الجامعة، الإسكندرية، مصر، 2007.
46. محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دار الجيب، الأردن، الطبعة الثانية.
47. محمود جمال الدين تركي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، الجزء الأول مصادر الالتزام، جامعة القاهرة، الطبعة الثانية، 1986.
48. محمود سمير الشرقاوي، عقود التجارة الدولية-دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع-، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، مصر.
49. \_\_\_\_\_ ، العقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 2، 2002.
50. مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1995.

51. ناجي عبد المؤمن، عقود التجارة الدولية طويلة المدة، حدود مبدأ القوة اللازمة للعقد، جامعة عين شمس 1994.
52. نداء كاظم محمد مولى، الآثار القانونية لعقود نقل التكنولوجيا، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2003.
53. وفاء حلبي ابو جميل، الالتزام بالتعاون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

### ثانياً: الكتب باللغة الفرنسية

1. TERKI Noureddine, l'imprévision et le contrat international dans le Code civil algérien, 1982.

### III. الرسائل العلمية:

#### أولاً: أطروحات دكتوراه

1. حمزة أحمد الحداد، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1975.
2. حسبو الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه جامعة الإسكندرية، 1979.
3. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة إختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1988.
4. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1994.
5. خالد جمال أحمد حسن، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996.
6. عبد الحميد بن شنتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعه الجزائر، 1997.
7. شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2002.
8. نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة في التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، فلسطين، 2003.

9. محمد بو كماش، سلطه القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، أطروحة دكتوراه تخصص شريعة وقانون كلية العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية 2012/2011.
10. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة.

### ثانيا: رسائل ماجستير

1. زروتي الطيب، دفع بالمسؤولية العقدية بالقوة القاهرة، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والمصري والفرنسي، رسالة الماجستير، جامعة الجزائر، سنة 1978.
2. نصيرة بوجمعة السعدي، عقد نقل التكنولوجيا في مجال التبادل التجاري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1992.
3. عواق صليحة، تكييف العقود الدولية مع تغير الظروف، رسالة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 1998.
4. مروك أحمد، معالجة أثر الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2008.

### IV. المقالات:

1. جمال فخر النكاس، العقود والاتفاقيات المحددة للتعاقد، مجلة الحقوق الكويتية، الكويت، 1996.
2. خالد علي سليمان بن أحمد، الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة، دراسة مقارنة بين الفقه والقانون الوضعي، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، الأردن، العدد الثاني، 2006.
3. قادري عبد العزيز، دراسة في العقود الدولية المبرمة بين الدول ورعايا الدول الأخرى في مجال الاستثمارات الدولية مجلة الإدارة الصادرة عن مدرسة الوطنية للإدارة الجزائر، مجلد السابع، العدد الأول، سنة 1997.
4. محمد شتا أبو السعد، مفهوم القوة القاهرة، مجلة مصر المعاصرة، السنة 1983، العدد 74.
5. محمد عبد الجواد، شرط الارهاق في تطبيق الظروف الطارئة، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد، العدد الرابع، سنة 1963.

# فهرس المحتويات

البسمة

شكر وتقدير

إهداء

مقدمة:.....أ

الباب الأول: الإطار القانوني لعقود التجارة الدولية

الفصل الأول: ماهية عقود التجارة الدولية ومعايير دوليتها

المبحث الأول: مفهوم عقود التجارة الدولية ..... 10

المطلب الأول: تعريف عقود التجارة الدولية ..... 11

المطلب الثاني: تمييز عقود التجارة الدولية عن بعض النظم المشابه له ..... 12

المطلب الثالث: توحيد النظام القانوني في عقود التجارة الدولية ..... 13

المطلب الرابع: معايير دولية عقود التجارة الدولية ..... 16

المبحث الثاني: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في عقود التجارة الدولية ..... 25

المطلب الأول: سمو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ..... 25

المطلب الثاني: تراجع مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ..... 32

34 ..... خلاصة الفصل:

الفصل الثاني: القيود على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

المبحث الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة ..... 37

المطلب الأول: تعريف الظروف الطارئة ..... 37

المطلب الثاني: شروط نظرية الظروف الطارئة ..... 45

المطلب الثالث: التغيرات الطارئة على التوازن المالي والاقتصادي للعقد التجاري الدولي ..... 52

المبحث الثاني : مفهوم نظرية القوة القاهرة ..... 54

المطلب الأول: التعريف التشريعي للقوة القاهرة ..... 54

56	المطلب الثاني: التعريف القضائي للقوة القاهرة
58	المطلب الثالث: التعريف الفقهي للقوة القاهرة
59	المطلب الرابع: تعريف القوة القاهرة في الاتفاقيات الدولية
61	المطلب الخامس : مقارنة بين القوة القاهرة والظروف الطارئة
66	خلاصة الفصل:

## الباب الثاني: آثار المترتبة عن تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

### الفصل الأول: مبدأ الحفاظ على العقد

71	المبحث الأول: نظام وقف تنفيذ العقد
72	المطلب الأول: أساس نظام وقف العقد
79	المطلب الثاني: حالات وقف العقد
82	المطلب الثالث: آثار وقف تنفيذ العقد
84	المطلب الرابع: انقضاء الوقف
87	المبحث الثاني: نظام شرط إعادة التفاوض
88	المطلب الأول: مفهوم شرط إعادة التفاوض
91	المطلب الثاني: شروط تطبيق شرط إعادة التفاوض
106	المطلب الثالث: مضمون التزام الاطراف بإعادة التفاوض بحسن نية
116	المطلب الرابع: تطبيقات مبدأ حسن النية في مرحلة إعادة التفاوض
133	خلاصة الفصل:

### الفصل الثاني: الالتزامات المترتبة عن حالة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية

135	المبحث الأول: الالتزام بتخفيف الضرر
136	المطلب الأول: مصادر الالتزام بتخفيف الضرر
142	المطلب الثاني: الاجراءات الازمة لتخفيف الضرر
146	المبحث الثاني: الالتزام بالإخطار
146	المطلب الأول: أساس الالتزام بالإخطار

150.....	المطلب الثاني: الجوانب الشكفية للالتزام بالإخطار
155.....	المطلب الثالث: مضمون الالتزام بالإخطار وجزاء الاخلال به
160 .....	خلاصة الفصل:
162.....	خاتمة
167.....	قائمة المصادر والمراجع
<b>I</b> .....	فهرس المحتويات
115 .....	قائمة الملاحق
101 .....	ملخص الدراسة:

قائمة

الملاحق

قائمة الملاحق

الملحق رقم (1): المبادئ العامة لعقود والتجارة الدولية (اليونيدروا)

مادة 6-2-1

(احترام العقد)

عندما يصبح تنفيذ العقد أكثر كلفة بالنسبة لأحد الأطراف، يظل هذا الطرف، ملتزماً بتنفيذ التزاماته وفقاً للأحكام الواردة أدناه في شأن الظروف الشاقة.

مادة 6-2-2

(تعريف 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 أحد الأطراف، ويتعين توافر ما يلي:

(أ) أن تقع هذه الأحداث، أو يعلم بها الطرف الذي تعرض لها، بعد إبرام العقد.

(ب) أن لا يمكن أخذ هذه الأحداث في الحسبان بصورة معقولة من قبل الطرف الذي تعرض لها، عند إبرام العقد.

(ج) أن تكون هذه الأحداث خارجة عن سيطرة الطرف الذي تعرض لها.

(د) أن لا يكون الطرف الذي تعرض لهذه الأحداث قد تحمل بخطر وقوع هذه الظروف.

مادة 6-2-3

(أثار الظروف الشاقة)

- 1) في حالة الظروف الشاقة، يحق للطرف الذي تعرض لها طلب إعادة التفاوض. ويتعين توجيه هذا الطلب مسبقاً دون تأخير غير مبرر.
- 2) لا يخول طلب إعادة التفاوض، في حد ذاته، للطرف المضرور من الظروف الشاق الحق في الامتناع عن التنفيذ.
- 3) إذا لم يتم التوصل إلى اتفاق خلال مدة معقولة، فيحق لأي من الطرفين اللجوء إلى القضاء.

- (3) يجوز للطرف الدائن في حالة التأخر غير الجوهرى في التنفيذ، أن يوجه إخطاراً يسمح فيه بمدة إضافية معقولة، ويجوز له فسخ العقد عند انقضاء هذه المدة. فإذا كانت المدة الإضافية المسموح بها غير معقولة فتمتد لمدة معقولة. ويجوز للدائن أن يضمن إخطاره ما يفيد أن عدم تنفيذ الالتزامات خلال المدة الممنوحة بموجب الإخطار يترتب عليه اعتبار العقد منتهياً بقوة القانون.
- (4) لا تنطبق الفقرة (3) إذا كان الالتزام غير المنفذ ثانوي الأهمية بالنسبة لمجموع التزامات المدين.

مادة 6-1-7

(بنود الإعفاء من المسؤولية)

لا يجوز التمسك بالبند الذي يحد من مسؤولية أحد الأطراف عن عدم التنفيذ أو أن يستبعد هذه المسؤولية أو يسمح لأحد الأطراف بأن يقدم تنفيذاً يختلف اختلافاً جوهرياً عما كان من المعقول أن يتوقعه الطرف الآخر إذا ما كان التمسك بذلك البند شديد الإجحاف بالنظر إلى الغرض من التعاقد.

مادة 7-1-7

(القوة القاهرة)

- (1) 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 تقاديه أو تجاوزه نتاجه.
- (2) إذا كان الحادث مؤقتاً فحسب، فيظل الإعفاء منتجاً لأثره خلال مدة معقولة يراعى فيها أثر الحادث على تنفيذ العقد.

- 3) يلتزم المدين بأن يخطر الدائن بوجود الحادث ونتائجه على قدرته على التنفيذ. فإذا لم يتسلم 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.
- 4) ليس في هذه المادة ما يمنع أي طرف من ممارسة الحق في إنهاء العقد أو التوقف عن التنفيذ أو المطالبة بفوائد عن المبالغ المستحقة.

المبحث الثاني : الحق في التنفيذ

مادة 1-2-7

(تنفيذ التزام نقدي)

في الأحوال التي لا يسدد فيها المدين ديناً متمثلاً في مبلغ نقدي، فيجوز للدائن مطالبته بالسداد.

مادة 2-2-7

(تنفيذ التزام غير نقدي)

في الأحوال التي يلتزم فيها المدين بالالتزام غير نقدي ولا ينفذه، يجوز للدائن أن يطالب بالتنفيذ ما لم يكن:

أ) التنفيذ مستحيلاً من الناحية القانونية أو الواقعية،

## الملحق رقم (2): إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع.

اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع

8

## المادة ٢٢

يجوز سحبُ القبول إذا وصل طلبُ السحب إلى الموجب قبل الوقت الذي يحدث فيه القبولُ أثره أو في نفس الوقت.

## المادة ٢٣

ينعقد العقدُ في اللحظة التي يحدث فيها قبولُ الإيجاب أثره وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية.

## المادة ٢٤

في حكم هذا الجزء من الاتفاقية، يُعتبر الإيجاب أو الإعلان عن قبول أو أيّ تعبير آخر عن القصد قد "وصل" إلى المخاطب عند إبلاغه شفويًا أو تسليمه إليه شخصياً بأيّ وسيلة أخرى أو تسليمه في مكان عمله أو في عنوانه البريدي، أو لدى تسليمه في مكان سكنه المعتاد إذا لم يكن له مكان عمل أو عنوان بريدي.

## الجزء الثالث - بيع البضائع

## الفصل الأول - أحكام عامة

## المادة ٢٥\*

تكون مخالفة العقد من جانب أحد الطرفين مخالفةً جوهرية إذا تسببت في إلحاق ضرر بالطرف الآخر من شأنه أن يحرّمه بشكل أساسي مما كان يحقُّ له أن يتوقّع الحصول عليه بموجب العقد، إلا إذا لم يكن الطرفُ المخالفُ يتوقّع مثل هذه النتيجة ولم يكن أيّ شخص سويّ الإدراك من نفس الصلة يتوقّع مثل هذه النتيجة في نفس الظروف.

## المادة ٢٦

لا يحدث إعلانُ فسخ العقد أثره إلا إذا تم بواسطة إخطار موجه إلى الطرف الآخر.

\* المادة ٢٥ من النص العربي ذي الحجية مُستسخة من الصيغة المُصوّبة الواردة في إشعار الوديع. C.N.862.1998. Treaties-5 المؤرخ ١٩ شباط/فبراير ١٩٩٩.

## الفرع الثالث- الجزاءات التي تترتب على مخالفة المشتري للعقد

## المادة ٦١

- (١) إذا لم يُنفذ المشتري التزاماً مما يربّته عليه العقد أو هذه الاتفاقية، جاز للبائع:
- (أ) أن يستعمل الحقوق المقررة في المواد ٦٢ إلى ٦٥؛
- (ب) أن يطلب التعويضات المنصوص عليها في المواد ٧٤ إلى ٧٧.
- (٢) لا يفقد البائع حقه في طلب التعويضات إذا استعمل حقاً من حقوقه الأخرى في الرجوع على المشتري.
- (٣) لا يجوز للقاضي أو للمحكم أن يمنح المشتري أي مهلة لتنفيذ التزاماته عندما يتمسك البائع بأحد الجزاءات المقررة في حالة مخالفة المشتري للعقد.

## المادة ٦٢

- يجوز للبائع أن يطلب من المشتري دفع الثمن أو استلام البضائع أو تنفيذ التزاماته الأخرى، إلا إذا كان البائع قد استعمل حقاً يتعارض مع هذا الطلب.

## المادة ٦٣

- (١) يجوز للبائع أن يحدّد للمشتري فترة إضافية تكون مدتها معقولة لتنفيذ التزاماته.
- (٢) فيما عدا الحالات التي يتلقّى فيها البائع إخطاراً من المشتري بأنه لن ينفذ التزاماته في الفترة الإضافية المحددة، لا يجوز للبائع قبل انقضاء هذه الفترة أن يستعمل أي حق من الحقوق المقررة له في حالة مخالفة العقد. غير أنّ البائع لا يفقد بسبب ذلك حقه في طلب تعويضات عن التأخير في التنفيذ.

## المادة ٦٤

- (١) يجوز للبائع فسخ العقد:
- (أ) إذا كان عدم تنفيذ المشتري لالتزام من الالتزامات التي يربّتها عليه العقد أو هذه الاتفاقية يشكل مخالفة جوهرية للعقد؛ أو

بين السعر المحدد في العقد والسعر الجاري وقت فسخ العقد وكذلك التعويضات الأخرى المستحقة بموجب المادة ٧٤. ومع ذلك، إذا كان الطرف الذي يطلب التعويض قد فسخ العقد بعد تسلمه البضائع، يُطبَّق السَّعرُ الجاري وقتَ تسلم البضائع بدلاً من السَّعر الجاري وقتَ فسخ العقد.

(٢) لأغراض الفقرة السابقة، فإنَّ السَّعرَ الجاري هو السَّعرُ السائدُ في المكان الذي كان ينبغي أن يتم فيه تسليم البضائع أو، إذا لم يكن ثمة سعر سائد في ذلك المكان، فالسَّعر في مكان آخر يُعدُّ بديلاً معقولاً، مع مراعاة الفروق في تكلفة نقل البضائع.

#### المادة ٧٧

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

### الفرع الثالث - الفائدة

#### المادة ٧٨

إذا لم يدفع أحد الطرفين الثمن أو أي مبلغ آخر متأخر عليه، يحق للطرف الآخر تقاضي فوائد عليه، وذلك مع عدم الإخلال بطلب التعويضات المستحقة بموجب المادة ٧٤.

### الفرع الرابع - الإعفاءات

#### المادة ٧٩

(١) لا يُسأل 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.

(٢) إذا كان عدم تنفيذ أحد الطرفين نتيجة لعدم تنفيذ الغير الذي عهد إليه بتنفيذ العقد كلاً أو جزءاً فإن ذلك الطرف لا يُعفى من التبعة إلا إذا:

- (أ) أُعْفِيَ منها بموجب الفقرة السابقة؛
- (ب) كان الغير سِعْفَى من المسؤولية فيما لو طُبِّقَتْ عليه أحكامُ الفقرة المذكورة.
- (٣) يُحْدِثُ الإعفاءُ المنصوصُ عليه في هذه المادة أثرَه خلال المدة التي يبقى فيها العائق قائماً.
- (٤) يجب على الطرف الذي لم ينفذ التزاماته أن يوجّه 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 ينفذ التزاماته قد عَلِمَ بالعائق أو كان من واجبه أن يعلم به فعندئذ يكون مسؤولاً عن التعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم استلام الإخطار المذكور.
- (٥) ليس في هذه المادة ما يمنع أحدَ الطرفين من استعمال أي من حقوقه الأخرى بخلاف طلب التعويضات وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية.

## المادة ٨٠

لا يجوزُ لأحد الطرفين أن يتمسك بعدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته في حدود ما يكونُ عدمُ التنفيذ بسبب فعلٍ أو إهمالٍ من جانب الطرف الأول.

## الفرع الخامس - آثار الفسخ

## المادة ٨١

- (١) يفسخ العقدُ يصبح الطرفان في حلٍّ من الالتزامات التي يترتبها عليهما العقد، مع عدم الإخلال بأي تعويض مُستحقٍّ. ولا يؤثرُ الفسخُ على أي من شروط العقد المتعلقة بتسوية المنازعات أو أي من أحكامه الأخرى التي تُنظّم حقوقَ الطرفين والتزاماتهما المترتبة على فسخ العقد.
- (٢) يجوزُ لأي طرف قام بتنفيذ العقد كلاً أو جزءاً أن يطلبَ استرداد ما كان قد ورّده أو دفعه إلى الطرف الآخر بموجب العقد. وإذا كان كل من الطرفين مُلزماً بالردِّ ووجب عليهما تنفيذُ هذا الالتزام في وقت واحد.

## المادة ٨٢

- (١) يفقّد المشتري حقه في أن يعلن فسخَ العقد أو أن يطلبَ من البائع تسليمَ بضائعٍ بديلةٍ إذا استحال على المشتري أن يُعيدَ البضائع بحالة تطابق، إلى حدِّ كبير، الحالة التي تسلّمها بها.

## ملخص الدراسة:

### باللغة العربية:

إنّ عقود التجارة الدولية آلية للتبادل التجاري وتداول الثروات وتحقيق المصالح بين أشخاص القانون التجاري الدولي عرفت تطوّر كبير في إبرام العقود وتنفيذها وسرعة في تسوية منازعاتها وتجسيد لفكرة السرعة و الإئتمان فإذا حدثت أسباب وظروف مهما كانت نوعها وشكلها خارجة عن إرادة المتعاقدين سواء كانت سياسية أو أمنية الاقتصادية أو قانونية أو حتى صحّية ، تؤدي إلى إرهاب أحد المتعاقدين أو تهدده بخسارة فادحة، وجب تدخل قواعد القانون التجاري للدول وأعرافه وعاداته للحفاظ على العقد وبقائه عن طريق آلية شرط إعادة التفاوض تحقيق وإستجابة لحاجات التجارة الدولية ومتطلباتها.

### باللغة الإنجليزية:

International trade contracts are a mechanism for commercial exchange, circulation of wealth and realization of interests between persons of international commercial law. It has witnessed a great development in the conclusion and implementation of contracts, speed in settling disputes and the embodiment of the idea of speed and credit. If reasons and circumstances of whatever kind and form occur, they are beyond the control of retirees, whether they are political or economic security. Or legal or even healthy, that leads to exhaustion of one of the contracting parties or threatens him with a heavy loss. The rules, customs and customs of the countries' commercial law must be intervened to preserve the contract and its survival through the mechanism of the renegotiation clause to achieve and respond to the needs and requirements of international trade.