جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون أعمال

من تقديم الطالب(ة):

نور الوجود لعكيكزة.

أمال مزجري.

تحت إشراف:

حنان رميتة.

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
جمال العايب	أستاذ مساعد	رئيسا
حنان رميتة	أستاذة مساعدة	مشرفا ومقررا
كوثر قنطار	أستاذة مساعدة	مناقشا

دورة: 2020/2019.

الشكر و العرفان

بعد بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين

محمد صلى الله عليه وسلم، نحمد الله رب العالمين له عظيم الشكر والإمتنان الأول والآخر والظاهر والباطن العالم الخير الذي أتانا من العلم ما لم نكن نعلم، والذي أعاننا على إنجاز هذا العمل.

نتقدم بجزيل الشكر والإمتنان إلى الأستاذة المشرفة "رميتة حنان" بكلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة 20 أوث 1955 سكيكدة، التي أفادتنا بنصائحها وتوجيهاتها القيمة طيلة مدة إعدادنا لهذه المذكرة، مع فائق المحبة والإحترام والتقدير متمنين لكي التوفيق في مسارك العلمي الذي إنتهجته.

كما نتوجه بالشكر إلى الأستاذ "العايب جمال" لقبوله أن يكون رئيسا للجنة المناقشة لهذه المذكرة وإلى الأستاذة "قنطار كوثر" التي تشرفنا أن تكون عضو مناقش كما نتوجه بجزيل الشكر إلى كل أساتذتنا الذين لهم الفضل على ما قدموه من عطاء ليكون نورا نسير فيه على خطى النجاح.

الإهداء

اللهم لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك، لك الحمد حتى ترضي ولك الحمد إذا رضيت ولك الحمد بعد الرضا، أشكرك يا ربي على توفيقي لأتمم هذا العمل

إلى أبي منبر دربي وتاج رأسي إلى من علمني العطاء بدون إنتظار أطال الله في عمره

إلى أمي التي تسعد لسعادتي ومن كان دعاؤها مصباحا أنار لي دروب الحياة أطال الله في عمرها

إلى فلذات كبد عائلتي والورود المحيطة بي إلى إخوتي وزوجاتهم و أخواتي وأزواجهم وكل أبنائهم وبناتهم كل بإسمه

إلى من قضيت معهم أياما جميلة مرت كمر السحاب إلى كل صديقاتي

إلى كل من أعرفهم وتعذر علي ذكرهم أقول لهم مني السلام على من لست أنساهم إن غابوا عني فالقلب مأواهم

لعكيكزة نور الوجود

الإهداء

الحمد الله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد الأنام سيدنا وحبيبنا محمد عليه أفضل الصلاة والسلام

أهدي ثمرة جهدي وجهد الأستاذة المشرفة على هذه المذكرة"رميتة حنان" إلى الوالدين الكريمين متمنية لهم العافية بإذن الله تعالى

إلى إخوتي "لطفي"، "وليد"، "سفيان"،

إلى كل زملائي في الدراسة، إلى كل من كان له الفضل في إتمام هذه المذكرة خاصة أستاذتي الجميلة التي كانت مرشدة في أصغر التفاصيل والتي أتمنى لها المزيد من التألق والنجاح إن شاء الله.

مزجري أمال

مقدمة

مقدمة :

لقد أضحت الحياة البشرية تتسم بالتعقيد في ظل التطور المتسارع والمتزايد للوسائل التكنولوجية والاقتصادية، والتي من المفتَرض أن هدفها هو تبسيط هذه الحياة، مما فرض ضرورة وتماشيا مع الأطر القانونية والخطط الإقتصادية مع هذا التطور، مما جعل العالم يشهد أزمات متتالية [1].

إذ تعدّ عقود التجارة الدولية من المواضيع البالغة الأهمية، حيث تمثل العمود الفقري للتجارة الدولية،وهي الأداة القانونية الأكثر ذيوعا لتبادل السلع والخدمات عبر الحدود، وتساهم بشكل فعال في نقل التكنولوجيا والتقنية من خلال عقود التعاون الصناعي وعقود التمويل وخلافها من عقود التجارة الدولية التي تساهم في تطور البلاد [2].

ولا جدال أنه ما دام العقد ممتدا في الزمن ،فإنه سيكون عرضة للتأثر بتغير الظروف المحيطة به فالظروف المحيطة بإبرام عقد ممتد لعشرات السنوات لا يمكن أن تبقى على حالها طوال هذه المدة ،وإذا طرأ تغير على الظروف المصاحبة لتكوين العقد فإن هذا يؤثر بلا شك على بعض عناصر العقد وتتأثر تبعا لذلك إلتزامات المتعاقدين [3].

فإعادة التفاوض يقصد به إلزام المتعاقدين بتبادل الإقتراحات التي قد تتضمن بعض التنازلات من الطرفين للتوصل إلى قرار مدروس ملزم لمتخذيه، وبهذا يجد مصدره من التنظيم الإتفاقي أي في أحد بنود العقد الذي أبرمه الطرفان ومبدأ سلطان الإرادة هو الذي

---

(1)– هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد دراسة مقارنة رسالة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015/ 2016،ص4.

(2)– يسري عوض عبد الله ،العقود التجارية الدولية مفاوضاتها إبرامها تنفيذها ،دراسة تحليلية على ضوء نظرية العقد في التشريع الإسلامي،دون جزء، دون طبعة، إصدارات مكتب اليسري للمحاماة والإستشارات،الخرطوم شارع الزبير عطيرة ،ص6 .
https://books-library.online/files/books-library.online-12051036Hc1H2.pdf

(3)–شريف محمد غنام ، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دون جزء، دون طبعة ،دون دار النشر ،دون مكان أو بلد النشر، 2010/14/31 ، ص 5 .

يحكمه، رغم أن هذا الأخير ترد عليه قيود شكلية معينة تتعلق بقبول أو عدم قبول الدخول في المفاوضات.[1]

أولا : أسباب إختيار الموضوع

ترجع أسباب إختيارنا للموضوع إلى أسباب ذاتية وأخرى موضوعية

1-الأسباب الذاتية

خاصة برغبتنا وتعلقنا لدراسة هذا الموضوع الذي يعد من الدراسات القانونية المتخصصة في مجال عقود التجارة الدولية، وكذلك لمعرفة الدور الذي يقوم به شرط إعادة التفاوض في هذا المجال .

2-الأسباب الموضوعية

عصرنة موضوع شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية كتقنية قانونية لمواجهة إختلال التوازن العقدي الذي يطرأ أثناء تنفيذ هذه العقود، وبيان الدور الفعال لهذا الشرط ، ومحاولة تمييزه عن بعض التقنيات كنظرية القوة القاهرة.

ثانيا: أهمية موضوع

1-الأهمية العلمية

رغم أن التشريعات المقارنة لم تقم بتنظيم شرط إعادة التفاوض رغم المسائل المهمة التي يطرحها والذي لم يأخذ حقه في الدراسات السابقة، فإن شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية يعد من الإلتزامات الرئيسة في هذه العقود.

(1)-أحمد مروك، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية أطروحة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، 2014/ 2015 ،ص 222.

2-الأهمية العملية

أهميته تكمن في أنه يرتبط بعقود تتطور يوما بعد يوم مما فتح المجال للأشخاص بإبرام أنواع مختلفة من العقود بعدما كانت حكرا على الدولة ، فشرط إعادة التفاوض يؤثر في إقتصاد الدول يؤدي من جهة إلى الحفاظ على هذا الشرط وإستمراره عوضا عن فسخه، ومن جهة أخرى تتحقق مصلحة أطرافه.

ثالثا :أهداف الدراسة

تتمثل فيما يلي:

- إبراز الإطار القانوني لشرط إعادة التفاوض في العقود التجارة الدولية، من خلال تحديد ماهيته وآثاره القانونية، وكيفية ترتيب المسؤولية عند الإخلال به.
- تبيان كيفية التي وجدتها القواعد الدولية لمعالجة شرط إعادة التفاوض وذلك على ضوء الإتفاقيات الدولية، وكذلك القواعد الصادرة عن بعض الهيئات الدولية المتخصصة في مجال عقود التجارة الدولية.

- توضيح موقف المشرع الجزائري من شرط إعادة التفاوض، مع البحث في مدى إمكانية تطبيق هذا الشرط على ضوء القواعد العامة في القانون المدني.

رابعا :صعوبات البحث

لا يكتمل أي بحث دون وجود بعض من الصعوبات نذكر من بينها عدم تنظيم المشرع الجزائري لشرط إعادة التفاوض مما خلق فراغ قانوني، قلة المراجع القانونية المتخصصة في هذا الموضوع ،إضافة إلى غلق المكتبات بسبب جائحة كوفيد 19 مع الصعوبة في تدفق الأنترنت الذي أدى إلى صعوبة التنسيق فيما بيننا.

خامسا: إشكالية الدراسة

يثير موضوع بحثنا العديد من التساؤلات التي تحتاج إلى إجابة،وعليه يطرح هذا الموضوع الإشكالية الآتية:

- ما المقصود بشرط إعادة التفاوض و هل يؤدي إلى إستمرار العقد أو يتوقف؟

للإجابة على هذه الإشكالية، تم الإعتماد بشكل أساسي على المنهج التحليلي والمنهج الوصفي، حيث تم توظيف المنهج التحليلي في تحليل النصوص القانونية الداخلية والقواعد الدولية المتعلقة بالموضوع، وذلك للوقوف على طريقة معالجتها لهذا الشرط، أما المنهج الوصفي فتم إعماله في توضيح مختلف المفاهيم القانونية الواردة في هذا الموضوع، وكذلك عند شرح إجراءات إعادة التفاوض في العقود التجارة الدولية.

كما إعتمدنا إستثناء فقط في بعض جزئيات البحث بالمنهج المقارن كلما تطلب منا الموضوع إجراء مقارنة بين القوانين الداخلية وحتى الدولية.

وبناء على ما سبق، تم تقسيم البحث إلى فصلين على النحو الآتي:

الفصل الأول: ماهية شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية

المبحث الأول: مفهوم شرط إعادة التفاوض

المبحث الثاني: شروط إعمال الإلتزام بإعادة التفاوض

الفصل الثاني: آثار شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية

المبحث الأول: الإلتزامات التي يفرضها شرط إعادة التفاوض في العقد التجاري الدولي.

المبحث الثاني: الإخلال بشرط إعادة التفاوض في العقود التجارة الدولية.

و ينتهي بحثنا بخاتمة تضمنت النتائج و الإقتراحات المتوصل إليها.

الفصل الأول

ماهية شرط إعادة التفاوض

الفصل الأول: ماهية شرط إعادة التفاوض

يعتبر شرط إعادة التفاوض تقنية قانونية إستحدثها متعاملوا التجارة الدولية إلى جانب نظرية القوة القاهرة ، وذلك محاولة لتعديل بعض الشروط التي تضمنها العقد بما يتماشي مع الظروف المستجدة التي قد تؤثر على إمكانية الإستمرار في تنفيذ العقد [1] ، وإنطلاقا من مبدأ سلطان الإرادة ظهرت لنا آلية تتمثل في وقف تنفيذ العقد مؤقتا لإعادة التفاوض حول تلك الشروط التي أخلت بتنفيذ العقد لضمان تحقيق العدالة التعاقدية[2].

وعليه سنتطرق في هذا الفصل إلى مفهوم شرط إعادة التفاوض في المبحث الأول وفي المبحث الثاني شروط إعمال الإلتزام بإعادة التفاوض.

المبحث الأول: مفهوم شرط إعادة التفاوض

عقود التجارة الدولية تمتاز بأنها عقود غير فورية مما قد يعرضها لظروف تجعل تنفيذها مرهقا بالنسبة لأحد أطرافها ، فقد يطرأ التغير في ثمن السلعة أو الخدمة موضوع العقد وقد ينجم عن تغير قيمة العملة سواء بالإرتفاع أو بالإنخفاض قد ينجم عن سياسة الدولة كأن تقيد أو تمنع هذه الأخيرة التراخيص الخاصة بالإستيراد والتصدير[3].

وقد تطرأ ظروف إستثنائية في فترة التنفيذ لم تكن في حسبان المتعاقدين خلال تكوين العقد الدولي ، وتأثر على حقوق والتزامات أحد طرفيه أو كلاهما فيتفقان علي إعادة التفاوض لمناقشة الظروف أو المستجدات من أجل تعديل بعض الشروط التي تضمنها العقد بما يتماشى مع الظروف المستجدة[4].

(1)– هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد دراسة مقارنة رسالة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبى بكر بلقايد، تلمسان، 2015/ 2016، ص17.

(2)– حورية جبار، الإلتزام بإعادة التفاوض بالعقود الدولية، مذكرة ماستر تخصص قانون أعمال قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس ، دفعة 2019، ص 4.

(3)–أحمد مروك، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية أطروحة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، 2014/ 2015، ص 125.

(4)–حورية جبار، مرجع سابق ص 5.

أصبح هذا الشرط يدرج حاليا في الكثير من عقود التجارة الدولية إن لم تكن جميعها ، لذلك وجب التعرض في المطلب الأول إلى ظهور شرط إعادة التفاوض وفي المطلب الثاني إلى تمييزه عما يشابهه.

المطلب الأول: ظهور شرط إعادة التفاوض

في إطار عقود التجارة الدولية إبتدع المتعاملون الإقتصاديون تقنية عقدية جديدة ضمن القواعد العامة لنظرية العقد في القوانين الداخلية ألا وهي إعادة التفاوض في العقد إلى جانب العديد من التقنيات الأخرى كشروط مراجعة الثمن أو حتي شروط القوة القاهرة ،ففكرة إعادة التفاوض فكرة قانونية حديثة وليدة الممارسات العقدية وذلك لمواجهة تغير ظروف تنفيذ العقد لتجاوز آثار هذا التغير في الظروف على توازن الأداءات العقدية[1].

فشرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية عرف منذ زمن في شكل آخر ، فالأنظمة القانونية أخذت بنظرية الظروف الطارئة مما كان له دور مهم وبارز في ظهور هذا الشرط[2].

الفرع الأول: بداية ظهور شرط إعادة التفاوض

لنظرية الظروف الطارئة أثر بارز في ظهور هذا الشرط مما نتج عنه إتجاه مؤيد ومعارض لها.

أولا: دور نظرية الظروف الطارئة في ظهور شرط إعادة التفاوض

نظرية الظروف الطارئة التي تعرف بـ La théorie de l'imprévision نقطة إختلاف كبير بين القوانين الوطنية فمنها من أخذت بها ومنها من لم تأخذ بها[3].

(1)–هني عبد اللطيف مرجع سابق، ص4-ص5.

(2)–أحمد مروك مرجع سابق ص 126.

(3)–المرجع نفسه، ص128.

1-الإتجاه المؤيد لنظرية الظروف الطارئة

هذا الإتجاه الذي يعترف بنظرية الظروف الطارئة يسمح بمراجعة شروط العقد عند حدوث تغير غير متوقع في الظروف المحيطة بالعقد والتي تجعل تنفيذه مرهقا ويسبب للمدين خسارة فادحة في حالة إستمراره في تنفيذ العقد، في هذا الإتجاه يمكن للمدين أن يطلب من القاضي وبعد الموازنة بين الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق الذي يثقل كاهل المدين إلي الحد المعقول، فمن جهة هناك دول أخذت بنظرية الظروف الطارئة في النص القانوني كالقانون المصري في تقنينه المدني الصادر سنة 1984 في المادة 147 فقرة 2 و التي تنص على: "ومع ذلك إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك"[1].

وكذلك الأمر بالنسبة للقانون المدني الجزائري في المادة 107 فقرة 3: "غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وتترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي، تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"[2].

وحدى حذو القانون المدني المصري في المادة 147 فقرة 2 مجموعة من القوانين كالقانوني المدني السوري مادة 148 فقرة 2 والقانون المدني الليبي مادة 147 فقرة 2، وكذلك القانون المدني العراقي مادة 146 فقرة 2.

نلاحظ أن صياغة المادة السابقة هي نفسها بين جميع القوانين.

من جهة أخرى كان القانون المدني الألماني سابقا يأخذ بنظرية الظروف الطارئة إلا أنه في سنة 1900 م يأخذ بها[3]، في مرحلة لاحقة أصبح القضاء الألماني يطبق أحكام

(1)- أحمد مروك، المرجع السابق، ص129

(2)- المرجع نفسه، ص129.

(3)- المرجع نفسه، ص130.

نظرية الظروف الطارئة من خلال فكرة الإستحالة وحسن النية في تفسير وتنفيذه للعقد، وبهذا يسمح القضاء الألماني بتعديل العقد عند حدوث حادث يؤدي إلى إختلال كبير في توازنه[1]، لكن توصل الفقه والقضاء الألماني إلى فصل نظرية الظروف الطارئة عن مبرراتها حسن النية، العدالة، التوازن العقدي، ونحوها والإعتماد على مبدأ إختفاء الأساس التعاقدي عند التغير الجذري في الظروف العقدية، أي في حالة أدي الحادث لإختفاء الأساس التعاقدي للعقد الذي قصده الأطراف في البداية فالجزاء المترتب هو فسخ العقد[2].

القانون الإنجليزي أخذ بنفس إتجاه القانون الألماني فعمل الفقه إلى تلطيف نظرية إنهيار العقد التي تلزم كل طرف في العقد بأن ينفذ كامل إلتزاماته التعاقدية للعقد دون أن تسمح بإيجاد أي إستثناء من أجل التخفيف من حدتها إذا ما طرأت ظروف ما أثناء مرحلة التنفيذ، وللتخفيف من وطأة هذا المبدأ إبتدع نظريتين نظرية الإستحالة المادية ونظرية إستحالة الهدف رغم وجود هذه النظريات لم تسمح للقاضي بأن يتدخل لمراجعة العقد إذا تغيرت ظروف تنفيذه فنتائج نظرية إنهيار العقد في القانون الإنجليزي تختلف عن نتائج نظرية الظروف الطارئة في القانون الجزائريٍ وهي لا تعفي منح سلطة للقاضي لملائمة الإلتزامات العقدية، فنظرية إنهيار العقد نتائجها رغم أنها تتشابه مع نتائج القوة القاهرة إلا أنهما يختلفان وبالتالي يفسخ العقد بالنسبة لنظرية إنهيار العقد ولا يكون للقاضي سلطة أن يتدخل لتعديل إلتزامات المتعاقدين[3].

2-الإتجاه المعارض لنظرية الظروف الطارئة

هذا الإتجاه لا تعترف أنظمتها القانونية بنظرية الظروف الطارئة نذكر من بينها غالبية الفقه الفرنسي، حاربت وعادت نظرية الظروف الطارئة وهذا لتمسكهم بمبدأ القوة الملزمة للعقد

(1)-أحمد مروك، مرجع سابق، ص130.

(2)-مرجع نفسه ، ص 131.

(3)- مرجع نفسه، ص131.

للحفاظ على إستقرار المعاملات[1].

يعتبر القانون المدني الفرنسي من أشد القوانين معارضة لنظرية الظروف الطارئة حرصا منه على التمسك بالحرية التعاقدية، فعند صدور القانون المدني الفرنسي القديم أخذ بمبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين لكنه لم يأخذ بنظرية الظروف الطارئة لأنها تعمل على زعزعة العقد لكن عندما تغيرت الأوضاع الإقتصادية بسبب الحربين العالميتين الأولى والثانية أقر بتطبيق نظرية الظروف الطارئة[2].

محكمة النقض الفرنسية سنة 1992 أخذت بعين الإعتبار فيما يخص إختلال التوازن بين طرفي العقد في قضية تخص عقد وكيل معتمد تم إبرامه بين شركة Bp والسيد (هيوارد) لمدة 15سنة، ومدد لغاية 1988 لكن في سنة 1983 تم تحرير أسعار البترول ومشتقاته، لاحظ السيد هيوارد أن شركة Bp أصبحت تتعامل مع وكيل معتمد أخر بأسعار منخفضة مقارنة بأسعار البنزين التي كانت تعتمدها له، أصدرت محكمة باريس حكما يقضي بتعويض قدر بـ (150.000) فرنك فرنسي، مماجعل هذه الشركة تطعن في الحكم لكن محكمة النقض الفرنسية رفضت الدعوى، حيث لاحظت الغرفة التجارية لهذه المحكمة أن هيوارد قام بعدة إستثمارات ليتوافق مع وضع الوكيل المعتمد حسب البنود المتفق عليها مع شركة Bp، ونظرا للأحداث المستجدة كان على هذه الشركة أن تحاول بحسن نية إيجاد حل ليستطيع السيد هيوارد أن ينفذ إلتزاماته تجاهها وفق شروط معقولة وبذلك تقر محكمة النقض الفرنسية أن هذه الشركة لم تنفذ العقد بحسن نية[3].

فالقانون الإداري يعترف بنظرية الظروف الطارئة عكس القانون المدني الفرنسي بما فيه القضاء الإداري الفرنسي يتيح للقاضي الإداري أن يعدل العقد في حال توافر شروط النظرية على أساس قضية غاز بودو عام 1916 ،التي محتواها أن بلدية بوردو منحت سنة

---

(1)- خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الإقتصادي للعقد، دراسة تحليلية في ضوء المعاملات المدنية الإماراتي، رسالة دكتوراه، قسم قانون خاص، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص 19.في الموقع :

https://scholarworks.uaeu.ac.ae/cgi/viewcontent.cgi?article=1722&context=all_theses

(2)- أحمد مروك مرجع سابق ص16.

(3)- المرجع نفسه، ص21- ص 22.

1904 لشركة عامة للإضاءة إمتياز لتوريد الغاز والكهرباء للمدينة لمدة 30 سنة متخذة أسعار الفحم كأساس لذلك الثمن، وفي الحرب العالمية الأولى سنة 1914، إرتفعت أسعار الفحم إرتفاعا رهيبا، وبذلك تعذر على الشركة أن تورد الغاز والكهرباء وأصبحت مهددة بخسائر فادحة تمنعها من الإستمرار في القيام بأعباء المرفق العام، فطلبت من البلدية تعديل عقد وتأذن لها برفع أسعار بمقدار يتناسب مع إرتفاع سعر الفحم لكنها رفضت على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين، فرغم ظروف إستثنائية إلا أنها لا تجعل العقد مستحيل التنفيذ رغم غلاء ثمن الفحم ولكنه متوفر في الأسواق، فعلى البلدية تقدير أسس جديدة للشروط التي يمكن أن تسهر الشركة على دوام المرفق العام، وبذلك قرر مجلس الدولة بأن يدفع للشركة تعويضا على إثر تلك الظروف الأجنبية على العقد التي أثرت على إلتزام الشركة لإدارة المرفق العام حتى نهاية المدة المحددة[1].

ثانيا: الظهور الفعلي لشرط إعادة التفاوض

إن شرط التفاوض من أجل إعادة التوازن العقدي[2] عند حدوث ظروف غير متوقعة ليس جديد في مجال العقود التجارية الدولية، فالعمل التجاري الدولي قد عرف مفهوم هذا الشرط في شكل شرط المحافظة على القيمة ذلك الشرط الذي يسمح بتوزيع المخاطر الضريبية والنقدية بين أطراف العقد كأن توضع قوائم حسابية محددة مسبقا وهو ما يعرف بشرط indexation[3].

(1)- جهاد زهير ديب الحرازين الأثار المترتبة على عقد الامتياز دراسة نظرية مقارنة دون جزء، دون طبعة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، شارع الجلاء أمام بوابة الجامعة المنصورة، برج آية ص321 في الموقع:
https://books.google.dz/books?id=Y8OFDwAAQBAJ&printsec=frontcover&redir_esc=y#v=onepage&q&f=true

(2)- تعريف التوازن العقدي في القانون: أشار المشرع الجزائري إلى التوازن وإصطلح عليه بالتفاوت الكثير في المادة 90 من القانون المدني الجزائري "إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه المتعاقد من فائدة بموجب العقد ومع إلتزامات أحد المتعاقدين..."، عرعارة عسالي التوازن العقدي عند نشأة العقد أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2014-2015، ص4.

(3)- علي أحمد صالح مفاوضات في عقود التجارة الدولية، دون جزء، دون طبعة، دار هوما للطباعة والنشر والتوزيع، دون مكان أو بلد نشر، دون سنة نشر، ص371- ص 372.

كما عرف هذا الشرط أيضا في شكل شرط إعادة التكييف الذي يطبق في العديد من أشكال العقود الدولية منها ما يتعلق بعقود التموين التي تبرمها الشركات البترولية ،بحيث يتيح لتلك الشركات الإسترجاع من كل زيادة في أسعار البترول وتقوم بها البلاد المصدرة وتدعي بالإنجليزية Clause gouvernement take، ومنها ما يتعلق بالمساواة بالعرض المنافس وهو First refusal clause بالإنجليزي، أما باللغة الفرنسية فهي Clause d'alignement sur offres concurrentes، وبموجب هذا الشرط يلتزم البائع بمنح المشتري تخفيضا في الأسعار ما يعمل به المنافسون في السوق مع التطورات التي عرفتها التجارة الدولية لم تعد المسألة ولم تنحصر في مجرد تغيرات المتمثلة في المخاطر المالية أو الضريبية وإنما إتسع وأصبح يشمل كافة الصعوبات والظروف التي تواجه تنفيذ العقد[1].

فالإستعمال الفعلي لشرط إعادة التفاوض خلال القرن الحالي ذا إستعمال ضيق في بلاد القانون الجرماني ألمانيا وسويسرا وفي بلاد القانون الأنجلوسكسوني من قبل ممارسي التجارة الدولية، لكن إنتشر هذا الشرط بصورة واسعة خاصة في العقود الدولية طويلة الأجل[2].

إن الظروف التي تطرأ على العقد وتخل بتوازنه الإقتصادي من طبيعة معقدة من جهة ترجع إلى تغيير في الظروف الإقتصادية والسياسية الخارجية الطارئة كالإرتفاع المفاجئ للأسعار، ومن جهة أخرى ترجع إلي إرتفاع تكاليف الإنتاج من الأفضل يعدل العقد عن طريق أطرافه، الذين يستعينون في ذلك بلجان متخصصة يشكلوها لهذا الغرض وذلك في إطار حسن النية والثقة الواجب تبادلها والحفاظ على إستمرار التعاون بين الطرفين[3].

(1)- أحمد مروك، مرجع سابق، ص127.

(2)- مرجع نفسه ص128 .

(3)-علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 372- ص 373.

الفرع الثاني: تعريف شرط إعادة التفاوض

تعددت التعريفات المقترحة لشرط إعادة التفاوض سواء على مستوى الفقه أو عند غرفة التجارة الدولية وحتى لذا المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص .

أولا: تعريف الفقه لشرط إعادة التفاوض

عرفه الأستاذ شريف محمد غنام بأنه: "شرط يدرجه أطراف في العقد ويتفقون على إعادة التفاوض فيما بينهم عندما تقع أحداث من طبيعة معينة ،يحددها الأطراف في العقد سواء في نفس الشرط الوارد في العقد أو في إتفاق منفصل وتكون هذه الأحداث مستقلة عن إرادتهم وتوقعاتهم عند إبرام العقد ويكون من طبيعتها الإخلال بتوازن العقد وإصابة أحد المتعاقدين بضرر فادح"[1].

عرفه الدكتور خالد ممدوح إبراهيم بأنه: "شرط يدرجه الأطراف في العقد ويتفقون على إعادة التفاوض فيما بينهم عندما تقع أحداث أو ظروف من طبيعة معينة يحددها الأطراف، في العقد سواء في نفس العقد أو في إتفاق مستقل قد تؤدي إلى ظهور خلاف أو نشوب نزاع حول تنفيذه لغرض تسويته قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم"[2].

عرفه أيضا الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة بأنه: "إلتزام أطراف بإعادة التفاوض حول العقد renégocation لمواجهة الظروف الطارئة ،التي حدث بهدف تعديل إلتزامات تعاقدية إلى حد المعقول ولرفع الضرر الجسيم الذي تحمله أحد الطرفين من جراء تلك الظروف"[3].

---

(1)شريف محمد غنام أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية دون جزء دون طبعة دون دار النشر دون مكان أو بلد النشر 2010/14/31 ص 38.

(2) خالد ممدوح إبراهيم التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية دون جزء دون طبعة دار الفكر الجامعي شارع سويتر الإسكندرية2008 ص22 .

(3)–أحمد عبد الكريم سلامة، مفاوضات عقود التجارة الدولية قانون الإرادة وأزمته، دون جزء، دون طبعة، دار النهضة العربية، 32 شارع عبد الخالق ثروت، القاهرة، ص66.

وأيضا تم تعريفه من قبل الأستاذ oppetit بأنه: " الشرط الذي يجوز بموجبه للأطراف أن تطلب إعادة تنظيم العقد بينهما إذا حدث تغيير في البيانات التي إقترفت بشأنها تغييرات في رصيد ذلك العقد إلى حد يخضع الدقة(المشقة) غير عادلة "[1].

نستنتج أن :

- شرط إعادة التفاوض شرط إتفاقي.
- يؤدي لإختلال في توازن العقد .
- أحداث خارجة عن نطاق توقع الأطراف .

ونذكر أن إختلاف المفاهيم بين هذه المصطلحات وبالتالي تكون بصيغ مختلفة، ففي المصطلح الانجليزي يسمى بـ Hardship معناه المشقة العقدية أو الأزمنة التي يمر بها العقد نتيجة تغير الظروف التي أبرم في ظلها[2].

فيما يخص الفقه الإنجليزي سمي بـ clause de hard ship، أما الفقه الأمريكي سمي بـ Goss indequity clause[3]، أما الفقه الفرنسي وبالتحديد في اللغة الفرنسية لا يوجد مصطلح مرادف للمصطلح الإنجليزي hard ship فيستخدم الفقه ومحرر العقود في فرنسا مصطلحات أخري قريبة من هذا المصطلح ،كشرط المراجعة clause de révision أو شرط الظروف الطارئة clause d'imprévision أو شرط العدالة Clause d'équité[4]. أو شرط المحافظة clause de sauvegarde أو شرط الصعوبة Clause de durrete، وفيما يخص الفقه الجزائر هنالك من عبر عنه بشرط المشقة وكذا إشتراطات الهاردشيب فمضمون هذا الشرط أن يعيدا التفاوض بخصوص العقد بهدف تعديله[5].

(1)-Oppetit Bruno l'adaptation des contacts Internationaux aux changement de circonstances la clause de hardship 1974 p797 sur le site http://www.trans.lex.org/127600

(2)– خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص22.

(3)–عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق، ص67.

(4)–خالد ممدوح، مرجع سابق، ص 219.

(5) أحمد مروك مرجع سابق ص 135.

ثانيا: تعريف الهيئات المهتمة بتوحيد قانون التجارة الدولية لشرط إعادة التفاوض

هذا الشرط وجد إهتماما متزايدا من قبل غرفة التجارة الدولية، وتم تعريفه من قبل المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية (Unidroit) التي أعدها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في سنة 1994 فحسب المادة 6/2/1 منه: "أنه عندما يصبح تنفيذ العقد أكثر إرهاقا بالنسبة إلى أحد الطرفين، يكون ذلك الطرف ملزما بالوفاء بإلتزاماته"[1].

نتيجة للمبدأ العام للطابع الملزم للعقد يجب أن يتم الأداء طالما كان ذلك ممكنا وبغض النظر عن العبء الذي قد يفرضه على الطرف المنفذ، حتى ولو تعرض أحد الطرفين لخسائر فادحة بدلا من الأرباح المتوقعة أو أصبح الأداء عديم الأداء المعنى بالنسبة لذلك الطرف ،فإنه يجب مع ذلك إحترام شروط العقد[2].

عرفت المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية شرط إعادة التفاوض في مادتها 6/2/2 :وهناك مشقة عندما يكون وقوع الأحداث سببا أساسيا في توازن العقد أما لأن تكلفة أداء الطرف قد زادت أو لأن قيمة الأداء الذي يقوم به متلقي الطرف قد تضاءلت في حالة توفر الشروط التالية:

1. تقع الأحداث أو تصبح معروفة للضرر المتضرر بعد إنتهاء العقد.
2. ألا تكون الأحداث معروفة ومتوقعة من قبل الطرف المتضمن الأحداث وقت إبرام العقد.

---

(1)-« Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties That party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provsions on hardship»

"*Vcommentaire de l'article 6/2/1 sur le hardship princip d' Unidroit international Institute for the unification of private law2010" on the site:*

"*https://www.unidroit.org/unidroit-principles-2010-official-languages/principes-d-unidroit-2010-french-integral/430-chapitre-6-execution-section-2-hardship/1200-article-6-2-1-respect-du-contrat*."

(2)-"*V commentaire de l'article 6 /2/2 sur la hardship principe d' Unidroit international Institute for the unification of private law2010*" .

3. أن يكون الحادث خارج عن سيطرة الطرف.
4. ألا يكون هذا الطرف قد تعرض لخطر الأحداث[1].

نفس المادة السابقة في فقرتها الثالثة قد حددت الأثر المترتب على تحقق الشروط السالفة الذكر: " في حالة المشقة يحق للطرف المتضرر أن يطلب إعادة التفاوض ويقدم الطلب دون تأخير لا مبرر له ويبين الأسباب التي يستند اليها"، ولا يخول طلب إعادة التفاوض في حالة ذاته الطرف المضرور الإمتناع عن أداء عمله[2].

يجوز لأي من الطرفين بعد عدم التوصل إلي إتفاق في غضون فترة معقولة اللجوء للمحكمة مشقة ،إذا كان معقولا يجوز لها إما إنهاء العقد في تاريخ معين وبشروط محددة وإما تكييف العقد بغية إستعادة توازنه[3].

يقصد بهذه المادة أن يطلب الطرف المضرور من الطرف الآخر أن يدخل لإعادة التفاوض للشروط الأصلية للعقد بغية تكييفها مع الظروف المتغيرة ،ويقدم طلب في أسرع وقت لكن حسب ظروف القضية لكن التأخير قد يؤثر على النتيجة التي خلصت إليها إذا كانت هناك مشقة، مع بيان الأسس المستندة إليها لطلب إعادة التفاوض ويسمح للطرف الآخر بتقييم طلب إعادة التفاوض إذا كان مبررا أم لا[4].

نستنتج أن: -لابد من إحترام شروط العقد.

-خروج الحدث عن سيطرة المدين .

-إلزامية الطرف بالوفاء بإلتزاماته في حال أصبح تنفيذ العقد أكثر إرهاقا .

(1)-V commentaire de l'article 6/2/2 op cite

(2)-V commentaire de l'article 6/2/3 sur la hardship principe d unidroit institut international pour l'unification du droit prive 2010.
https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/403-chapter-6-performance-section-2-hardship/1057-article-6-2-3-effects-of-hardship

(3)−V commentaire de l'article 6/2/3 sur le hardship princip d' Unidroit international Institute for the unification du droit Ibid.

(4)− Ibid.

المطلب الثاني: شرط إعادة التفاوض والشروط المشابهة لها

شرط إعادة التفاوض يتشابه مع الكثير من الشروط التي تستدعي تمييزها عن المفاهيم فمنها من تشبهه فنميزها من جهة عن شرط القوة القاهرة وشروط التعديل التلقائية للعقد ومن جهة أخرى نميزه عن نظرية الظروف الطارئة.

الفرع الأول: شرط إعادة التفاوض وشرط القوة القاهرة

لكل من شرط إعادة التفاوض والقوة القاهرة مفاهيم عدة قد يتشابهان في نقاط وقد يختلفان في نقاط أخرى.

أولا: المفاهيم المختلفة للقوة القاهرة في عقود التجارة الدولية.

للقوة القاهرة مفهومان أحدهما تقليدي ضيق و الآخر حديث واسع.

1-المفهوم التقليدي للقوة القاهرة:

وهناك من يري بأن جذوره ترجع إلى القانون الروماني، ويصور هذ المفهوم القوة القاهرة بأنها حدث يقع بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه ولا يمكن توقعه ولا دفعه وهو بذلك مستقل عن إرادة المتعاقدين، ويؤدي إلى إستحالة مطلقة في تنفيذ الإلتزام والنتيجة التي يرتبها هي إنفساخ العقد وإنقضاء إلتزام المدين [1].

رغم عدم تطرق معظم التشريعات لمفهوم القوة القاهرة تاركة ذلك على عاتق الفقه والقضاء وهذا ما سنبينه فيما يلي:

أ-تعريف التشريع للقوة القاهرة:

فيما يخص القانون الجزائري لم يضع تعريف دقيق للقوة القاهرة بل إكتفى بالنص عليها في نصوص متفرقة، وبهذا المشرع الجزائري إستعمل عدة مصطلحات للتعبير عن القوة القاهرة، فإستخدام مصطلحي القوة القاهرة والحادث الفجائي في المواد 127-138-

(1)- شريف محمد غنام، مرجع سباق، ص18.

176-851 من القانون المدني أما المواد 569-336-307-215 استعمل مصطلح السبب الأجنبي واستخدم مصطلح الظروف القاهرة في المادة 599 [1].

أما التشريع الفرنسي فقد نص في المادة 1147: "أن يقوم مدين باثبات أن عدم تنفيذ العقد يرجع إلى سبب أجنبي حتى يمكن أن يعفي من المسؤولية"[2].

ب-تعريف الفقه للقوة القاهرة:

إتجه بعض الفقه إلى تعريف القوة القاهرة: " بأنها حادث خارجي لا يمكن توقعه ولا دفعه يؤدي مباشرة إلى حصول الضرر"[3].

عرفها الفقيه الروماني ulppien: "بأنها كل قوة لا يمكن مقاومتها" وفي هذه التعاريف تشترك في كون القوة القاهرة عدم إمكانية توقع الحادث وغير ممكن دفعه ويؤدي لإستحالة تنفيذ الإلتزام"[4].

ج-تعريف القضاء:

عرفت محكمة النقض المصرية القوة القاهرة بالمعنى الوارد في المادة 165 من القانون المدني: " تكون حربا أو زلزالا أو حريقا كما قد تكون أمر إداريا واجب التنفيذ بشرط

أن يتوافر فيها إستحالة التوقع وإستحالة الدفع"[1].

---

(1)-أحمد مروك، مرجع سابق، ص 14.

(3)-محمد جلال الأتروشي، المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة، دون جزء، دون طبعة، دار الحامد للنشر والتوزيع، ص 164 في الموقع:
https://books.google.dz/books/about/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B3%D8%A4%D9%88%D9%84%D9%8A%D8%A9_%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AF%D9%86%D9%8A%D8%A9_%D8%A7%D9%84%D9%86.html?id=Tv1RDwAAQBAJ&redir_esc=y

(3)-طه عثمان أبو بكر المغربي، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية في مجال التوليد، دون جزء، دون طبعة، دار الفكر والقانون، المنصورة، 319، في الموقع:
https://books.google.dz/books/about/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B3%D8%A6%D9%88%D9%84%D9%8A%D8%A9_%D8%A7%D9%84%D8%AC%D9%86%D8%A7%D8%A6%D9%8A%D8%A9_%D8%B9%D9%86.html?id=acdiDwAAQBAJ&redir_esc=y

(4) أحمد مروك، مرجع سابق، ص 145

أما القضاء الفرنسي فيعرفها : " بأنها ذلك الحادث الأجنبي الذي يعفي المدين من تنفيذ إلتزامه شريطة أن يكون غير متوقع ولا يمكن مقاومته" [2].

عرفت المحكمة العليا للقضاء الجزائري القوة القاهرة بأنه: " حدث تسبيب فيه قوة تفوق قوة الإنسان، حيث لا يستطيع هذا الأخير أن يتجنبها لو أن يتحكم فيها كما يتميز أيضا بطابع عدم قدرة الإنسان على توقعها" [3].

أيضا نصت المادة 1/7 فقرة 7 من مبادئ اليونيدروا (المعهد الدولي لتوحيد لقانون الخاص)عرفت القوة القاهرة فهي : "الحادث الذي لا سيطرة للمدين عليه وكان من غير المعقول أن يدخله في حساباته عند إبرام العقد أو كان لا يستطيع تجنب وقوعه أو تفاديه أو تجاوز نتائجه" [4].

2- المفهوم الحديث للقوة القاهرة

إن الحاجة إلى تأمين تنفيذ العقد خاصة في عقود التجارة الدولية أدت إلى تطور مفهوم القوة القاهرة وشروط تطبيقها ،وأصبح الأطراف يتبنون مفهوما موسعا لها [5].

ويعتمد المفهوم الحديث على إتفاق أطراف العقد التجاري الدولي بحيث تلعب هذه الأخيرة دورا كبيرا خاصة عند إعداد شروط العقد وتنظيم آثاره ،فإرادة الأطراف ورغبتهم في تحقيق الإستقرار الازم لمعاملاتهم جعلهم يتجنبون نتائج القوة القاهرة بمفهومها التقليدي المتمثلة في إنفساخ العقد وإنتفاء مسؤولية المدين[6].

---

(1)- أحمد سليم فريز نصرة، مرجع سابق، ص 157.

(2)- أحمد مروك، مرجع سابق، ص 147.

(3)- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 11-06-1990 المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الثاني، ص 90 في الموقع: https://drive.google.com/file/d/1w0Tz9tfV0F2dODtiK2WzZH-j13hp7Qt1/view

(4)-يسري عوض عبد الله، العقود التجارية الدولية مفاوضاتها إبرامها تنفيذها، دراسة تحليلية على ضوء نظرية العقد في التشريع الإسلامي، دون جزء، دون طبعة، إصدرات مكتب اليسري للمحاماة والإستشارات، الخرطوم شارع الزبير عطيرة، ص475 في الموقع: https://books-library.online/files/books-library.online-12051036Hc1H2.pdf.

(5)- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص162.

(6)- أحمد مروك، مرجع سابق، ص151- ص 152.

فالقوة القاهرة تثبت دون أن يتوافر فيها وصف العمومية مما يجعل أثرها عادة منصب على علاقة بين طرفين أو عدة أطراف، وبهذه الحالة لا ترتقي القوة القاهرة إلى مرتبة النظام العام لأن أثرها محدود ولا أثر له على إستقرار معاملات المجتمع أو جزء كبير منه[1].

ثانيا- تمييز المفهوم التقليدي للقوة القاهرة عن شرط إعادة التفاوض

كما ذكرنا سابقا بأن القوة القاهرة هي حدث غير متوقع وغير ممكن دفعه ومستقل عن إرادة المدين، يطرأ بعد إبرام العقد ويجعل تنفيذ إلتزام المدين مستحيلا[2].

فالحدث يجب أن تتوافر فيه شروط عدم التوقع وعدم إمكانية الدفع ولا يكون للمدين دخل في وقوع الحدث هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يؤدي هذا الحدث إلى فسخ العقد بقوة القانون و إنتفاء مسؤولية المدين تبعا لذلك[3].

تختلف القوة القاهرة عن شرط إعادة التفاوض من حيث أساس القانوني لكل منهما ومن خلال النتائج المترتبة لكل منهما، وأيضا من خلال درجة تأثير الحدث المكون لكل منهما وهذا ما سنبينه فيما يلي:

1- التمييز من حيث الأساس القانوني:

بالنسبة للتشريعات الوطنية تستمد القوة القاهرة أساسها من التشريع أما بالنسبة لعقود التجارة الدولية فتستمد أساسها من قضاء التحكيم، أما شرط إعادة التفاوض يستمد أساسه من إتفاق الأطراف وإرادتهم وهو لا ينطبق بشكل تلقائي في جميع العقود بل يتغير صورته من عقد لآخر ومن حالة إلى أخرى وفق إرادة أطراف[4].

وبذلك المفهوم الإتفاقي للقوة القاهرة لا يظهر إلا في القانون الإنجليزي على عكس المفهوم الإتفاقي لشرط إعادة التفاوض فهو مقبول في كل الأنظمة القانونية[5]،وبهذا تقوم

(1)- أحمد سليم فريز، مرجع سابق، ص168.

(2)-شريف محمد غنام مرجع سابق، ص22.

(3)- المرجع نفسه، ص 24.

(4)-شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص20.

(5)-مرجع نفسه، ص39- ص45.

القوة القاهرة بمفهومها الكلاسيكي على النصوص القانونية سواء كانت وطنية أو إتفاقيات دولية إضافة لقرارات تحكيمية، بينما يقوم شرط إعادة التفاوض على ما إذا كانت مجسدة في شروط عقدية[1].

2-التمييز من حيث التأثير على تنفيذ الإلتزام:

تؤدي القوة القاهرة بمفهومها التقليدي إلى إستحالة مطلقة في تنفيذ الإلتزام التعاقدي وبذلك فالمدين الذي يواجه القوة القاهرة يستحيل عليه تنفيذ ما إلتزم به تجاه المتعاقد الآخر، ففي حالة الإستحالة المؤقتة يتم وقف تنفيذ العقد أما في حالة إستحالة مطلقة ينفسخ العقد[2]،بينما الأثر الذي يرتبه وقوع حادث hardship مما يجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا لأحد المتعاقدين أو يصيبه بضرر فادح إذا نفذ هذا الإلتزام بالشكل المنصوص عليه في العقد[5]، وبذلك فإن نطاق شروط القوة القاهرة يشمل فرضيات أن الحدث الخارج عن إطار رقابة وتوقع الأطراف والذي يؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مستحيلا ،بينما شروط عدم التوقع hardship تهدف إلى ضبط الأثار المترتبة عن التغيرات الأساسية والعميقة للشروط الإقتصادية والتي تؤدي إلى إختلال توازن العقد[3].

مبادئ unidroit تعرضت إلى مفهوم إعادة التفاوض والقوة القاهرة وأبرزت لنا الفرق بين إستحالة التنفيذ وإختلال توازن العقد نصت في المادة 2/2/6 تحت عنوان يسمى ب hardship بأنها حالة تؤدي إلى تغيير توازن العقد بشكل أساسي، بينما المادة 7/1/7 نصت على أن المدين الذي يثبت أن عدم الأداء يرجع لعائق خارج نطاق سيطرته وغير متوقع وقت إبرام العقد وعدم قدرته على منعه أو التغلب على آثارها[4].

(1)- هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص35.

(2)- أحمد مروك، مرجع سابق، ص 155.

(5) - شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص92

(3)- هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص44.

(4)- Unidroit Institut International du droit prive,OP cite

3-التمييز من حيث النتائج:

شرط إعادة التفاوض يختلف عن القوة القاهرة في أنه يفرض على الأطراف إلتزاما جديدا بإعادة التفاوض حول العقد، في حين أن القوة القاهرة بمفهومها التقليدي التي تؤدي إلى إنتفاء مسؤولية المدين وفسخ العقد تلقائيا بحكم القانون[1].

أسباب التوسع في مفهوم القوة القاهرة بسبب إتساع مجال الحرية التعاقدية وأيضا بسبب الطبيعة الخاصة بأطراف هذه العقود، فالأول إذا تعلق الأمر بعقود التجارة الدولية فإن الأطراف يتمتعون بحرية مطلقة أكثر من الحرية الموجودة في العقود الداخلية، ويقصد بالحرية التعاقدية أنه لا يمكن إجبار أحد على التعاقد فله الحق في رفض أو قبول التعاقد وحتى له الحق في مناقشة محتوى العقد والشروط المدرجة فيه سواء عند إبرام أو أثناء تنفيذه مع المتعاقد الأخر[2].

أما الثاني فيما يخص الطبيعة الخاصة بعقود التجارة الدولية فترجع خصوصية هذه العقود التي أثرت في مفهوم القوة القاهرة كسبب لإنتفاء المسؤولية، لها عاملين عامل يرجع للأهمية الإقتصادية والعامل الأخر يرجع لإتساع مفهومها بسبب الطبيعة الخاصة لأطراف العقد[3].

نطاق إقتراب القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض تظهر في خاصيتين هما من حيث عدم توقع الحادث ومن حيث إستقلال الحادث عن إرادة المدين.

كما رأينا سابقا تتطلب القوة القاهرة بمفهومها الحديث أو التقليدي أن يتوفر في الحادث خاصية عدم التوقع ،نفس الأمر نجده في شرطّ إعادة التفاوض فوقوع أحداث غير متوقعة من الأطراف وخاصة المدين بالإلتزام تعتبر شرطا ضروريا لوصف الحدث بالقوة القاهرة أو Hardship[4]، بمعنى إذا إستحال العقد لسبب أجنبي كقوة قاهرة الإلتزام ينقضي وينفسخ العقد، النتيجة التي يرتبها شرط إعادة التفاوض حرص الأطراف منذ البداية على

(1)- أحمد مروك، مرجع سابق، ص 156.

(2)- شريف محمد غنام مرجع سابق، ص 164- ص165 - ص 167- ص 168 .

(3)- المرجع نفسه، ص 184-ص185 - ص 188.

(4)- أحمد مروك، مرجع سابق، ص 161.

إستمرار عقدهم في السريان وبقاء الإلتزامات التي يرتبها أيضا ،أما النتيجة التي ترتبها القوة القاهرة بمفهومها التقليدي هي يجعل العقد منفسخا بحكم القانون ويبرأ المدين من كل مسؤولية تبعا لذلك[1].

ثالثا- توافق المفهوم الحديث للقوة القاهرة مع مفهوم شرط إعادة التفاوض

فمقتضيات التجارة الدولية دفعت المتعاقدين لإضفاء مرونة أكثر على مفهوم القوة القاهرة من أجل الحفاظ على العلاقة العقدية ،إذ لم يعد قائما في حقل التجارة الدولية مفهوم الإستحالة المطلقة للتنفيذ وذلك على أساس وجود معوقات مطلقة لا يمكن تحملها، وتبعا لذلك يسعى متعاملوا التجارة الدولية إلى تهذيب القوة القاهرة والتخفيف من آثارها[2].

فوقوع أحداث غير متوقعة من الأطراف وخاصة المدين بالإلتزام تعتبر شرطا ضروريا لوصف الحدث بالقوة القاهرة أو hardship[4] .

وبهذا فإن القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض تتلاقان في نقطتين هما عدم توقع الحدث و إستقلال الحادث عن إرادة المدين.

1-عدم توقع الحدث

تتطلب القوة القاهرة بمفهومها التقليدي أو الحديث أن يتوافر في الحدث خصائص معينة ومن هذه الخصائص عدم التوقع ونفس الأمر نجده في شرط إعادة التفاوض[3].

وبالتالي يقترب مفهوم شرط القوة القاهرة مع شرط إعادة تفاوض من خلال هذه الخاصية ،فوقوع أحداث غير متوقعة من الأطراف وخاصة المدين بالإلتزام تعتبر شرطا ضروريا لوصف الحدث بالقوة القاهرة أو hardship [4].

---

(1)-أحمد مروك، مرجع سابق، ص 157.

(2)- هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 36- ص 37.

(4) أحمد مروك مرجع سابق ص 161.

(3)- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 222.

(4)- أحمد مروك، مرجع سابق، ص 161.

حيث عرف عدم توقع الحدث بأنه عبارة عن أحداث مستحيلة الوقوع أي التي ليس من الممكن أبدا أن تقع وهذا حسب المفهوم المتشدد ،أدت الإنتقادات الموجهة له في جعل الفقه ينادي بمفهوم أكثر مرونة يسمى بالإحتمال الجاد في تقدير عدم التوقع، ويقصد به لوقوع الفعل لابد من وجود فرص معقولة تشير إلى إمكانية وقوع الفعل أو بمعنى آخر وجود فرص حقيقية تسمح بالقول بأن الحدث سيقع[1].

ويتطلب قانون التجارة الدولية في الحدث المنتج للقوة القاهرة أو لشرط إعادة التفاوض hardship أن يكون غير متوقع، فبالنسبة لإتفاقيات التجارة الدولية فإن البند الأول من الشرط النموذجي الذي أعدته غرفة التجارة الدولية للقوة القاهرة عام 1958 الخاص بأسباب الإعفاء من المسؤولية فقرة 3 أن يثبت المدين لإعفائه من المسوؤلية أنه لم يستطع بشكل معقول أن يتوقع هذا العائق أو يتوقع آثاره على قدرته على تنفيذ العقد وقت انعقاده[2].

وتسير مبادئ unidroit على نفس النهج نصت في المادة 2/2/6 على أن الأحداث المشكلة لشرط hardship يجب أن تكون غير متوقعة بقولها: "أن يكون الحادث الاستثنائي، مما لا يمكن أن يدخل في دائرة التوقع المشروع للطرف المضرور منه، وقت إبرام العقد"[3].

وتعبر المادة 7/1/7 الفقرة الأولى عن صفة عدم التوقع بقولها: "ليس من المحتمل يأخذه في اعتبار وقت إبرام العقد..." [4].

نستنتج أن: - شرط إعادة التفاوض لا يفعل إذا كان متوقعا .

- فعدم التوقع يكون أثناء إبرام العقد وكذلك في النتائج المترتبة .

- يخرج عن نطاق شرط إعادة التفاوض عندما يتوقع الأطراف الحدث.

2- إستقلال الحادث عن إرادة المدين

يعد إستقلال الحادث عن إرادة المدين شرطا ضروريا لقيام حالة القوة القاهرة بمفهومها التقليدي أو الحديث ،كما يعد أيضا شرطا ضروريا لقيام شرط إعادة تفاوض فالقاضي أو

(1)- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 235-ص247.

(2)- المرجع نفسه، ص 288.

(3)- أحمد مروك، مرجع سابق، ص 162.

(4)- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 288.

المحكم يأخذ في إعتباره عند فصله في مدى توافر شروط القوة القاهرة أو شروط إعادة التفاوض سلوك المدين وتصرفاته التي صدرت عنه، حيث يشترط في الحدث الذي يتمسك به المدين سواء لتخلصه من المسؤولية أو المطالبة بإعادة تعديل شروط العقد أن يكون مستقلا عن إرادته[1].

إذ لا يتصور أن يستفيد المتعاقد من تغير الظروف بسبب خطئه لإعمال إعادة التفاوض، ولقد عبر عن هذا المعنى الأستاذ Reine بقوله : "أنه يجب على المتعاقد الذي يتمسك بتغير ظروف تنفيذ العقد أن يتصف بالحذر والعقلانية، أي أن يسلك سلوكا سلبيا يتمثل في عدم التسبب في هذا التغير وسلوكا إيجابيا يتمثل في عدم إرتكابه أي خطأ من شأنه أن يؤدي إلى وقوع هذا الحدث" [2].

نستنتج أن: - لتفعيل شرط إعادة التفاوض أو القوة القاهرة لابد أن يكون الحادث مستقلا عن إرادة المدين.

-لا يمكن إعمال شرط إعادة التفاوض في حال ما إذا كان المتعاقد هو المتسبب في خطأ يؤدي لوقوع الحدث.

الفرع الثاني: تمييز بين شرط إعادة تفاوض والظروف الطارئة

تتلخص نظرية الظروف الطارئة في أن العقد إذا كان من العقود المستمرة التنفيذ أو الفورية التنفيذ ولكن التنفيذ كان مؤجلا وطرأت ظروف إستثنائية لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد ،أدت إلى إختلال التوازن الإقتصادي الذي كان موجودا وقت التعاقد إختلالا خطيرا وجعلت تنفيذ المدين لإلتزامه يهدده بخسارة فادحة فإن المدين لا يجبر على تنفيذ إلتزامه، كما ورد في العقد بل ينقص هذا الإلتزام إلى الحد الذي تقتضيه العدالة[3].

أما المشرع الجزائري فقد تناول نظرية الظروف الطارئة في المادة 107 فقرة 3 بقوله: " غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن

(1)- أحمد مروك، مرجع سابق، ص 162.

(2)- هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 92- ص 93.

(3)- عبد الأمير جفات، كروان موسى الشباني، نظرية الظروف الطارئة، قسم القانون الخاص، كلية القانون، جامعة بابل، 2014/12/21، صفحة 1 من موقع: http://www.uobabylon.edu.iq/uobco/eges/lecture.view.aspx?fid

تنفيذ الإلتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك" فالمشرع الجزائري قد أخذ بهذه النظرية، لكن لم يعرفها بل اكتفى بذكر شروطها والأثار المترتبة عنه[1].

وعليه تختلف نظرية الظروف الطارئة عن إعادة التفاوض في أساسها القانوني ذلك أن تقريرها يتم بالإستناد إلى نص قانوني، أما إعادة التفاوض فأساسه إتفاقي حيث يندرج في إطار المبدأ الذي يحكم العقود الدولية بصفة عامة وهو مبدأ المحافظة على العقد وإبقاء العلاقة العقدية مستمرة، ولهذا قلما يتفق الأطراف في هذه العقود على إنهاء العقد أو فسخه بسبب تغير الظروف بل يلجاؤون لمثل هذه الحلول الاتفاقية[2].

وتعتبر شرط إعادة التفاوض والظروف الطارئة من أكثر النظم تقاربا، وأوجه التشابه في أن كليهما يشترط أن يكون الحادث غير متوقع وعام إستثنائيا وخارجا عن إرادة المدين ويشتركان من حيث النتيجة التي يرتبها الحادث وهي إرهاق أحد المتعاقدين في تنفيذ إلتزامه، ولكن هنالك بعض الخصوصية فيما يتعلق بشرطي عدم التوقع والعمومية وهنا تظهر أوجه الاختلاف بينها[3].

فالعناصر المتعلقة بالحادث ذاته هم عنصر عمومية الحادث وعنصر إستثنائية وأن يؤدي الحادث إلى إختلال في توازن العقد، فيقصد بالعمومية في الظروف الطارئة هو ألا يكون خاصا بالمدين فقط بل يشمل طائفة من الناس أما شرط إعادة التفاوض هو تغير في الوضع العام أو في الظروف التي أبرم العقد في ظلها[4].

(1)- أحمد مروك، مرجع سابق ص 52- ص53.

(2)- حورية جبار، مرجع سابق، ص 13.

(3)- أحمد مروك، مرجع سابق، ص 169.

(4)-مرجع نفسه، ص 171.

أما عنصر الإستثنائية يقصد به ندرة الوقوع أو الخروج عن المألوف، فإذا كان الحادث مألوفا فلا يعتد به ولابد أن ينصب هذا العنصر على تغير الظروف الإقتصادية التي أبرم العقد في ظلها ليوصف هذا التغير بأنه تغير إستثنائي[1].

والعنصر الأخير إختلال التوازن في العقود الدولية هو الإضطراب الذي يطرأ على العلاقات التعاقدية بسبب ظروف غير متوقعة ،تؤدي إما لزيادة تكاليف التنفيذ بصورة جوهرية أو نقص الأداء المقابل[2].

والعناصر المتعلقة بالحادث المتصلة بالمدين هما عنصرين أولهما عنصر عدم توقع الحادث وثانيهما عنصر إستقلال الحادث عن إرادة المدين ،فأولهما يجب أن لا يكون في وسع المتعاقد المدين أن يتوقع الحادث عند تنفيذ العقد وثانيهما أنه واقعة لا تصدر من أحد الطرفين[3].

فالشرط النموذجي الذي أعدته غرفة التجارة الدولية المتعلق بالظروف الطارئة نصت عليه في البند الأول صراحة بقولها: " في حالة وقوع أحداث غير متوقعة من الأطراف تعدل أثناء تنفيذ إلتزاماته العقدية، ونفس الأمر نجده في المادة 6 /2/2 من مبادئ hardship التي تنص عندما تقع أحداث بشكل أساسي توازن أحداث تهدم بشكل أساسي توازن الأداءات، إما لأن تكلفة تنفيذ الإلتزامات إرتفعت أو أن قيمة الأداء المقابل قد انخفضت"[4].

أما إستقلال الحادث عن إرادة المدين بالنسبة لشرط إعادة التفاوض يتحدد بمدى مساهمة المدين في إحداث الظرف الطارئ ،فهو لابد أن لا يصدر من أحد الطرفين قصد تعديل العقد لصالحه فيكون حادث خارج عن إرادة المتعاقدين[5].

(1)-أحمد مروك، مرجع سابق، ص 172.
(2)-مرجع نفسه، ص 174.
(3)- مرجع نفسه، ص 183- ص 186.
(4)- مرجع نفسه، ص 175.
(5)-مرجع نفسه، ص 186.

كان منطقيا ألا تنص التقنيات التي أخذت بنظرية الظروف الطارئة على شرط إستقلال الحادث على إعتبار أنها من الشروط البديهية التي لابد توفرها دون حاجة إلى نص عليها صراحة ،ولم ينص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 107 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بالظروف الطارئة[1].

الفرع الثالث: الفرق بين شرط إعادة التفاوض وباقي شروط تعديل العقد

أولا: مفهوم شروط تعديل العقد

فتعديل العقد له نوعين من الشروط الشرط الأول ما يسمي بشروط تعديل العقد تلقائيا هدفه تعديل بنود العقد بشكل تلقائي دون تدخل من الأطراف أثناء التعديل، من بين هذه الشروط شرط الإبقاء على القيمة على أساس مؤشر أو أكثر la clause d'indexation، وشرط الإبقاء على القيمة رغم تغير العملة أو أية أسباب أخرى la clause d'échelle mobile[2].

حيث يعرف شرط الإبقاء على أساس المؤشر على أنه تعديل يطرأ على إلتزام محله مبلغ من النقود، من خلال إتفاق شرط الإبقاء على أساس مؤشر الذي يهدف إلى تغيير قيمة هذا الإلتزام رأس مال أو فوائد بإعتماد عنصر موضوعي كمرجع يسمى المؤشر غالبا ما يكون الذهب شرط قيمة الذهب أو عملة أجنبية شرط العملة الأجنبية سعر القمح أما شرط الإبقاء على القيمة رغم تغير العملة فيعرف بأنه طريقة لتحيين قيمة مسماة لأجر أو لأداءات أخرى إعتمادا على متغيرات لبعض القيم الإقتصادية تسمى المؤشرات المرجعية[3].

(1)-أحمد مروك، مرجع سابق، ص 187.

(2)- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص9.

(3)- هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 56.

والشرط الثاني وهي شروط مراجعة العقد هدفها إعادة تعديل بنود العقد عن طريق إعادة تعديل بين الأطراف فالتعديل هنا لا يتم تلقائيا كما رأينا في الشروط السابقة[1].

شرط إعادة تفاوض وشروط التعديل كل منهما يهدف لملائمة وتعديل أحكام العقد نقطة إختلاف تكمن في طريقة التعديل ومقداره ،فمن حيث آلية التعديل بالنسبة لشرط إعادة تفاوض لا يتم بشكل تلقائي أو آلي فتتم مراجعة العقد إذا حادث أدى إلى وجود تغير جذري في الظروف ترتبت عنه إختلال توازن أداءات المتعاقدين فالأطراف يعيدون التفاوض من جديد بغية مواجهة هذه التغيرات ليصلوا لحل ودي، أما شروط التعديل فيتم تعديل أحكام العقد بشكل تلقائي وفقا للطريقة المتفق عليها من قبل الأطراف منذ البداية[2].

ففي شروط التعديل يكون مقدار التعديل الذي قد يتوصل إليه الأطراف محدد مسبقا من قبل الأطراف وبشكل دقيق في العقد ولا يثور بصدده أي خلاف بين الأطراف، و يقاس عادة بنسبة الزيادة في العملات أو مواد أولية أو نسبة الضرائب المعروضة ،أما شرط إعادة التفاوض فمقدار التعديل يتوقف على ما توصل إليه أطراف عند إعادة التفاوض على العقد، قد يعدل العقد إما بإنقاصه أو زيادة نسبة معينة من السعر أو يفسخ وقد يوقف تنفيذ العقد لحين زوال الظروف الطارئة يتحدد وفقا لما يتوصلون إليه أو حسب مفاوضاتهم[3].

ثانيا- الفرق بين شرط إعادة التفاوض والتعديل الإتفاقي للعقد

يمكن القول أنه في كل من شرط إعادة التفاوض والتعديل الإتفاقي للعقد يحاول الأطراف إيجاد حل لتغير الظروف عن طريق فتح باب المفاوضات، كما أن الاطراف في كلتا الحالتين غير ملزمين بالوصول إلى إتفاق أو تسوية نهائية للنزاع، بالإضافة إلى ذلك فإن الأطراف أيضا عليهم أن يتفاوضوا بحسن النية لإيجاد حل حول مصير العقد [4].

(1)- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص9.

(2)- أحمد مروك، مرجع سابق، ص164.

(3)- مرجع نفسه، ص 164- ص 165.

(4)- مرجع نفسه، ص 168- ص 169.

رغم هذا التشابه بينها إلا أنهما يختلفان من حيث أن شرط إعادة التفاوض يخول للطرف المضرور إمكانية إجبار الطرف الأخر على الدخول في عملية التفاوض ،على عكس التعديل الإتفاقي الذي لا يترتب عنه سوى مراعاة حسن النية[1].

وقد أشار المشرع الجزائري لهذا التعديل الإتفاقي من خلال أحكام المادة 106 من القانون المدني التي تنص على أن: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نفضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون"[2].

وبذلك عرف الأستاذ ghozi التعديل الاتفاقي بأنه: "تصرف قانوني يتم بمقتضاه إتفاق الأطراف أثناء تنفيذ العقد على تغيير عنصر منه أو عدة عناصر، وذلك من أجل إستمراره"[3].

المبحث الثاني: شروط إعمال الإلتزام بإعادة التفاوض

تتعلق شروط إعمال الإلتزام بالحدث المخل بالعقد حيث يتجلى ذلك من خلال ما تضمنته شروط إعادة التفاوض من معالجة لهذا الحدث المخل بتوازن العقد أي حدث hardship [4]،ويسمح إدراج شرط إعادة التفاوض في العقد بمراجعة العقد عندما يؤدي تغير الظروف إلى قلب توازن الأداءات العقدية حيث يفرض على عاتق الأطراف إلتزاما بإعادة التفاوض، فمتى وقع الحدث الذي تتوافر فيه شروط تطبيق شرط إعادة التفاوض فإن الأطراف المتعاقدة تصبح مبدئيا ملزمة بالإلتقاء حول مائدة التفاوض لبحث التغيرات الممكن إدراجها في العقد بغرض تكييفه مع الظروف الجديدة، وبالتالي فإن إعادة التفاوض تعتبر خاصية أساسية لشرط إعادة التفاوض[5].

(1)-أحمد مروك، مرجع سابق، ص 169.

(2)-مرجع نفسه، ص 168.

(3)- مرجع نفسه، ص 167- ص168 .

(4)-هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 78.

(5)-أحمد مروك، مرجع سابق، ص 221.

لتطبيق هذا الشرط على المتعاقدين أن يعيدا التفاوض متى وقع الحدث من أجل مراجعة العقد لذلك وجب التعرض في المطلب الأول إلى الحدث المخل بإعادة التفاوض وفي المطلب الثاني إلى أثر تغير ظروف تنفيذ العقد.

المطلب الأول: الحدث المخل مناط إعادة التفاوض

لتأمين عملية دخول الأطراف في التفاوض فإن وقوع الحدث المكون لـ hardship يخلق نوعين من الإلتزامات المتقابلة، من جهة يفرض على المتضرر من جراء الحدث إلتزاما بإخطار المتعاقد الأخر بوقوع الحادث ونطاقه وآثاره على تنفيذ العقد وهذا الإخطار هو الذي يسمح للطرف الآخر بأن يلبي الدعوة بالدخول في التفاوض ،ومن جهة أخرى يفرض على المتعاقدين بأن يتقابلوا للمناقشة والتفاوض فوجود هذا الشرط يلزم الأطراف بأن يتقابلوا للتفاوض بحسن نية في إمكانية تعديل العقد لتتماشي أحكامه مع الظروف الجديدة، غير أن رفض أحد الأطراف الدخول في هذه المناقشات يعد تجميدا للدور الذي يلعبه الشرط ويجيز للطرف الآخر أن يطالب بتعويض الضرر الذي أصابه من جراء ذلك[1].

وحدث hardship والذي من أجله يعمل الإلتزام بإعادة التفاوض يستدعي التعرض إلى طبيعة هذا الحدث ومدى توقع إستقلاله عن إرادة أطراف.

الفرع الأول: طبيعة حدث Hardship

إن تعبير شرط إعادة التفاوض عن الحدث المتوقع إما أن يكون بعبارة عامة ترد فيه ألفاظ الشرط بصيغة عامة دونما تحديد دقيق، أو بعبارات خاصة يصف فيها الشرط الحدث بالتدقيق وإن كان تطور التعبير عن الحدث قد رافق تطور شرط إعادة التفاوض، حيث كان

(1)-أحمد مروك، مرجع سابق، ص 221- ص 222.

متعاملوا التجارة يقتصرون في بادئ الأمر على وصف الحدث بعبارات عامة تم تطور الأمر إلى تخصيصه وضبطه بعبارات اكثر دقة[1].

أولا: الصياغة العامة

تتنوع صور التعبير عن عدم التوقع من عقد لأخر، ويذكر الأطراف في بعض العقود هذا الشرط دون أن يتبعوه بأي وصف آخر يميزه أو يحدده ومثال ذلك الشرط الذي ينص على أنه: "... في حالة وقوع أحداث إقتصادية غير متوقعة" والشرط الذي ينص "...ظروف غير عادية وغير متوقعة"، وفي بعض الأحيان يتبع الأطراف صفة عدم التوقع بعبارة عادي أو معقول، ومن أمثلة هذا النوع الشرط الذي حدد فيه الأطراف صفات الأحداث التي تشكل شرط إعادة التفاوض hardship بأنها: "...الظروف التي تتجاوز التوقعات العادية للأطراف"[2].

أما بالنسبة لشرط إختلال التوازن فيعبر عنه الأطراف أيضا بمصطلحات عامة يحدد فيها الأطراف الأثر الذي يترتب عنه الحادث ،ومثال ذلك إتفاق الأطراف على أن الحادث يجب أن يؤدي إلى تقلب توازن العقد أو عبارة تقلب في إقتصاد، كما قد يتفق الأطراف على التعبير عن هذا الأثر بوصف الأحداث بأن من شأنها أن تؤدي إلى تشديد الأداء بالنسبة لأحد الأطراف، كما يضيف الأطراف إلى هذه الصياغات العامة ضرورة إصابة أحد الأطراف بضرر من جراء التغير في الظروف كالشرط الذي ينص على أنه: "في حالة وقوع أحداث غير متوقعة والتي يكون من آثارها قلب الأساس الإقتصادي للعقد مسببة ضرر لأحد الأطراف"[3].

(1)-أحمد مروك، مرجع سابق ، ص 78.

(2)- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 242.

(3)- أحمد مروك، مرجع سابق، ص 192.

للأطراف حرية واسعة في أن يعبروا عن شرط إعادة التفاوض عن طريق صيغ عامة، إلا أنها قد تثير بعض الصعوبات في تحديد النية الحقيقية للأطراف خاصة عندما يستخدمون مصطلحات لا تعبر صراحة عن نيتهم[1].

وكذلك عمومية العبارات المستخدمة في وصف المخاطر الممكن توقعها غالبا ما يطرح مشكلة تفسيرها، ولهذا على الأطراف الإتفاق على مدلول الأحداث التي يمكن أن تؤدي إلى عرقلة تنفيذ العقد ،ولتفادي هذه الإشكالات لشرط إعادة التفاوض يجب تدقيق وتخصيص المخاطر التي يمكن أن تمس بتوازن عقودهم في مرحلة التنفيذ[2].

ثانيا: الصياغة الخاصة

بخلاف الصياغة العامة يمكن لأطراف العقد أن يصيغوا شرط إعادة التفاوض بصياغة خاصة، وذلك بالتفصيل في تحرير كل عنصر من عناصر هذا الشرط[3].

وبهذا الأطراف لا يقتصرون على ذكر مصطلح عدم التوقع مجردا ولكنهم يخصصون بعض الأحداث ويعتبرونها غير متوقعة في مفهوم عقدهم أو على العكس يستبعدون هذه الخصيصة عن بعض الاحداث ويجعلونها غير متوقعة في وجهة نظرهم، كالشرط الذي إتفق فيه الطرف على أنه: " في حالة وجود تفسير جديد لقوانين الإستيراد أو في حالة وجود تعديلات في موقف المشتري أو الوفاة أو وقف الدفع..." [4].

ويعبر هذا النوع من الشروط الذي يحدده الأطراف مسبقا أحداثا معينة يفترضون أنها غير متوقعة أو العكس من ذلك يستبعدون بعض الأحداث ويجعلونها متوقعة، مما يعفي القاضي أو المحكم من البحث عن مدى توافر هذا الشرط في الحدث الذي تم تحديده [5].

(1)- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 242.
(2)- هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 81.
(3)- أحمد مروك، مرجع سابق، ص 193.
(4)- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 243.
(5)-مرجع نفسه، ص 243 .

تتسم هذه الصياغات الخاصة بوضوحها في التعبير عن نية الأطراف إلا أنها تثير التساؤل حول التناقض الذي يبدو ظاهريا بين فكرة عدم التوقع والتوقع المسبق للأطراف لبعض الأحداث ،وفيما إذا كان توقع الأطراف لأحداث معينة يحول دون تمسكهم بتطبيق أحكام بشرط إعادة التفاوض **hardship** على أساس أنها متوقعة منهم[1].

لقد ذهب غالبية فقه التجارة الدولية إلى الإجابة عن التساؤل بقولهم إلى أن تحديد الأطراف المسبق لبعض الأحداث لا ينفي صفة عدم التوقع عن هذه الأحداث، فلو أن الأطراف قد توقعوا ظهور هذه الأحداث فإنهم لم يتوقعوا مداها والوقت الذي ستستمر خلاله ولم يتوقعوا أيضا أثر هذه الأحداث على السريان العادي لتنفيذ العقد ومقدار المجهودات المتطلبة لإزالة النتائج الضارة التي سببتها هذه الأحداث[2].

للأطراف لهم الحرية عند صياغة شرط إعادة التفاوض أن يستعملوا تارة الصياغة العامة وتارة الصياغة الخاصة، كما يحددون في بعض الحالات بعض أحد العناصر بدقة دون غيره من العناصر ،ومن الأمثلة على ذلك إذا وقعت أثناء سريان العقد تغيرات هامة في حالته العامة أو تطورت هذه الظروف لدرجة إرهاق أحد طرفي العقد بحيث لا يمكن مطالبته بتحمله طبقا لقواعد العدل، فإن الأطراف تتفق لتعديل شروط العقد وفقا للمعطيات الجديدة وبصفة عادلة للطرفين المتعاقدين على حد سواء[3].

والجدير بالذكر أن الفقه يفضل الطرق الخاصة في التعبير عن شرط إعادة التفاوض لتحديد مقاصد أطراف العقد بشكل دقيق ولتسهيل مهمة القاضي أو المحكم من جهة ولتفادي الصعوبات التي قد تنشأ عن تفسير المصطلحات التي قد يستخدمها الأطراف من جهة أخرى[4].

(1)- أحمد مروك، مرجع سابق، ص 194.

(2)- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص243- ص 244.

(3)-أحمد مروك، مرجع سابق، ص 195.

(4)-مرجع نفسه ، ص195.

الفرع الثاني: عدم توقع الحدث وإستقلاله عن إرادة أطراف العقد.

أولا: عدم توقع الحدث

لاشك أن عنصر عدم التوقع هو شرط ضروري لتطبيق أحكام شرط إعادة التفاوض، ولما كان تغير الظروف يؤدي إلى الخروج عن المبدأ العام في القوانين الوضعية ألا وهو مبدأ شريعة المتعاقدين وبذلك يجب أن يكون هذا التغيير غير متوقع[1].

وتبعا لذلك فإنه يشترط أن يخرج الحدث من دائرة توقع الأطراف عند إبرام العقد وذلك بإعتبار العقد أداة للتوقع ،وبذلك يعمد متعاملوا التجارة الدولية إلى تضمين شروط إعادة التفاوض الإشارة إلى عدم توقع الأحداث التي تمس بتوازن عقدهم في مرحلة تنفيذه ،حيث قضي شرط بأنه يعتبر الأطراف بأنه بالنظر إلى المدة التي يستغرقها تنفيذ هذا العقد فإن ظروفا غير معروفة عند إبرام العقد[2].

ونصت مبادئ unidroit المتعلقة بعقود التجارية الدولية في المادة 2/2/6 الخاصة بتعريف شرط إعادة hardship تنص في الفقرة B منها على أنه: "إذا لم يستطع الطرف المضرور أن يأخذ في إعتباره مثل هذه الأحداث وقت إبرام العقد"[3].

وشرط عدم التوقع نص عليه المشرع الجزائري بصدد الظروف الطارئة من خلال نص المادة 107 الفقرة الثالثة من القانون المدني كالآتي: " ومع ذلك إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها..." [4].

كما تعرضت غرفة التجارة الدولية مسألة عدم توقع الحدث المخل بالعقد من خلال الشرط النموذجي الذي وضعته لشرط إعادة التفاوض ،حيث نصت في البند الأول من مقترحاتها على أنه في حالة وقوع أحداث غير متوقعة من الأطراف من شأنها أن تعدل

(1)-أحمد مروك، مرجع سابق، ص 183.

(2)- هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 87.

(3)- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص228.

(4)- أحمد مروك، مرجع سابق، ص 184.

بشكل أساسي توازن العقد، بمعنى وقوع أحداث لم يكن بوسع أطراف العقد توقعها أثناء إبرام العقد[1].

أما بالنسبة لتقدير عدم التوقع إنقسم الفقه لإتجاهين إتجاه أول يأخذ بالمعيار الشخصي أو الإرادي ويرتكز على عناصر شخصية خاصة بالمدين لتحديد عدم التوقع[2].

يتميز المعيار الأول بعناصر شخصية بحته خاصة بالمدين، فهو يراعي ظروف المتعاقد الشخصية كمركزه من الناحية الإجتماعية والثقافية وقدرته العقلية وطبيعة عمله أو على العكس غير متوقع بالنسبة لهذا المدين نفسه دون الإعتداد بأية ظروف خارجية أخرى، وفي حالة صدور قانون يفرض رسوما أو إجراءات إدارية جديدة تجعل تنفيذ الإلتزام بالتوريد صعبا أو مستحيلا من الناحية القانونية ،فإن تقدير مدى توقع هذه الأحداث سيكون وفقا لنية المتعاقدين ووفقا للصفات الشخصية الخاصة بهم[3].

أما الإتجاه الثاني فإنه يأخذ بالمعيار الموضوعي الذي يعتد بالظروف والأحوال التي تحيط بالعملية التعاقدية نفسها، حيث يفترض وجود شخص معتاد في نفس الظروف التي تواجد فيها المدين وهذا الرأي هو الراجح عند غالبية الفقه[4].

وفقا لهذا المعيار حتى يكون الحدث غير متوقع يجب ألا يكون في مقدور الشخص العادي أن يتوقع حدوثه ولو وجد في نفس ظروف المدين وقت التعاقد، ولا يتطلب أن يكون المتعاقد من أشد الناس يقظة أو من ذوي التفكير الثاقب بل يتطلب شخصا وسطا بين الإثنين ممن تتكون منهم أغلبية افراد المجتمع[5].

(1)- هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 89.
(2)- أحمد مروك، مرجع سابق، ص 185.
(3)- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 251- ص 252.
(4)- أحمد مروك، مرجع سابق، ص 185.
(5)- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 253.

ثانيا-استقلالية عن إرادة أطراف العقد.

يتحدد مفهوم إستقلال الحادث بمدى مساهمة المدين في إحداث الظرف الطارئ فيفترض في الحادث الطارئ أنه واقعة لا تصدر من أحد الطرفين قصد تعديل العقد لصالحه، وبعبارة أخرى يجب أن يكون الحادث خارجا عن إرادة المتعاقدين فإذا كان أحد المتعاقدين هو الذي تسبب بخطأه في الحادث مما أوقعه في دائرة الإرهاق عند تنفيذ إلتزامه، فيترتب عليه تغيير العلاقات التي كانت موجودة بين المتعاقدين في بادئ الأمر ويؤدي إلى إعاقة الإستمرار العادي للعقد[1].

ولهذا يكون من غير المنطقي أن يستفيد المدين من تغير ظروف العقد للتمسك بأحكام شرط إعادة التفاوض لتعديل العقد بينما يعزى هذا التغير إلى خطأ هذا المدين[2].

ولقد ترجم الفقه شرط إستقلالية الحدث بفرض إلتزامين إثنين على أطراف العقد، الأول يتمثل في وجوب أن يتخذ الطرف المتضرر من تغير ظروف العقد نتيجة حدث الـhardship للإجراءات المعقولة من أجل تفادي هذا الحدث أو تفادي آثاره، بينما يتمثل الإلتزام الثاني في عدم توقف هذا المتعاقد من تنفيذ إلتزامه بالرغم من وقوع الحدث[3].

ويمتد شرط إستقلال الحادث عن إرادة المدين أيضا إلى الشروط العامة وإتفاقيات التجارة الدولية، وهذا ما تؤكده مبادئ القانون الموحد unidroit المتعلقة بعقود التجارة الدولية قد تبنت هذا الشرط من خلال المادة 2/2/6 الخاصة بتعريف شرط إعادة التفاوض hardship التي تنص نكون بصدد hardship عندما تقع أحداث تهدم بشكل أساسي توازن الأداءات العقدية... وتفلت عن سيطرة الطرف المضرور[4].

(1)- أحمد مروك، مرجع سابق، ص 186.
(2)- هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 91.
(3)- أحمد مروك، مرجع سابق، ص 187.
(4)- هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 92.

أما بالنسبة لمعيار إستقلال الحدث عن إرادة الأطراف والذي من خلاله يمكن الإعتماد عليه في تحديد مضمون إستقلال الحادث عن إرادة المدين، فنجد معيارين فالمعيار الأول شخصي يحدد إستقلالية الحادث عن إرادة المدين بالمقارنة بين إرادة أطراف بحيث يكون الحادث مستقلا عن إرادة المدين[1].

وكذلك يقوم على إستقلالية الحدث عن إرادة الأطراف إذ لا تشارك هذه الإرادة بأي شكل وفي أي وقت في إحداث الفعل المخل بتوازن العقد في مرحلة تنفيذه[2].

أما المعيار الثاني فهو المعيار الموضوعي فيحدد هذا الإستقلال بالمقارنة بعمل أو نشاط المدين، فلا يكفي ألا تشارك إرادة المدين في وقوع الحدث بل يجب بالإضافة إلى ذلك أن يكون هذا الحدث بعيدا عن عمل أو نشاط المدين[3].

فيقوم هذا المعيار على أساس عدم إرتباط الحدث المخل بالعقد بنشاط الطرف المدين، أي أن يكون الحدث مستقلا عن أنشطة المدين بالإلتزام وهذا ما يعكس أهمية شرط الإستقلالية وفعاليته في مجال المسؤولية العقدية[4].

وتميل قواعد قانون التجارة الدولية إلى الأخذ بالمعيار الشخصي لما في إعمال المعيار الموضوعي من تضييق لمجال تطبيق شرط التفاوض ،إذ يستلزم هذا المعيار إستقلالية الحدث عن إرادة المدين إضافة إلى إستقلاليته عن ميدان هذا الأخير، وهذا ما تضمنه الشرط النموذجي لغرفة التجارة الدولية بخصوص الhardship وكذا اتفاقية فيينا لسنة 1980 بخصوص القوة القاهرة و مبادئ القانون الموحد unidroit[5].

وتبعا لذلك فإن إستقلال الحدث عن إرادة أو الطرف الذي يتمسك به يترجم بعدم إرتكاب أي خطأ من شأنه التسبب في حدوثه، إذ لا يتصور أن يستفيد المتعاقد من تغير

(1)–هني عبد اللطيف ،مرجع سابق، ص 187.
(2)– أحمد مروك، مرجع سابق، ص 185.
(3)– مرجع نفسه، ص 187– ص188.
(4)– هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 92.
(5)–مرجع نفسه، ص 92.

الظروف بسبب خطئه لإعمال إعادة التفاوض، ولقد عبر عن هذا المعنى الأستاذ Reine بقوله: " أنه يجب على المتعاقد الذي يتمسك بتغير ظروف تنفيذ العقد أن يتصف بالحذر والعقلانية، أي أن يسلك سلوكا سلبيا في عدم التسبب في هذا التغير وسلوكا إيجابيا يتمثل في عدم إرتكابه أي خطأ من شأنه أن يؤدي إلى وقوع هذا الحدث"[1].

بالمقابل فإن إعمال إعادة التفاوض بشأن العقد في مرحلة تنفيذه لا يستدعي فقط تغير ظروف تنفيذه فحسب بل أن يؤثر هذا التغير على توازن العقد[2].

ورغم أهمية هذا الشرط والإنتقادات الموجهة له إلا أن غالبية الفقه يراه شرطا ضروريا وأساسيا لوصف الحدث بشرط إعادة تفاوض ،وبهذا نستخلص أنه إذا تأثر تنفيذ العقد بالتغير في الظروف الخارجية له أيا كانت صورة هذا التغير قوة قاهرة أم ظروف طارئة يجب أن يكون الحدث الذي تسبب في هذا التغير مستقلا عن إرادة المدين ولا شأن له به وذلك حتى ينتج أثره بإعادة التفاوض في العقد[3].

المطلب الثاني: أثر تغير ظروف تنفيذ العقد

لقد وردت عدة شروط لإعادة التفاوض تظهر وجود صيغ تعاقدية يميل فيها متعاملوا التجارة الدولية إلى التركيز على أثر الحدث المخل بتوازن العقد أثناء تنفيذه، إذ أن إعمال الإلتزام بإعادة التفاوض طبقا لهذه المقاربة يتوقف على تحديد مدى هذا التأثير، غير أن شروط إعادة التفاوض التي تمت دراستها من قبل الفقه تبين عدم وحدة المعايير المعتمدة من قبل متعاملوا التجارة الدولية في تحديد مدى هذا الأثر، فمن الشروط ما يعمد إلى الإشارة إلى إختلال توازن العقد كمحدد لهذا الأثر ومنها ما يؤسس هذا التأثير على مدى صيرورة إلتزام أحد الأطراف مرهقا له[4].

(1)–هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 92– ص93.

(2)– شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 262.

(3)– هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 93.

(4)–مرجع نفسه، ص 93.

الفرع الأول: إختلال توازن العقد

لإعمال شرط إعادة التفاوض يشترط المتعاقدون في ميدان التجارة الدولية أن يكون التغير الذي يؤدي إليه الحدث المبرر لإعادة التفاوض جوهريا يصاحبه إضطراب واضح في إقتصاد العقد بحيث يؤدي إلى ضرر ليس من المنطقي أن يتحمله أحد الأطراف، بحيث تؤدي الأحداث التي يواجهها شرط إعادة التفاوض إلى إختلال توازن العقد بشكل يقدح في قدرة المتعاقد على تنفيذ إلتزامه، لكن ليس كل إختلال في توازن العقد يعد مبررا كافيا لإعمال شرط إعادة التفاوض فالتغير البسيط والطفيف في الأسعار أو قيمة تكلفة أو ثمن المواد الأولية الناتج عن التقلبات الإقتصادية المعتادة لا يعد كافيا للقول بوجود إختلال في توازن العقد[1].

وتعتمد شروط إعادة التفاوض في العقود الدولية الحديثة على الإشارة إلى أثر حدث الـhardship وأمثلة على هذه الشروط:

-" في حالة تغيرات في الظروف... مما ينتج عنه إختلال إقتصاد المشروع".

-" في حالة وقوع أحداث... تخل بتوازن العلاقات بين الأطراف".

وأهم ما يترتب عن وقوع حدث ال hardship هو إختلال توازن العقد الذي يوصف بأنه إختلال جوهري يمسي إقتصاد العقد، وبذلك يؤدي إلى ضرر يلحق بأحد المتعاقدين من جراء هذا الظرف يتجاوز الحد المعقول الذي من المفترض أن يكون قد قبله عند إبرام العقد، بل إن من شروط إعادة التفاوض ما يشير كفاية أن يتسبب تغير الظروف في إختلال العقد بغض النظر عما إذا كان متوقعا[2].

يختلف المعيار الذي يتبناه الأطراف في قياس الإختلال الذي يسببه الحدث المكون لشرط إعادة تفاوض hardship، وتتنوع المعايير في هذا الصدد إلى نوعين معيار

(1)-أسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة تفاوض، دراسة في عقود التجارة الدولية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العراق، 2010، المجلد3، العدد1،من ص124إلى ص 126.

(2)- هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 93- ص 94.

موضوعي يقيس الإختلال في ضوء التوازن الأساسي للعقد كما توقعه رجل معتاد موضوع في نفس ظروف الطرف المدين الذي تأثر إلتزامه بإختلال التوازن ،والمعيار الشخصي الذي يقدر الإختلال في ضوء توازن العقد كما توقعه أطراف العقد وفي ضوء ظروفهم الشخصية[1].

أولا: المعيار الشخصي في تقدير إختلال توازن العقد

يقوم على قياس التغير الذي طرأ على الظروف الشخصية وبالأخص المدين المتضرر ،حيث أنه ليس من العدل مطالبته بتحمل هذا الضرر وتشير الكثير من شروط إعادة التفاوض على عدم الوضع الجديد إذ نص العديد منها على أنه[2]:

– "...أن تطبق هذه الإتفاقية سيسفر عن عواقب غير عادلة على أي من الطرفين"[3].

– " ويتعين على أحد الطرفين أن يتحمل صعوبات لا يمكن أن يطالب بها على نحو عادل وأن يوافق الطرفان على تكييف شروط هذا العقد مع الحالة الجديدة بطريقة عادلة للطرفين[4].

يقيس هذا المعيار الإختلال وعلى خلاف المعيار الموضوعي بالتغير الذي طرأ على الظروف الشخصية للمتعاقدين وخاصة المدين المضرور، فالإختلال يكون ضارا غير عادل وفقا لهذا المعيار متى تحمل المدين ضررا شديدا من جراء فقد العقد لتوازنه بحيث لم يعد من

(1)– شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 153.

(2)– هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص95.

(3)–Telle que l’application de la présente convention aboutirait, Marcel Fontaine et filip Dely Dragting international contracts Analysis of contract clause Newyork p 472par cite: http://Books.google dz/books ?id =q75MoirNwvIc§pg=PA472§dq= telle+que+l’application+de+la+presente+convention+aboutirait

(4)– Oppetit Bruno, OP cite, P803.

العدل أن تلزمه بأن يتحمل مثل هذا الضرر، فعدم العدالة تظهر عندما يترك الضرر أثرا واضحا على إلتزام المدين[1].

وإلى جانب هذا فإن المعيار الشخصي يقوم على النظر إلى الظروف الشخصية للمتعاقد المتضرر من تغير ظروف تنفيذ العقد، وذلك من خلال إعادة التفاوض لرفع عدم العدالة الظاهرة، فهو لا يراد به إعادة التوزيع الحسابي لإلتزامات المتعاقدين إذ يعبر عنه غالبا بعبارة عدم عدالة لما في هذا المصطلح إحتواء لهذه الظروف الشخصية[2].

ولقد أشارت القرارات التحكيمية إلى المعيار الشخصي إذ قضت هيئة تحكيم أن إختلال التوازن الذي يجيز تعديل العقد يشير إلى ظروف مختلفة منها تغيرات جوهرية في الظروف المحيطة بالعقد تؤثر في التنفيذ المتبادل لإلتزامات المتعاقدين أنفسهم، بحيث تجعل إلتزامات أحدهم غير معقولة وغير عادلة بالنسبة لإلتزامات المتعاقد الآخر[3].

ويتحدث الفقه وفقا لهذا المعيار عن إختلال يؤدي إلى نتائج مختلفة بشكل أساسي عن تلك التي واجهها الأطراف عند إبرام العقد، ولذا فالمعول عليه في هذا المعيار كما تشير الشروط التعاقدية هو مدى تأثر إلتزامات المتعاقدين بالإختلال في توازن العقد[4].

وفقا لهذا المعيار يتم تقدير الإختلال وفقا لمدى التغير الذي طرأ على الظروف الشخصية للمتعاقدين لاسيما المدين المضرور، فالإختلال يبرر إعمال شرط إعادة التفاوض متى كان غير عادل بالنسبة إلى المدين ،بحيث نجم عنه ضرر شديد جراء فقدان العقد توازنه الطبيعي وعدم العدالة يظهر عندما يترك الضرر أثرا سلبيا واضحا على قدرة المدين على تنفيذ إلتزامه ،حتى وإن لم يكن كذلك بالنسبة إلى مدين آخر وإن كان موضوعا في نفس ظروف المدين[5].

(1)- هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 96.

(2)- مرجع نفسه، ص 96.

(3)- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 156.

(4)- مرجع نفسه، ص 155- ص 156.

(5)-أسيل باقر جاسم، مرجع سابق، ص 128.

ولا يعفى تطبيق المعيار الشخصي في تقدير الإختلال إعادة التوزيع الحسابي لإلتزامات المتعاقدين، فالأمر يتعلق بالأدق بالعدالة التعاقدية التي تفرض إعادة التفاوض لرفع الضرر الفادح وعدم العدالة الظاهرة التي يسببها إختلال توازن العقد ولا تفرض توازنا حسابيا بين إلتزامات المتعاقدين، وتظهر أهمية هذا المعيار مع ذلك في الحالات التي لا يكون فيها الموقف الإقتصادي للمدين قويا ففي هذه الحالة يصبح الإختلال ضارا متى أصيب هذا المتعاقد بضرر شديد، حتى ولو لم يكن الضرر كذلك من الناحية الموضوعية[1].

ومن أمثلة الشروط التي تأخذ بهذا المعيار الشرط الذي ينص على أن: "إعادة التفاوض عندما يؤدي التنفيذ الحالي للعقد إلى نتائج غير عادلة بالنسبة لأحد المتعاقدين، وكذلك الشرط الذي ينص على أنه: "... إذا تحمل أحد الأطراف ما لم يكن بشكل عادل أن نطلب منه أن يتحمله... سوف يتفق الأطراف على تعديل شروط العقد الحالي ليلائم الموقف الجديد بشكل عادل للطرفين"[2].

ويميل المتعاقدون إلى إعتماد المعيار الشخصي عند صياغة شرط إعادة التفاوض، حيث يدرجون في شروطهم التعاقدية عادة بنودا تشير إلى أن نسبة معينة من الإختلال تجيز طلب تعديل العقد، ولاشك أن تحديد هذه النسبة قد تم من خلال تقدير الظروف الشخصية المحيطة بهم ،كما يلجأ قضاء التحكيم إلى الأخذ بالمعيار الشخصي عند عدم إتفاق الأطراف على عدم إعتماد معيار معين في تقدير الاختلال[3].

ثانيا: المعيار الموضوعي

يقوم المعيار الموضوعي على عدم النظر إلى الظروف الشخصية للمتعاقد المتضرر بسبب إختلال توازن العقد وإنما على مدى التغير الذي طرأ على شروط العقد ككل، أي أن

(1)- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 156.

(2)- هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 95.

(3)- أسيل باقر جاسم، مرجع سابق، ص 128.

يكون هذا الإختلال معتبرا وأعملت العديد من شروط إعادة تفاوض هذا المعيار في تقدير إختلال توازن العقد عددها الأستاذ ومنها: fontaine و Dely.

- "... ضرر أساسي وغير ملائم لكلا الطرفين...".
- "... من أثر الإخلال بإقتصاد العقد..." [1].

وتبعا لذلك يظهر من خلال هذه الشروط أن المعيار الموضوعي المتمثل في تقدير الإختلال توازن العقد يستند على قيم حسابية في الموازنة بين إلتزامات أطراف العقد لمعرفة مدى الضرر الذي لحق بأحدهما أو كلاهما فكما يقول الأستاذ Barbiert:

" إن الحساب السالب في ميزان الأداءات تعتبر نقطة البداية لتبرير إعادة التوازن"[2].

ويتبنى الأطراف هذا المعيار عندما يتفقون على ألا يأخذوا في إعتبارهم عند تقدير الإختلال ظروفهم الشخصية وخاصة ظروف المضرور من هذا الإختلال ،ويقاس الضرر في هذه الحالة بمعيار مجرد قوامه وضع شخص معتاد في نفس ظروف المدين المتعاقد لمعرفة قدر الضرر الذي أصابه من جراء إختلال توازن العقد ،وينحصر بحث المحكم في شروط الصفقة ومدى التغير الذي طرأ على هذه الشروط أو على ظروف تنفيذها وما سببه هذا الإختلال من ضرر يستطيع أن يتحمله شخص معتاد موضوع في نفس الظروف[3].

ويشير بعض الفقه وفقا لهذا المعيار إلى التغير الذي يحدث في إلتزامات الأطراف والذي يؤدي إلى نتائج مختلفة عن تلك التي توقعها الشخص المعتاد وقت إبرام العقد، ويستخدمون للتعبير عن هذا التغير طريقة الميزانية بشقيها السلبي والإيجابي حيث يرون أن :"الحساب السالب في ميزان الأداءات تعتبر نقطة البداية لتبرير إعادة توازن العقد"[4].

(1)- هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 96- ص 97.

(2)- مرجع نفسه، ص 97.

(3)- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 153- ص 154.

(4)-شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 154.

حيث يتبنى المتعاقدون في المعيار الموضوعي عندما يتفقوا على عدم الأخذ بنظر الإعتبار عند تقدير الإختلال تقديرهم الخاص به، بل يقاس الإختلال وفقا لمعيار الشخص المعتاد وهو شخص متوسط الصفات في كل شيء وموضوع في نفس ظروف المدين، وعندئذ فإن دور القاضي أو المحكم ينحصر في دراسة شروط العقد وما هي الأحداث والظروف التي طرأت أثناء التنفيذ ومقدار الإختلال الناجم عن تلك الأحداث وفقا لما يستطيع أن يتحمله الشخص المعتاد الموضوع في نفس ظروف المدين[1].

ولقد أشارت هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية في القرار الصادر في القضية رقم1512 لسنة 1971 بباريس، في هذا النزاع يجب أن يؤخذ به عند تقدير الإختلال هو الشروط الأساسية للعقد والعدالة في التنفيذ وفقا للمعتاد، ولم يشر القرار التحكيمي إلى ظروف المتعاقدين الشخصية أو تقديرهم الخاص للإختلال[2].

وبالمقابل قد يلجأ متعاملوا التجارة الدولية إلى تحديد مدى إختلال توازن العقد بنسب عددية، كالشرط الذي يقضي بأنه في حالة إرتفاع الزيت بنسب أكثر من ستة فرنكات للوحدة الأساسية سوف يتفاوض الأطراف لفحص أثر هذه الزيادة على شروط العقد ،سواء تعلق الأمر بشرط الثمن أو بأي شرط آخر وفي بعض الحالات تقتصر شروط إعادة تفاوض على تحديد البند الذي قد يرد عليه التغيير دونما لنسبة معينة وإن كان هذا التغير يتم حسابيا، كالشرط الذي نص على أنه في حالة التطورات أو التغيرات التي ترد على الفرنك الفرنسي أو الدولار الأمريكي، يجتمع الأطراف لمناقشة آثار هذه التغيرات على تنفيذ العقد ليتخذوا الإجراءات المناسبة لإعادة التوازن[3].

ويعيب بعض الفقه على المعيار الموضوعي أنه يهمل إلى حد كبير العوامل والظروف الخاصة بالمدين والتي قد يكون لها أثر كبير في التقدير السليم لمقدار الضرر، فقد يكون الضرر كبيرا من الناحية الموضوعية أي مقارنة بالضرر الذي قد يصيب مدينا

(1)–أسيل باقر جاسم، مرجع سابق، ص 127.

(2)–مرجع نفسه، ص127.

(3)– هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 97– ص98.

آخر، إلا أنه لا يكون كذلك بالنسبة إلى المدين نظرا لملائمته وكفاءته المالية الكبيرة ويسبب مشكلات كبيرة عند تفسير إرادة الأطراف ومقاصدهم، لاسيما عند إستعمال الأطراف مصطلحات عامة أو غير محددة تحتمل التأويل والتفسير على أكثر من وجه أو مصطلحات غامضة تجعل من الصعب تحديد نيتهم[1].

وينتصر الفقه وبحق إلى المعيار الشخصي في تقدير الإختلال ،فمن ناحية يبحث المحكم وفقا لهذا المعيار الخسارة التي تكبدها المدين من جراء تغير الظروف المحيطة بالعقد ويبحث أيضا المكسب الذي منحه الإختلال للطرف الأخر، الأمر الذي يقدم رمزية البحث المزدوج للتغيرات التي طرأت على إلتزامات المتعاقدين وهو من ناحية ثانية أكثر عدالة لأنه يأخذ بإعتباره الظروف الإقتصادية للمتعاقد المضرور، ولذا يكون تحديد نطاق الضرر أكثر تحديدا ومن ناحية ثالثة هو معيار أكثر منطقية، فالهدف المرجو إلى تحقيقه من شرط إعادة التفاوض هو الحفاظ على بقاء العقد من خلال قدرة كل متعاقد على تنفيذ إلتزامه دون تحمل ضرر فادح[2].

الفرع الثاني: التنفيذ المرهق للإلتزامات العقدية

قد يشترط لإعمال الإلتزام بإعادة التفاوض أن يترتب عن تغير ظروف تنفيذ العقد الدولي أن تصير إلتزامات أحد الأطراف مرهقة له ،إذ لا يمكنه تفادي الحدث المخل بتوازن العقد ،ويتم تحديد مدى إرهاق المتعاقد في تنفيذه لإلتزاماته بالنظر إلى محددين إثنين إما بزيادة تكاليف تنفيذ الإلتزامات أو بإنخفاض قيمة مقابل الأداء[3].

ويشير الكثير من الشروط إلى أن أثر الحدث المخل بالعقد يتمثل في أن يصير تنفيذ العقد مرهقا لأحد أطرافه نذكر منها:

(1)- أسيل باقر جاسم، مرجع سابق، ص 127.

(2)- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 156- ص157.

(3)- هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 100.

"... وإذا أدت هذه التغيرات إلى عبء إقتصادي جوهري ومستمر لأحد أو كلا المتعاقدين على الأطراف التحادث...".

-" يحدد الحدث الذي تسبب في تأخير تنفيذ الإلتزام طبقا لهذا العقد كالتالي:

أ-....

ب- الحدث الذي ليس من المعقول توقعه ولا تفاديه من قبل المتعاقد بدون أن يحمله تكاليف غير معقولة...".

"... وأي سبب من شأنه زيادة إلتزامات المصنع بأكثر من مقارنة بإلتزامه الأصلي لذا فإنه على المصنع أن يطلب مراجعة مناسبة.

-" يمكن لمالك المقاولة في أي وقت بين 01 جانفي و 31 جانفي من كل سنة أو في أي وقت من السنوات التالية تقديم تقرير مفصل يبرز فيه التغير...

ج- الزيادة في الوحدة المرجعية للثمن[1].

من الضروري على الطرف الذي يدعي التغيير أو التعديل أو الزيادة أن يتقدم من أجل الأخذ بعين الإعتبار أي تغير في خريطة الألغام، كأثر لتغير الظروف التي لم يتم توقعها من قبل الأطراف عند إبرام هذا العقد أو عند المراجعة المسبقة لوحدة الثمن بالطن أو زيادة الوحدة المرجعية للثمن"[2].

يتضح من خلال هذه الشروط أن فكرة إعادة التفاوض تفترض أن تغير ظروف تنفيذ العقد نتيجة حدث مفاجئ وغير متوقع يؤدي إلى جعل إلتزامات أحد الأطراف أو كليهما مرهقة له، وتبعا لذلك فإن التنفيذ المرهق للإلتزامات يستدعي عدم إمكانية المدين مقاومته له،

(1)-مرجع نفسه ،ص 100- ص101.

(2)- هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 100- ص102 .

إذ أن مسألة مشقة التنفيذ تعنى أن الحدث المخل بالعقد لا يمكن بأي حال تفاديه ولا تجاوزه وهذا ما يفسر لجوء أطراف العقد إلى إعادة التفاوض[1].

(1)–مرجع نفسه، ص 102.

الفصل الثاني

آثار شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية

الفصل الثاني: آثار شرط إعادة التفاوض في العقود التجارة الدولية

بمجرد تحقق شروط شرط إعادة التفاوض، خاصة شرط إختلال توازن العقد في العقود التجارة الدولية، يتعين على الأطراف تطبيق شرط إعادة التفاوض لمواصلة تنفيذ هذه العقود، مما ينتج عنه آثار تتجسد في الإلتزامات التي يرتبه هذا الشرط على أطراف العقد التجاري الدولي من أجل التوصل إلى إتفاق يتلاءم مع الظروف الجديدة للمحافظة على حسن سير إجراءات عملية إعادة التفاوض في العقود التجارة الدولية، هذه الإجراءات تبدأ بشرط شكلي يتمثل في الإخطار بين المتعاقدين بضرورة إعادة التفاوض وذلك لتخفيف الضرر الحاصل أو المتوقع حدوثه، وكذلك يتعين إعادة السير في المفاوضات بجدية وبحسن نية للحفاظ على ذلك العقد من الفسخ، وتتنوع النتائج المترتبة عن التفاوض الجديد فقد يحقق الجدوى المتوخاة منه في حال نجاحه وقد يفشل لعدة أسباب.

وبما أن شرط إعادة التفاوض هو إلتزام عقدي، بحسب الأصل، فإن الإخلال به يتخذ صورا متعددة ويؤدي لترتيب المسؤولية المدنية في حال حصول ضرر، حيث يتعين جبر الضرر من خلال التنفيذ العيني للإلتزام أو التعويض.

وعليه انطلاقا مما سبق، نقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: الإلتزامات التي يفرضها شرط إعادة التفاوض في العقد التجاري الدولي.

المبحث الثاني: الإخلال بشرط إعادة التفاوض في العقود التجارة الدولية.

المبحث الأول: الإلتزامات التي يفرضها شرط إعادة التفاوض "Hard Ship" في العقد التجاري الدولي

شرط إعادة التفاوض "**Hard Ship**" يفرض على المدين إلتزاما يقابله إلتزام آخر على عاتق الدائن. فيرتب على المدين إلتزام بإخطار الدائن في أقرب وقت ممكن بوقوع الحادث وبالظروف المصاحبة لوقوعه وبنتائج هذا الحادث.

وبالمقابل يفرض هذا الشرط على الدائن بذل قصارى جهده لتخفيف الأضرار التي قد تنجم عن استمرار تنفيذ إلتزاماته.

وبناء على ذلك سأقسم هذا المبحث إلى مطلبين أعالج في الأول الإلتزام بالإخطار، وفي الثاني الإلتزام بتخفيف الضرر.

المطلب الأول: الالتزام بالإخطار

يعد الإلتزام بالإخطار إجراء شكليا يتمثل في إلتزام المدين الذي يواجه حدثا تتوافر فيه خصائص شرط إعادة التفاوض "**Hard Ship**" بأن يخطر الدائن عن وقوعه ونتائجه على تنفيذ العقد، ويسمح هذا الإخطار بإحاطة الطرف الآخر علما بكل الظروف المحيطة بالعقد حتى يتمكن من إتخاذ كافة الإجراءات الضرورية لتفادي الخسائر التي تصيبه من جراء عدم تنفيذ المدين لإلتزاماته[1].

والإلتزام بالإخطار يعتبر إجراء ضروريا بالنسبة لشرط إعادة التفاوض، حيث أن طبيعة هذا الشرط ونظام إعماله يفرضان على المدين بالتنفيذ إلتزاما عاما بإخطار الدائن عن وقوع الأحداث التي أخلت بتوازن العقد[2]، وإن كانت بعض الشروط التعاقدية المتعلقة بهذا الأخير قليلا ما يتفق فيها الأطراف على إلتزام المدين بإخطار الدائن بوقوع الحادث

(1)-أحمد مروك , شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية , رسالة دكتوراه ،ص240 .

(2) -أحمد مروك ، المرجع السابق ، ص241 .

وبيان الإلتزام بالإخطار يقتضي التطرق إلى أساسه القانوني والجوانب الشكلية مراعاتها فيه وذلك في الفرع الأول، وبيان مضمونه والجزاء المترتب على مخالفته في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الأساس القانوني والجوانب الشكلية للإخطار

يلعب الإخطار دورا هاما، سواء بالنسبة للعقد، حيث يوقف تنفيذه فترة من الزمن لحين تحديد موقف المدين من التنفيذ، أو بالنسبة للدائن إذ يسمح له بمعرفة كل ما يعيق التنفيذ العادي للعقد، وعلى الرغم من أهميته إلا أن كثيرا من النصوص القانونية الوطنية لا تنص عليه صراحة، مما يستدعي التساؤل حول الأساس القانوني لهذا الإلتزام. كما يخضع الإلتزام بالإخطار إلى شكليات معينة من حيث المدة التي يجب أن يتم فيها والشكل الذي يتم فيه.

ولأهمية ذلك، سأتناول الأساس القانوني للإلتزام، وكذا الجوانب الشكلية الواجب مراعاتها في الإخطار، تباعا فيما يلي:

أولا– الأساس القانوني للإلتزام بالإخطار

لا تعطي القوانين الوطنية أهمية كبيرة لمسألة إخطار المتعاقد الذي يواجه إستحالة أو صعوبة في التنفيذ، المتعاقد الآخر بحالة القوة القاهرة أو بالظروف الطارئة، وإذا كانت القوانين الوطنية تخلو غالبا من النص على هذا الإلتزام، فإن الفقه يتفق على أن المدين ملزم بإخطار الدائن بكل الظروف التي من شأنها عرقلة تنفيذ العقد، سواء بجعل هذا التنفيذ مستحيلا أو مرهقا[1]، والإلتزام بالإخطار، وإن لم ينص عليه القوانين صراحة، إلا أننا نجده منصوص عليه في أغلبية العقود[2]، وعليه فإذا لم يبلغ المدين الطرف الآخر بالحادث في الآجال المحددة، فإن هذا الحادث لا يعتد به ولا يحتج به[3].

(1) -أحمد مروك، المرجع السابق، ص 242 .
(2) - مرجع نفسه، ص 242.
(3)– علي خوجة خيرة، القوة القاهرة في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير جامعة الجزائر، سنة 2001، ص40.

هذا ويرى البعض أن الإلتزام بالإخطار ولد في كنف إتفاقيات التجارة الدولية أولا، ثم ظهرت تطبيقاته بعد ذلك في القوانين الوطنية التي تأثرت بهذه الإتفاقيات[1]، فعلى سبيل المثال تنص الفقرة الرابعة من المادة 79 من إتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع "يجب على الطرف الذي لم ينفذ إلتزاماته أن يوجه إخطار إلى الطرف الآخر بالعائق وأثره في قدرته على التنفيذ..." [2]، وتنص مبادئ **Unidroit** الخاصة بعقود التجارة الدولية على هذا الإلتزام من خلال المادة **3-7/1/7** المتعلقة بالقوة القاهرة التي تنص على أنه "يلتزم المدين بأن يخطر الدائن بوجود العائق ونتائجه على التنفيذ الإلتزام"[3].

غير أن المادة 1/2/6 من هذه المبادئ والمتعلقة بشرط إعادة التفاوض "Hard Ship" لم تتعرض لهذا الإلتزام.

وينص على هذا الإلتزام أيضا الشرط النموذجي المتعلق بالقوة القاهرة والظروف الطارئة الذي أعدته غرفة التجارة الدولية في البند الرابع تحت عنوان "واجب الإخطار".

وتلعب الشروط التعاقدية أيضا دورا كبيرا ومؤثرا في خلق الإلتزام بالإخطار حيث نجد غالبية الشروط التعاقدية تنص على هذا الإلتزام، مثال ذلك الاشتراطات التالية:

"الطرف المدعي بوجود قوة قاهرة يلتزم بأن يخطر الطرف الآخر بأسرع ما يمكن بحدوث القوة القاهرة..." [4].

(1) -أحمد مروك ، المرجع السابق ،ص242.

(2)-أسماء مدحت سامي، "الإعفاء من المسؤولية في إتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع، فيينا" الناشر دار النهضة طبعة 2006 ,ص 260.

(3)-سلامة فارس عرب، وسائل معالجة إختلال التوازن في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، الناشر دار الكتاب الحديث، سنة 1999، ص 350.

(4)-أحمد مروك، المرجع السابق ،ص244.

وكذلك الشرط الذي ينص "الطرف الذي يتمسك بحالة القوة القاهرة يجب أن يعلم الطرف الآخر بإخطار مكتوب يوضح فيه وقوع الحادث ومدته"[1]، هذا ويعتبر بعض الفقه أن إلتزام المدين بإخطار الدائن بكل الظروف التي أعاقت تنفيذ العقد يستند إلى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الذي يفرض التعاون بينهم، وأول مظاهر هذا التعاون هو إعلام الطرف الآخر بكل الظروف التي تواجه تنفيذ العقد أيا كان أثرها على هذا التنفيذ[2].

ثانيا- الجوانب الشكلية للإلتزام بالإخطار

إذا كان المدين ملزما بإخطار الطرف الآخر بكل الظروف التي أعاقت التنفيذ، إلا أنه يجب يحترم بعض الجوانب الشكلية التي تتعلق بالكيفية التي يتم بها الإخطار وكذلك الفترة التي ينبغي خلالها بتبليغ الإخطار.

فبالنسبة لشكل الإخطار، فيقضي المبدأ بأن الإخطار يجب أن يتم باستخدام الطرق الملائمة المضمونة والأكثر سرعة، من بين الوسائل المتعارف عليها في حقل الاتصالات ونقل المعلومات، وحاليا لا يوجد أسرع من وسيلتي الفاكس والبريد الإلكتروني. ولكن رغم ذلك كله لم يحض شكل الإخطار باهتمام معظم التشريعات الداخلية وإتفاقيات التجارة الدولية، حيث أن هذه الأخيرة تتطلب غالبا أن يتم الإخطار بالطريقة المناسبة للظروف، أما بالنسبة للشروط التعاقدية التي إعتاد الأطراف إدراجها في عقودهم، فمنها ما يهمل تحديد هذا الشكل، ومنها ما ينص عليه صراحة.

فمن الشروط التي تتطلب الإخطار دون تحديد شكله، نجد الصياغة التالية "يتعين على الطرف الذي يتمسك بالقوة القاهرة أن يخطر الطرف الآخر..." [3]، وكذلك الشرط الذي

(1)-أحمد مروك، المرجع السابق ،ص244.

(2)- محمد أبو زيد،" المفاوضات في إطارها العقدي"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة 47، يناير، 2005،ص ص68-69.

(3)- شرط أشارت إليه: عواق صليحة، تكييف العقود الدولية مع تغير الظروف، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، سنة1998، ص68.

ينص على أن "الطرف الذي يتمسك بوقوع حدث القوة القاهرة يجب أن يخطر الآخر في أقرب وقت ممكن وبكل وسيلة"[1].

أما الشروط التي تتطلب الإخطار مع تحديد شكله، فقد يشترط الأطراف أن يتم الإخطار بالكتابة "par écrit" ومثال ذلك الشرط الذي ينص "على الطرف الذي يريد إثارة حالة القوة القاهرة أن يبلغها إلى الطرف الآخر عن طريق الكتابة..." [2]، وقد يتفق الأطراف أن يتم الإخطار بوسائل أخرى مثل البرقية أو الفاكس أو التلكس، ومثال ذلك الشرط الذي ينص على ما يلي "أي إشعار يعتبر قد تم تسلمه، وذلك في الحالات التالية:

1-إذا أرسل بواسطة البريد المسجل المدفوع التكاليف مسبقا إلى الطرف المسلم له في آخر عنوان معروف له، وفي كل حالة يجب أن يكون نافذا في اليوم الثالث لتسليمه إلى البريد.

2-إذا أرسل بواسطة الفاكس أو التلكس إلى رقم فاكس أو تلكس المتسلم له، وفي كلا الحالتين يجب أن يكون نافذا يعد إرساله مباشرة"[3].

ويفسر الأستاذ"FONTAINE" عدم تعرض الأطراف لمدة الإخطار يعني أنهم تركوا تحديد هذه المدة للقواعد العامة التي توجب تمام الإخطار بأسرع وقت ممكن لكي يكون الدائن على بينة من أمره، ويتمكن من إتخاذ الإجراءات التي تخفف من الأضرار الناجمة عن عدم التنفيذ[4].

هذا وتجدر الإشارة أن الأطراف في صياغة مدة الإخطار لا يجب أن يبينوا بكل وضوح متى يكون الإخطار نافذا أو الوقت الذي يفترض فيه أن يكون الطرف المرسل إليه

(1)-أحمد مروك،المرجع السابق،ص245.

(2)-شرط أشارت إليه: عواق صليحة، المرجع السابق، ص68.

(3)-شرط أشار إليه: الدكتور صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي,المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، سنة 1998,ص215.

(4) -أحمد مروك، المرجع السابق ،ص248.

قد استلم الإخطار، و أن عدم تحديد مدة نفاذ الإخطار قد ينجم عنه نزاع بين الأطراف ومن ثم يصبح من الصعب تحديد أثره القانوني، فقد يصل الإخطار في الوقت المحدد ولكن لا يصل إلى الشخص المعني به أو لا تتم قراءته من قبل المعني أو المؤسسة التجارية المسلم لها[1].

الفرع الثاني

مضمون الالتزام بالإخطار وجزاء عدم القيام به

إذا كان الإلتزام بالإخطار عن تغير الظروف التي تعوق تنفيذ العقد سواء بجعله مستحيلا أو يختل توازنه، يحقق فائدة بالنسبة للعقد والمتعاقد، إلا أن ذلك لا يكفي بل يجب أن يتضمن هذا الإخطار بعض المعلومات المتعلقة بوقوع الحادث وكذلك آثاره على تنفيذ العقد. كما يترتب عدم قيام المدين بالتزامه بالإخطار جزاء وهو ما سنتناوله فيما يلي:

أولا- مضمون الالتزام بالإخطار

يتفق غالبية الفقه على ضرورة أن يتضمن الإخطار بيانا على بداية الحادث ونهايته وكذا بالنتائج التي خلفها فيما يتعلق بتنفيذ العقد سواء بجعله مستحيلا أو بإختلال توازنه[2].

كما تؤكد على ذلك إتفاقيات التجارة الدولية وكذلك الشروط العامة والنموذجية، فإتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع تحدد ذلك من خلال المادة 79 التي تنص "...أن يوجه إخطار إلى الطرف الآخر يعلمه فيه بوقوع هذا العائق ويبين له مدى أثره في قدرته على التنفيذ"[3]، ونفس الأمر نجده بالنسبة للشرط النموذجي للقوة القاهرة والظروف الطارئة الذي أعدته غرفة التجارة الدولية.

(1)–الدكتور بن عبد الله بن عطاف العوفي، المرجع السابق، ص 214.

(2)- أحمد مروك، المرجع سابق ، ص 249 .

(3)–الدكتور محسن شفيق، إتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، سنة 1988، ص260.

وتنص الشروط التعاقدية أيضا على ذلك، ونضرب مثال على ذلك الشرط الذي ينص "على الطرف المدعي بحالة القوة القاهرة أن يقوم مباشرة بعد حدوثها تبليغ الطرف الآخر عن طريق الهاتف، تلكس مثبت بموجب رسالة موصى عليها بالإستلام، يجب أن يكون هذا التبليغ مرفقا بجميع المعلومات المفصلة واللازمة[1].

والتزام المدين بأن يخطر الدائن بكافة المعلومات عن وقوع الحادث ونتائجه يقتضي منه البحث الدقيق والكافي في هذه المعلومات ليخطر بها الدائن، فلا يقبل منه أن يقف موقفا سلبيا تجاه الحادث ويحتج بجهله للظروف التي وقعت لتخلصه من المسؤولية[2].

ثانيا: جزاء عدم الإلتزام بالإخطار

يختلف الجزاء المترتب عن عدم الوفاء بالإلتزام بالإخطار بحسب إرادة الأطراف، فقد يتفق الأطراف على توقيع جزاء معين، وقد يتركون تحديد هذا الجزاء للقواعد العامة.

فإذا إتفق الأطراف في عقدهم على توقيع جزاءات، فان هذه الأخيرة تتفاوت في درجتها بين المرونة والتشديد، فقد يختار الأطراف الحق في التعويض، ومثال ذلك الشرط الذي ينص على أن "... في حالة تخلف الإخطار، يلتزم المدين بالتعويض عن كل الخسائر التي تنتج عن ذلك..." [3]، وقد يفضل الأطراف الحق في التمسك بوقوع الحادث أيا كانت طبيعته إلا من وقت القيام بالإخطار، ومثال ذلك الشرط الذي ينص "في حالة القوة القاهرة وفي الحالات المتشابهة..يوقف تنفيذ الإتفاق من اللحظة التي يقوم فيها الطرف المعني بإخطار الطرف الآخر بوقوع الحادث..."، كما قد يتفق الأطراف على

(1)–الفقرة الثالثة من المادة 21 من العقد المبرم بين شركة نفطال NAFTAL ومركز المنصور للتسويق، راجع الملحق رقم04.

(2)–أحمد مروك، المرجع سابق، ص 252 .

(3)–مرجع نفسه،ص252.

جزاء أكثر تشديدا، كسقوط الحق في التمسك بوقوع الحادث، ومثال ذلك الشرط الذي ينص "إذا لم يقم المتعاقد بهذا الإخطار، فلا يستطيع أن يتمسك بالقوة القاهرة"[1].

المطلب الثاني: الإلتزام بتخفيف الضرر

الحفاظ على ديمومة العقد واستمرار هو الهدف الأساسي في العلاقات التجارية الدولية، وذلك يفرض على طرفي العقد قدرا من التعاون لتحقيقه، فإذا كان التفاوض بحسن نية يفرض على الطرف المدين الذي يواجه حدث يدخل ضمن إطار شرط إعادة التفاوض "Hard Ship" أن يقوم بإخطار الدائن بوقوع الحادث وبآثاره، فإنه يفرض بالمقابل على الدائن إلتزاما ببذل كل ما في وسعه لتخفيف الضرر.

وبيان هذا الإلتزام الأخير يقتضي تحديد أساسه القانون، والإجراءات تتخذ لتحقيقه، وكذا أثر مخالفته، وذلك وفقا للتقسيم التالي:

الفرع الأول: الأساس القانوني للالتزام بتخفيف الضرر.

الفرع الثاني: مضمون الالتزام بتخفيف الضرر وجزاء مخالفته.

الفرع الأول: الأساس القانوني للإلتزام بتخفيف الضرر

يعتبر إلتزام الدائن بتخفيف الضرر الناتج عن عدم تنفيذ المدين إلتزامه من أبرز الإلتزامات في عقود التجارة الدولية، ويستمد أساسه بالدرجة الأولى من الشروط التعاقدية التي يدرجها الأطراف في العقد كما تنص عليه إتفاقيات التجارة الدولية والشروط النموذجية المتعلقة بها، وتؤكده كذلك قرارات التحكيم التجاري الدولي.

(1)–أحمد مروك، مرجع سابق، ص252.

أولا- إرادة الأطراف كأساس للإلتزام بتخفيف الضرر

تلعب إرادة الأطراف دورا كبيرا في إبراز الإلتزام بتخفيف الضرر، بحيث يحرص الأطراف على النص عليه صراحة من خلال الشروط التعاقدية التي يدرجونها في العقود، ويعبر الأطراف عن هذا الإلتزام غالبا بصياغات عامة تؤكد وجوده ومثالها "الإجراءات المعقولة"، "بقدر الإمكان"، "كل ما يمكن عمله"، "ببذل قصارى جهده"، "الإجراءات الضرورية" وتطبيقا لذلك نجد الشرط الذي ينص على أن "إذا أصبح تنفيذ العقد مستحيلا بسبب حادث مستقل على إرادة الأطراف، فوجب على كلا الطرفين أن يتخذوا كل ما في وسعهم من إجراءات لتجنب أو لتقليل الخسائر[1].

كذلك الشرط الذي ينص "في حالة القوة القاهرة، فإن الأطراف المتعاقدة يلتزم ونبذل كل الجهود الضرورية لإزالة أو تقليص الصعوبات والضرر الناجم، وفي حالة العكس فإن الطرف المخل يطالب بتعويض من الطرف الآخر"[2]. والشرط الذي ينص" في جميع الحالات على الطرف المعني بحالة القوة القاهرة أن يتخذ جميع الإجراءات.

الضرورية لضمان، وفي أقرب الآجال، تنفيذ الإلتزامات المصابة بسبب هذه الحالة والإستئناف العادي لتنفيذ العقد من أجل استدراك التأخير مستعملا بذلك كل وسائله"[3].

هذا وقد ذهب جانب من الفقه إلى تأسيس هذا الإلتزام على حسن النية في تنفيذ العقد، وخاصة في تنفيذ عقود التجارة الدولية، الذي يعد قاعدة أساسية من قواعد قانون التجارة الدولية. فمبدأ حسن النية يلزم كل طرف أن يكون أمينا في تنفيذ الإلتزامات التي يفرضها عليه العقد تجاه المتعاقد الآخر، وأن يبذل كل ما في وسعه لكي لا يضر به وذلك

(1)-أحمد مروك، مرجع سابق ،ص255.

(2)-شرط أشارت إليه: عواق صليحة، المرجع السابق، ص75.

(3)-المادة 21/ فقرة 6 من العقد المبرم بين شركة NAFTAL ومركز المنصور للتسويق، الملحق رقم 04.

بعدم ترك الخسارة التي يتحملها تتفاقم مما يزيد من مسؤولية الطرف الآخر. فالإلتزام بتخفيف الضرر إذن هو أحد المبادئ المستخلصة من مبدأ حسن النية[1].

و اذا كان الإلتزام بتخفيف الضرر إلتزام عام يفرضه مبدأ حسن النية في العقد، إلا أن جانبا من الفقه اعتبره مبدأ غير معترف به من جانب بعض الأنظمة القانونية الوطنية، ومن بينهم الأستاذ ديران Derrains، الذي يرى أن "المحكمين يمكنهم أن يشيروا إلى القانون المقارن ليؤكدوا الإلتزام بتخفيف الضرر، فإذا لم يكن هذا الإلتزام محل إجماع من كل القوانين الوطنية فهو غير مجهول إلا عند قليل منهم"[2].

ومع ذلك فهناك من القوانين ما ينص على هذا الإلتزام، ومثال ذلك القانون المدني المصري حيث تنص المادة 221 منه "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو بنص من القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول[3].

وكذلك الحال بالنسبة للقانون الجزائري الذي ينص على هذا الإلتزام من خلال المادة 182 فقرة 1 من القانون المدني التي تنص "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو بنص من القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول". ويستفاد من هذا النص أن المشرع لا يعوض الدائن عن الأضرار التي أصابته من جراء عدم التنفيذ أو التأخير فيه إلا إذا كان نتيجة طبيعية لعدم التنفيذ أو التأخير فيه، وقد وضعت المادة 182 ضابطا لكون الضرر نتيجة طبيعية وهو "إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

(1)– محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص 183.

(2) -أحمد مروك ، المرجع السابق ،ص 256 .

(3)– محسن شفيق، المرجع السابق، ص 244.

ثانيا-الإلتزام بتخفيف الضرر في إتفاقيات التجارة الدولية وقرارات التحكيم

تحرص إتفاقيات التجارة الدولية على النص صراحة عل هذا الإلتزام كونه تطبيقا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد ولا يحتاج إلى نص صريح لتقريره، ومن بين الإتفاقيات التي تنص على هذا الإلتزام إتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع 1980 حيث تنص في مادتها 77 على أن "يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة، بما فيها الكسب الذي فات. و اذا أهمل القيام بذلك، فللطرف المخل أن يطالب بتخفيف التعويض بقدر الخسارة التي كان من الممكن تجنبها" [1].

وتنص على هذا الإلتزام مبادئ Unidroit من خلال المادة 7/4/8 منها التي تنصان: "

1-لا يلتزم المدين بتعويض الضرر في الحالة التي يستطيع فيها الدائن تخفيف الضرر بطرق معقولة.

2- يمكن للدائن أن يستعيد النفقات المعقولة التي أنفقها بغرض تخفيف الضرر".

وعلى عكس إتفاقية فيينا ومبادئ عنه unidroit لاينص الشرط النموذجي للقوة القاهرة والظروف الطارئة الذي أعدته غرفة التجارة الدولية على هذا الإلتزام.

أما قرارات التحكيم فتطبق بدورها الإلتزام بتخفيف الضرر، ففي القرار الصادر في قضية NOC/LIBYAN SUN OIL السابقة الذكر[2]، قدرت هيئة التحكيم التعويض المستحق لشركة NOC ضد الشركة الثانية لعدم قيامها بالبحث والتنقيب عن البترول في المناطق المحددة في العقد المبرم بينهما وأشارت الهيئة إلى إلتزام الدائن المضرور شركة NOC بأن يبذل قصارى جهده لتخفيف الضرر واعتبرت هيئة التحكيم هذا الإلتزام أحد

(1)-محسن شفيق، نفس المرجع، ص244.

(2)-أحمد مروك ،المرجع السابق، ص 258 .

مبادئ قانون التجارة الدولية "Lex mercatoria" هذا على الرغم من أن القانون الليبي هو القانون المطبق في العقد بين الأطراف والذي ينص على هذا الإلتزام في المادة 2/222 مدني منه.

وما يلاحظ على هذا القرار أنه رغم وجود قانون وطني واجب التطبيق على العقد، وإن هذا القانون يعرف جيدا هذا الإلتزام وينص عليه صراحة، ومع ذلك لا تشير قرارات التحكيم إلى نصوص هذا القانون كأساس لهذا الإلتزام و إنما تشير إلى قرارات تحكيمية سابقة عن تأسيس هذا الإلتزام.

ونفس الأمر نجده في القرار الصادر في القضية رقم 6840لسنة1991[1]، حيث نفى المحكم الفرد الذي نظر القضية، وجود إهمال من جانب البائع المصري في البحث عن مشترين آخرين ليخفف الأضرار الناتجة من عدم تسلم المشتري السنغالي كميات الملابس الجاهزة المتفق عليها في العقد المبرم بينهما. و أكد المحكم أن البائع المصري عندما انتظر فترة قبل البحث عن مشترين آخرين إنما كان ذلك بناء على طلب المشتري الذي طلب امتداد مدد التسليم، ولم يشير المحكم في هذه القضية على القانون السنغالي الواجب التطبيق على العقد.

الفرع الثاني: إجراءات تخفيف الضرر وجزاء عدم القيام بها

إذا كان الإلتزام بتخفيف الضرر إلتزاما مؤكدا في إتفاقيات التجارة الدولية، وفي واقع التجارة الدولية، وتتواتر عليه قرارات التحكيم التجاري الدولي، فإن مضمون هذا الإجراء غير محدد، كما أن الشروط التعاقدية وإتفاقيات التجارة الدولية فتقتصر على ذكر هذا الإلتزام دون تفاصيله.

(1)-أحمد مروك ، المرجع السابق، ص 258 .

هذا ويتعرض الدائن الذي لا يقوم بالإجراءات اللازمة لتخفيف الضرر لجزاء وبناء على ذلك سنتناول الإجراءات التي تتخذ لتخفيف الضرر أولا، وكذا جزاء عدم القيام بها ثانيا وفقا لما يلي:

أولا-الإجراءات التي تتخذ لتخفيف الضرر

تتنوع الإجراءات التي يتخذها الدائن لتخفيف الضرر بحسب طبيعة العقد المبرم .

بين الطرفين، فعقود التجارة الدولية لا تتخذ شكلا واحدا بل أشكال متنوعة، وإن كان عقد البيع الدولي للبضائع أكثر هذه العقود إنتشارا إلا أنه ليس الشكل الوحيد لهذه العقود، بل هناك أنواع كثيرة، نذكر منها على سبيل المثال، عقود الامتياز التجاري، وعقود المعرفة الفنية وعقود الإنشاءات وبناء المصانع، وعقود القروض الدولية، فكل شكل من هذه الأشكال السابقة للعقود صمم ليقوم بهدف معين ولكل منها تعقيداته وتركيباته الخاصة به[1].

ونظرا لذلك فالإجراءات المتبعة لتخفيف الضرر تختلف بحسب هذه العقود. فعقد البيع الدولي للبضائع مثال يفرض بطبيعته إجراءات معينة تنفيذا لهذا الإلتزام تختلف عن الإجراءات التي يفرضها عقد الإنشاء أو عقد التمويل الدولي.

ففي عقد البيع مثال يمكن أن يتمثل إجراء تخفيف الضرر في تمديد مدة التسليم، وفي قبول الدائن الوفاء لعملية أخرى غير منصوص عليها، وقبوله التسليم في مكان آخر غير المتفق عليه، وقبوله التقسيط في حالة وجود نقص في السيولة، أو بيع البضاعة إذا كان سعرها في السوق هابطا[2]، والمحافظة على البضاعة المبيعة إذا لم يقم المشتري بتسليمها، وفي هذه الحالة إذا إتفق البائع تكاليف معينة في سبيل الحفاظ عليها يمكنه طلب هذه المصاريف من المحكمة، وهو ما أكده قرار التحكيم في القضية رقم 7197 لسنة 1992،

(1)- الدكتور صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي، المرجع السابق، ص 25 وما يليها.

وكذلك، د/ عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية ,النظرية المعاصرة ,الطبعة الاولى, دار هومة,سنة 2007، ص 186 وما بعدها

(2)- الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، ص 244.

حيث أكد المحكم الفرد الذي نظرها أنه "لا يتضح للمحكم، أن المدعي (البائع) قد خالف الإلتزام بتخفيف الضرر المنصوص عليه في المادة 77 من إتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع وأن هذه الإجراءات (إجراءات الحفاظ على البضاعة) تفرض نفسها في عقد بيع البضائع حتى ولو لم يكن هناك إلتزام تعاقدي يفرضها وفقا للمواد 82 إلى 85 من إتفاقية فيينا، كما أن مصاريف التخزين (التي سترد إلى البضائع) يجب ألا تزيد من الناحية الإقتصادية عن القيمة الكلية للبضائع"[1].

وفي عقد النقل قد يكون هذا الإجراء هو اقتراح النقل بوسيلة أخرى غير الوسيلة المتفق عليها، وفي عقد التأمين قد يتمثل هذا الإجراء في إنقاذ الأشياء المؤمن عليها وأيا كان العقد يجب على الدائن أن يتخذ كل ما في استطاعته ليخفف من خسائره.

تخضع الإجراءات التي يقوم بها الدائن لتخفيف ما لحقه من أضرار لتقدير هيئة التحكيم التي تنظر النزاع، وتقدير هيئة التحكيم لهذه الإجراءات يكون من خلال سلوك الدائن، وفي بعض الأحيان يكون تقديرها لسلوك أحد الأطراف دقيقا، لان السلوك الذي يظهر لاحد الطرفين بأنه كاف قد لا يكون كذلك في نظر هيئة التحكيم التي تتمتع بسلطة تقديرية كبيرة ، كما يتأثر هذا السلوك بظروف كل واقعة على حدة، وهو ما يفرض على

هيئة التحكيم أن تأخذ في اعتبارها عند تقدير سلوك الدائن كل الوقائع وظروف كل متعاقد خاصة الدائن بالإلتزام. ولا شك أن هيئة التحكيم تواجه صعوبات جادة في تقدير الإجراءات التي كان من الواجب أن يتخذها الدائن لتخفيف خسائره، وإن كان الأمر في النهاية يرجع في النهاية إلى السلطة المطلقة لهيئة التحكيم.

ثانيا- جزاء مخالفة الإلتزام بتخفيف الضرر

إذا ثبتت مخالفة الدائن إلتزامه بتخفيف الضرر، فإن الجزاء الذي يترتب هو دفعه التعويض للمدين، وفي الغالب يقوم المحكمون بمقاصة بين قيمة التعويض المستحق للدائن

(1)- قرار تحكيم صادر عن غرفة التجارة الدولية، وارد في مجلة القانون الدولي:J.D.I,1993 , P1035-

نتيجة عدم تنفيذ المدين إلتزامه، وبين قيمة التعويض المستحق لهذا المدين نتيجة عدم قيام الدائن ببذل الجهد المعقول لتخفيف الأضرار التي يسببها عدم التنفيذ وبالتالي لا يعوض الدائن إلا عن جزء الضرر الذي لم يتمكن من تخفيفه، أما إذا لم يتمكن الدائن من القيام بهذا الإلتزام، فإنه يستحق التعويض كاملا[1].

وقد نصت على هذا الجزاء إتفاقية فيينا بشأن عقود البيع الدولي للبضائع حيث أقرت من خلال المادة 77 منها، حق المدعى عليه في طلب تخفيض التعويض "بالقدر الذي يمكن تجنبه" [2]. وقد يصيغ الأطراف هذا الجزاء في العقد، ومثاله الشرط الذي

ينص "في حالة القوة القاهرة يلتزم الطرفان بأن يقوما بكل الإجراءات الضرورية لتنفيذ العقد وتخفيف الخسارة التي قد تنتج والطرف الذي يخفق في ذلك يمكن مطالبته بالتعويض"[3].

وتجدر الإشارة إلى أن إثبات إتخاذ الدائن إجراءات لتخفيف الضرر أو أنه لم يقم بهذه الإجراءات أصلا، يقع على عاتق المدين، طبقا للقاعدة المعرفة في قواعد الإثبات البينة على من إدعى، ذلك أن المدين هو صاحب المصلحة في الإدعاء بأن الدائن لم يقم بواجبه لتخفيف الضرر، وتطبيقا لذلك نجد القرار الصادر في القضية رقم 7179 لسنة 1992، ففي هذه القضية قام البائع بإجراءات المحافظة على البضاعة التي لم يتسلمها المشتري بسبب القرارات الإدارية الصادرة عن حكومة دولة، ومع ذلك إدعى المشتري أمام هيئة التحكيم أن البائع لم يقم بالإجراءات الضرورية لتخفيف أضراره دون أن يقيم الدليل على ذلك، فرفضت هيئة التحكيم هذا الإدعاء استنادا إلى أن المشتري لم يقدم أي دليل يؤيد إدعاءه بأن البائع قد خالف إلتزامه بتخفيف ما أصابه من ضرر[4].

(1)–أحمد مروك، المرجع السابق، ص 261 .

(2)–محسن شفيق، المرجع السابق، ص 244.

(3)–أحمد مروك ،المرجع السابق،ص261.

(4)–قرار تحكيم صادر عن غرفة التجارة الدولية، وارد في مجلة القانون الدولي:

– j.d.i, 1993, P 1028 ets.

المبحث الثاني: الإخلال بشرط إعادة التفاوض في العقود التجارة الدولية

يرتب إخلال أحد الأطراف بالتزاماته التعاقدية، حدوث أضرار تمس بالطرف الأخر، مما يؤدي إلى قيام مسؤولية في حقه بتوفر أركانها الثلاثة المتمثلة في ركن الإخلال والضرر والعلاقة السببية التي تربط بينهم وذلك على غرار باقي المسؤوليات التي تثار في نطاق العقود البسيطة، ويرتب الإخلال بشرط إعادة التفاوض المسؤولية العقدية التي توجب التعويض للطرف المتضرر، وهذا ما سنقوم بتفصيله كالآتي:

المطلب الأول: مفهوم الإخلال بشرط إعادة التفاوض في العقود التجارة الدولية.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن الإخلال بشرط إعادة التفاوض في العقود التجارة الدولية.

المطلب الأول: مفهوم الإخلال بشرط إعادة التفاوض في العقود التجارة الدولية

يعتبر الإخلال أحد أهم عناصر قيام المسؤولية عندما يتقاعس أحد الأطراف عن تنفيذ إلتزاماته، إضافة إلى كل من عنصر الضرر والعلاقة السببية. ولهذا يقتضي دراسة عنصر الإخلال التطرق إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف الإخلال بشرط إعادة التفاوض في العقود التجارة الدولية.

الفرع الثاني: تقدير الإخلال بشرط إعادة التفاوض في العقود التجارة الدولية.

الفرع الأول: تعريف الإخلال بشرط إعادة التفاوض في العقود التجارة الدولية

تعددت تعريفات الإخلال بشرط إعادة التفاوض لذلك كان لابد من ضبط مفهوم مصطلح الإخلال في القانون و في العقد الدولي فيقصد بالإخلال في لغة القانون، الإخلال بواجب قانوني، سواء كان إلتزام أو واجب ما يرتب المسؤولية التقصيرية، ويتحقق الإخلال بتوافر عنصرين، الأول مادي وهو عدم قيام المدين بواجبه على الوجه المقبول، أما العنصر

الثاني هو العنصر المعنوي وهو أن المدين قد تخلف عن أداء واجبه، رغم أنه كان في وسعه أن يقوم به، وعليه فتعريف الإخلال لابد أن يضم العنصر المادي والمعنوي معا، أي أن الإخلال هو "عدم تنفيذ واجب كان في الوسع تبيينه وإلتزامه"[1].

كما يعرف الإخلال بالعقد الدولي النقل التكنولوجيا هو الإمتناع عن التنفيذ آو التأخير فيه آو عدم مراعاة الشروط التي تم الإتفاق عليه[2].

كما أن الإخلال العقدي يتمثل في عدم قيام المدين بتنفيذ إلتزاماته، سواء كان ذلك ناشئا عن عمد أو إهمال من جانبه، كما أن الإخلال يتحقق حتى ولو كان عدم قيام المدين بتنفيذ إلتزامه ناشئا عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ولا يدرأها عنها إلا إثبات قيام القوة القاهرة أو إخلال الدائن[3].

هذا ما يجعل الإخلال سلوك تعاقدي ضار حيث أن فكرة إعادة التفاوض كأصل عام تقوم على تضافر الجهود لمواجهة كل الظروف الشاقة التي تعترضهم أثناء تنفيذ العقد، من خلال ضرورة تبادل المعلومات بشأن إختلال التوازن العقدي، وبذلك فان السلوك السلبي لأحد المتعاقدين يحول دون تبادل مثل هذه المعلومات، كذلك يعتبر السكوت الطرف المستفيد عن الرد على إخطار المتعاقد المتضرر من اختلال العقد له.

وهذا ما أشارت إليه هيئة التحكيم، إذا ورد في تعليقها على أحد قراراتها: " في الحقيقة يجب النظر من خلال الحل المعتمد في هذا القرار انعكاس الميل الشديد لدى محكمي التجارة الدولية إلى إعتبار كل فعل أو تجاهل من قبل أحد المتعاقدين، والذي يشكل فعل جديدا بالنظر إلى التطبيق الصارم للبنود التعاقدية الذي يستدعي أن يقابله رد فوري من قبل المتعاقد الآخر، بدون افتراض صمت هذا الأخير"، كما يعتبر الإخلال كذلك سلوك غير

(1)–مراد محمود المواجدة، المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة1، 2010 ص ص 68–69.

(2)–محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الاول، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، عمان، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2008, ص 308.

(3)–مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 406.

تعاوني وفقا لما يفرضه مبدأ حسن النية[1]، وعليه يتحقق الإخلال بمجرد إمتناع أحد الأطراف عن تنفيذ إلتزاماته، مما يجعله سلوك سلبي، سواء كان ذلك عمدا أو تقصيرا أو رغبة منه في عدم التنفيذ بقصد الإضرار بالطرف الآخر. أو كان الإمتناع يشمل كامل الإلتزامات أو جزء منه أو حتى التأخير فيها لكون ما يميز عقود التجارة الدولية والتغييرات السريعة التي قد تعرض أحد الأطراف إلى أضرار غير متوقعة. و أن الامتناع يحقق الإخلال فحتى صمت أحد الأطراف يعتبر إخلال، لذلك لابد من التعبير الصريح حتى يتفادى الأطراف كل المشكلات التي قد تعترضهم خاصة في حالة اللجوء إلى التحكيم.

الفرع الثاني: تقدير الإخلال بشرط إعادة التفاوض في العقود التجارة الدولية

إذا كان الإخلال يتحقق بتوافر عنصرين المادي والمعنوي، المادي المتمثل في عدم التنفيذ والمعنوي في نسبة هذا الخطأ إلى المدين فقد برز معياران في تقدير هذا الإخلال: المعيار الشخصي وهذا ما سنقوم بدراسته أولا والمعيار الموضوعي ثانيا.

أولا-المعيار الشخصي

يقوم هذا المعيار على التغيير الذي يطرأ على الظروف الشخصية للمتعاقدين وخاصة المدين المضرور، بحيث يصبح غير قادر على تحمل مثل هذا الضرر[2]، بمعنى الإستناد إلى المسلك الذاتي للمدين الذي ينسب الإخلال إليه، وعليه يعتبر إخلال كل ما يخرج عن السلوك المعتاد للمدين[3].

(1)- عبد اللطيف هني، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015، ص:181.

(2)-عبد اللطيف هني، المرجع السابق، ص:95.

(3)-مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص:77.

ومن أمثلة الشروط التي تأخذ بهذا المعيار الشرط الذي ينص على أن: "إعادة التفاوض عندما يؤدى التنفيذ الحالي للعقد إلى نتائج غير عادلة بالنسبة لأحد المتعاقدين"[1]، وكذلك الشرط الذي ينص على أنه:".... إذا تحمل أحد الأطراف ما لم يكن بشكل عادل أن نطلب منه أن يتحمله... سوف يتفق الأطراف على تعديل شروط العقد الحالي ليلائم الموقف الجديد بشكل عادل للطرفين"[2].

وعلى أساس هذا المعيار يتعين على القاضي عند قيامه بتقدير الإخلال الذي يعتبر ركن جوهري، أن يعمل على مراعاة ظروف الطرفين المتعاقدين في عقد نقل التكنولوجيا من حيث كفاءة كل منهما في استخدام العناصر التكنولوجية محل العقد.

وبناء على ما تقدم، يعتبر المعيار الشخصي هو معيار يعتمد أساسا على الظروف الشخصية والخاصة بالطرفين، مما يحقق نوع من الإستقرار لكون أطراف العقد يحرصون دائما على تنفيذ العقد. لكن قد لا يكون حرص كل طرف على تنفيذ العقد كحرص الطرف الآخر وهو ما يؤخذ على هذا النظام.

ثانيا-المعيار الموضوعي

وعلى خلاف المعيار الشخصي هناك المعيار الموضوعي الذي يقوم على وضع شخص معتاد في نفس الظروف المدين المتعاقد ولذلك لتقدير الضرر الذي أصابه من جراء اختلال توازن العقد.

(1)-شريف محمد غنام ، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، الإسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص:159.

(2)-« ….L'une des parties aurait à subir des rigueurs que l'on ne pourrait pas équitablementui lui demander de supporter ; … les parties se mettraient d'accord pour adapter les conditions du présent contrat à la nouvelle situation d'une façon equitable pour les deux contractants »,Oppetit Bruno, p :803.

ومن أمثلة الشروط التعاقدية التي تبنى فيها الأطراف المعيار الموضوعي الشرط الذي ينص على أنه: "إذا اختل توازن الإتفاق الحالي شكل أساسي...». والشرط: "...اختلال... يعوق السريان العادي للاتفاق..." [1].

يستند المعيار الموضوعي إلى قيم حسابية في الموازنة بين إلتزامات الأطراف العقد لتقدير الضرر الذي يلحق بأحد الأطراف أو كلاهما، حيث يلجأ المتعاملون في التجارة الدولية إلى تحديد مدى اختلال توازن العقد بنسب عددية، كالشرط الذي ينص على أنه: "في حالة إرتفاع الزيت بنسبة أكثر من ستة فرنكات للوحدة الأساسية سوف يتفاوض الأطراف لفحص أثر هذه الزيادة على شروط العقد، سواء تعلق الأمر بشرط الثمن أو بأي شروط أخرى"[2].

ولا شك أن المعيار الموضوعي هو المعيار الذي يجسد العدالة والمنطقية من المعيار الشخصي حيث يعمل على مراعاة ظروف المدين الخارجية التي كانت سبب في عدم تنفيذه إلتزامه ويقارن سلوكه بسلوك الرجل المعتاد[3].

ورغم الخلاف بين المعيارين المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي في تقدير الإخلال إلا أنه برجوع إلى نص المادة 3/107 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بحوادث إستثنائية يجيز للقاضي التدخل ليرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، تبين أن المشرع قد إتخذ أسلوبا لتقدير الإخلال دون تحديد رقم معين و إنما تركه سلطة تقديرية للقاضي، فيستطيع الأخذ بالمعيار الشخصي أو المعيار الموضوعي أو كلاهما معا.

(1)–شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص ص 156-157.

(2)–عبد اللطيف هني، المرجع السابق، ص 97.

(3)–مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص:79.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن الإخلال بشرط إعادة التفاوض في العقود التجارة الدولية

إن عدم إلتزام أحد الأطراف بتنفيذ ما إشتمل عليه العقد من إلتزامات، وبحسن نية، يدفع الطرف المضرور إلى اللجوء إلى القضاء أو التحكيم الإتخاذ الحل المناسب، ولتحمل الطرف الأخر مسؤولية عدم التنفيذ، ففي هذه الحالة قد يحكم القاضي أو المحكم بالتنفيذ العيني إذا كان ممكنا أو قد يحكم بالتعويض. وهذا ما سنقوم بدراسته في هذا المطلب بتقسيمه إلى الفروع التالية:

الفرع الاول: التنفيذ العيني.

الفرع الثاني: أحكام التعويض عن الإخلال بشرط إعادة التفاوض.

الفرع الأول: التنفيذ العيني

إذا تحققت أحكام المسؤولية في حق أحد الأطراف، نتيجة إخلاله بالتزاماته، تتحتم تطبيق أحكام هذه المسؤولية بإجبار المدين على تنفيذ إلتزاماته، وللإحاطة بفكرة التنفيذ العيني سنتعرض أولا إلى التنفيذ العيني الممكن، وثانيا إلى الإستثناءات الواردة عن التنفيذ العيني وقبل التطرق إلى ذلك كان لابد من التحدث باختصار عن شروط قيام هذه المسؤولية، حيث يتطلب لقيامها تحقق ثلاث أركان وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية، حيث أن الخطأ هو: "إخلال بالتزام سابق" كما أنه "إخلال بواجب كان بالإمكان معرفته و مراعاته".

أما الضرر فهو العنصر الأساسي الذي لا تنعقد المسؤولية بدونه وهو:"الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة أو بماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك"[1]، كما لابد أن يتضمن الضرر مجموعة من الشروط أولها أن يكون الضرر محققا أي لا يكون الضرر محتملا وأن يكون الضرر مباشر هو نتيجة طبيعة إخلال المتفاوض بالتزامه[2].

إضافة إلى أن يكون الضرر متوقعا أي أن الضرر الغير متوقع لا يتم التعويض عليها أما العلاقة السيئة فهي الربط بين الخطأ والضرر حيث يكون الخطأ هو السبب المباشر في حدوث الضرر[3].

أولا-التنفيذ العيني الممكن

أن التنفيذ العيني كأصل عام هو أن يقوم المدين بتنفيذ عين ما إلتزام به[4]، وهو في نفس الوقت عمل مادي يؤدي إلى تحقيق الغاية من الإلتزام[5]، كما هو الطريق المألوف لقضاء الدين حيث ينقض الإلتزام بتنفيذه عينا من خلال قضاء نفس محل الإلتزام[6].

كما أن التنفيذ العيني لا يتحقق إلا بتوافر مجموعة من الشروط وهي أن يكون التنفيذ العيني ممكنا اي غير مستحيل، فإذا أصبح مستحيل يستطيع المدين الإمتناع عن التنفيذ وقد

(1)-علي فيلالي، الإلتزامات، العمل المستحق للتعويض، الجزائر، دار موف للنشر والتوزيع، دون سنة طبعة، 2002، ص ص 244، 245.

(2)-ياسر محمد فاروق المنياوي، المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة، دون بلد نشر، دار الجامعة الجديدة، سنة 2002، ص 255.

(3)- مرجع نفسه، ص ص 255-256.

(4)-حمد شاكر محمود محمد، المسؤولية عن قطع المفاوضات، "دراسة مقارنة"، القاهرة، مصر، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2009، ص 381.

(5)-سمير عبد السيد تناغو، أحكام الإلتزام والإثبات، الإسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، 2009، ص 381.

(6)-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام الوصاف، الحوالة، الإنقضاء، المرجع السابق، ص 633.

يكون سبب الإستحالة بفعل المدين كما قد يكون بفعل سبب أجنبي، إضافة إلى ذلك أن لا يكون التنفيذ العيني مرهقا ما يؤدي الى حدوث ضرر فادح لا تناسب مع ما يحق لدائن من جراء التخلف عن الوفاء[1].

كذلك من شروط التنفيذ العيني هو الأعذار الذي يجب أن يوجهه الدائن لتعبير عن إرادته في اقتضاء التنفيذ العيني[2].

وكذلك من الشروط إلا يكون في إجبار المدين على التنفيذ العيني مساس بحريته الشخصية حيث هنا يستطيع الإمتناع عن التنفيذ[3].

لكن الإشكال المطروح في التنفيذ العيني هو مدى إمكانية تطبيق و إجبار المتعاقد على الدخول في مفاوضات من جديد؟، لقد أجمع الفقه على إستبعاد التنفيذ العيني والجبري وإستندوا إلى مجموعة من الحجج أهمها:

إن في التنفيذ العيني يقتضي تدخل المدين شخصيا، فإذا أجبر على التنفيذ العيني كان هذا الإجبار فيه تعدي على حريته الشخصية[4].

إن الإجبار في مجال التفاوض يكون غير مجدي لأن التفاوض يحتاج إلى وجود تعاون حقيقي بين الأطراف[5]، وعليه يمكن القول أنه لا يمكن إجبار المدين على التنفيذ العيني إلا إذا كان ممكنا، كما قد يكون التنفيذ العيني الممكن ملزما كما قد لا يكون ملزما كالتالي:

(1)–نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، الإسكندرية، دار الجامعة، 2009، ص ص 32–33.

(2)–سمير عبد السيد تناغوا، المرجع السابق، ص 232.

(3)–نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 34.

(4)–محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 285.

(5)–صليحة بن أحمد، أثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزاماته بالتفاوض بحسن نية، دفاتر السياسة السياسة والقانون، العدد 10، جانفي 2014، ص120.

أ-التنفيذ العيني الملزم:

فقد يحكم المحكم في حالة عرض النزاع عليه بإلزام المتعاقدين بالعودة الى إعادة التفاوض وهو ما حدث في قضية شركة LIAMCO ضد الجمهورية العربية الليبية[1].

أنه:" وفقا للمبادئ العامة فإنه يجب أن تنفذ الإلتزامات تنفيذا طبيعيا متى كان ذلك ممكن كما أشارت مبادئ القانون الموحد UNIDROIT6-2-3 والتي تقضي بإنهاء مهمة المحكم تتمثل في إنهاء العقد أو تعديله إذا نصت على ما يلي:" إذا كانت الظروف لا تسمح بفسخ العقد أو بالتعديل فان الحل الوحيد".

المعقول لهيئة المحكمة هو إلزام الأطراف على العودة إلى التفاوض بغية الوصول إلى إتفاق حول تعديل العقد أو التأكيد على شروط العقد كما هي".

كما أن إلزام المتعاقدين على إعادة التفاوض يرى بعض الفقه على أنه غير ملائم حيث أن إنهاء الإلتزام بعملية التفاوض بهدف تعديل الأداءات العقدية على عاتق الطرفين حيث يجد الإلتزام مصدره في إتفاق الأطراف أو في قرار ذي قيمة قضائية، بحيث أن عدم تنفيذ أحد الأطراف يحمله بلا شك مسؤولية، كما أن التنفيذ العيني الملزم غير وارد حيث أن التعديل من قبل سلطة القاضي خارج عن إرادة الأطراف[2].

ب-التنفيذ العيني الغير ملزم:

فقد يعبر الأطراف في هذه الحالة عن إرادتهم بعد عرضهم النزاع العقدي على المحكم أو القاضي عن رغبتهم في الحفاظ على العقد، ما يدفع القاضي أو المحكم إلى اقتراح إعادة

(1)-عبد اللطيف هني، المرجع السابق، ص ص 209-210.

(2)-une obligation de procéder à une négociation en une de modifier les prestation qui leur incombe pèse indiscutablement sur elles cette obligation prend sa source doit son inexécution par l'une des parties ouvrirait sans aucun doute la voie à une condamnation a dommages intérêt au profit de l'outre partie l'exécution, force en molure paraissent incoinçable tout autant qui une réadaptation opérée d'étroite par le juge en dehor de la volonté des parties, Oppetit Bruno, OP.cit, p :806.

التفاوض[1] وهو الأمر بين (E.D.F) وشركة CSHELL الذي أجبر الأطراف في الدخول في عملية التفاوض عند حصوله على حالة من حالات الإختلال في التوازن الاقتصادي للعقد عندما طال أحد الأطراف وإمتنع الآخر.

تتلخص وقائع هذه القضية أن شركة فرنسية أبرمت ستة عقود مع شركة الغاز والكهرباء لمدة عشر سنوات وتضمنت بنود هذه العقود شطرين الأول شرط التقييس والثاني شرط إعادة التفاوض وبعد حرب أكتوبر إرتفع أسعار البترول عالميا، وبعد حصول خلاف بين الأطراف حول تقدير العقد ليتلاءم مع الظروف الطارئة عرض النزاع أمام محكمة باريس التجارية، التي لاحظت أن اللجنة البترولية المتحدة سعرها كمقياس لتحديد السعر قد توقفت عن ممارسة أعمالها بناءا على أوامر السلطة العامة، فضلا عن فشل الأطراف في التوصل إلى إتفاق حول تعديل الثمن.

حيث قضت في 02 نوفمبر 1985 باعتبار هذه العقود باطلة أن الثمن وفقا لهذه الظروف الجديدة غير محدد وغير قابل للتجديد وكما أنه ليس من سلطاتها بحسب قول المحكمة أن تحل محل الأطراف وتعدل السعر حيث تم عرض الدعوى أمام محكمة الإستئناف في باريس التي أشارت أن الثمن يمكن تحديده من خلال أعمال شرط إعادة التفاوض حيث في 28 سبتمبر 1987 أصدرت قرار بالدخول الأطراف في عملية التفاوض تنفيذا عينيا ولذلك لمراجعة العقد تحت رعاية شخص من الغير تم تعيينه من طرف المحكمة[2].

وعليه فليس إلزام المتعاقدين بإعادة التفاوض وإنما هي رغبة الأطراف عند عرضهم النزاع وبعد فشلهم إلى الوصول الى إتفاق عقب إعمال شرط إعادة التفاوض، حيث يسمح

(1)–عبد اللطيف هني، المرجع السابق، ص 212.

(2)–عبد الكريم بوخالفة ،شرط إعادة التفاوض ألية إعادة التوازن الإقتصادي في عقود الإستثمار الدولية، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، ورقلة، العدد03، 2018، ص 192.

بتلبية رغبتهم أي أنه ليس هناك ما يمنع القاضي أو المحكم من قبول طلب الأطراف في مباشرة عملية إعادة التفاوض من جديد[1].

ثانيا-الإستثناءات الواردة التنفيذ العيني

قد يترتب عن الإخلال بشرط إعادة التفاوض في العقود التجارة الدولية إلى إقرار التنفيذ العيني بشرط إعادة التفاوض كجزاء لعدم تنفيذ هذا الشرط إلا أن التنفيذ العيني قد يكون غير ممكن، سواء كان ذلك بسبب طبيعة العقد الدولي، أو بسبب إستحالة تنفيذ شرط إعادة التفاوض، وهذا ما سنوضحه في ما يلي:

أ-الاستثناءات بسبب طبيعة العقد:

طبيعة العقود التجارة الدولية، قد تعترضها إستثناءات على قاعدة التنفيذ العيني لإعادة التفاوض، كجزاء لعدم تنفيذ شرط إعادة التفاوض في العقود التجارة الدولية سواء كان ذلك لأسباب قانونية أو إقتصادية، ولذلك قد تحول طبيعة أحد أطراف العقد التجاري الدولي دون إجبار المتعاقدين على التنفيذ العيني، حيث أكدت قرارات التنظيم الدولي على ضرورة مراعاة الطبيعة السيادية للدولة إذا كانت طرفا في العقد التجاري الدولي، إذ لا يمكن إلزامها بالتنفيذ العيني، كجزاء لعدم تنفيذها لإلتزاماتها وهو ما قضت به هيئة التحكيم في القضية، أن ذلك يعد مساس بسيادتها[2].

أي أن طبيعة هذه العقود أدت إلى ظهور إستثناءات عن التنفيذ العيني لإعادة التفاوض، جراء الإخلال بشرط إعادة التفاوض، فالدولة كطرف في العقد التجاري الدولي بإعتبارها ذات سيادة لا يمكن أن يفرض عليها التنفيذ العيني بشرط إعادة التفاوض كجزاء إخلالها بالتزاماتها بإعادة التفاوض أن ذلك يعد مساس بسيادتها من الناحية القانونية.

(1)-عبد اللطيف هني، المرجع السابق، ص 213.

(2)- عبد اللطيف هني، المرجع السابق ،ص ص 213-204.

كما قد يكون عدم اللجوء إلى التنفيذ العيني راجع لأسباب إقتصادية، إذ تعد الطبيعة الإقتصادية لهذه العقود التجارة الدولية أهم الأسس التي تقوم عليها هذه العقود، ولذلك إذا تعارض التنفيذ العيني بشرط إعادة التفاوض مع المصلحة الإقتصادية للمتعاقدين، لا يمكن مطالبتهم بالتنفيذ العيني، إن أطراف العقد التجاري الدولي لهم مصلحة إقتصادية مشتركة[1]، فالطبيعية الإقتصادية للعقود التجارة الدولية تبرر عدم إلزام أحد أطراف هذه العقود على التنفيذ العيني، بإعتبارها مصلحة مشتركة يسعى كلا الطرفين إلى تحقيقها.

ب-إستحالة التنفيذ العيني بشرط إعادة التفاوض:

يمكن أن نستبعد فكرة التنفيذ العيني بشرط إعادة التفاوض في العقود التجارة الدولية بسبب إستحالة التنفيذ، سواء كانت هذه الإستحالة قانونية، أم فعلية وهذا ما سنبينه في ما يلي:

1-الإستحالة القانونية للتنفيذ العيني بشرط إعادة التفاوض:

قد يحدث أن يكون التنفيذ العيني من قبل أطراف العقد التجاري الدولي كجزاء ترتب عن إخلال بشرط إعادة التفاوض مستحيلا إستحالة قانونية، إذ أن إستحالة التنفيذ يجب أن تكون بسبب أجنبي ليس لإرادة الأطراف العقد يد فيها[2].

والإستحالة القانونية قد تكون بسبب القوة القاهرة، بحيث يترتب على حدوث هذه الأخيرة في مرحلة تنفيذ العقود التجارة الدولية إستحالة مطلقة لتنفيذ الإلتزامات العقدية، كما قد تكون إستحالة مؤقتة، بحيث تسمح للمتعاقدين الإتفاق على وقف التنفيذ أثناء هذه الفترة، مع إعادة التفاوض بشأن العقد[3]، إذ أن التغير الجوهري في الظروف المحيطة بتنفيذ العقد قد يؤثر على تنفيذ هذا العقد، من خلال جعل تنفيذه مستحيل سواء كانت هذه الإستحالة

(1)-مرجع نفسه، ص ص214-215.

(2)-سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 433.

(3)-عبد اللطيف هني، المرجع السابق، ص ص 215-216.

مؤقتة أو نهائية، إذ يترتب على ذلك وقف العقد في الحالة الأولى، أما في حالة الإستحالة المطلقة فهي تؤدي إلى إنفساخ العقد[1].

كما قد تكون الإستحالة القانونية بسبب إنعدام الإعتبار الشخصي للعقد، ففي حالة زوال الإعتبار الشخصي في العقود التجارة الدولية، وكانت شخصية أحد أطراف هذه العقود محل إعتبار، فلا يجوز تبعا لذلك التنفيذ العيني بشرط إعادة التفاوض[2].

وعليه فإن تحقق الإستحالة القانونية للتنفيذ العيني بشرط إعادة التفاوض، سواء كان ذلك بسبب القوة القاهرة أو بسبب زوال الإعتبار الشخصي في العقود التجارة الدولية يعد إستثناء عن مبدأ التنفيذ العيني.

2-الإستحالة الواقعية للتنفيذ العيني بشرط إعادة التفاوض:

بالإضافة إلى الإستحالة القانونية للتنفيذ بإعادة التفاوض، هناك إستحالة أخرى واقعية ترد على التنفيذ العيني بشرط إعادة التفاوض.

والإستحالة الواقعية تكون نتيجة فشل عملية إعادة التفاوض بسبب عدم الوصول الى إتفاق، رغم ما قام به الأطراف المتفاوضون من تعاون وبذل جهد إنجاحه وفقا لمبدأ حسن النية، إذ لا يمكن مع ذلك إلزام المتعاقدين بالقيام بإعادة التفاوض من جديد، كما قد تكون الإستحالة الفعلية للتنفيذ العيني بشرط إعادة التفاوض على أساس إقتصادي، بحيث لا يتحمل الجانب الإقتصادي للعقد المزيد من الوقت لتنفيذ المتعاقدين إلتزامهم بإعادة التفاوض[3].

(1)-شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 145.

(2)-عبد اللطيف هني، المرجع السابق، ص 216.

(3)-مرجع نفسه، ص 217.

فالمصلحة الإقتصادية للعقود التجارة الدولية تقتضي عدم مماطلة المتعاقدين للتنفيذ العيني بشرط إعادة التفاوض، ويترتب على إستحالة التنفيذ العيني إنقضاء الشرط، إذ لا يمكن مطالبة أحد الأطراف بالتنفيذ العيني بشرط إعادة التفاوض الذي إستحال تنفيذه[1]، و أن التنفيذ العيني بشرط إعادة التفاوض يرد عليه إستثناءات تحول دون تنفيذ المتعاقدين إلتزامهم، مما يجعل الضرر الذي ينتج عن الإخلال بشرط إعادة التفاوض لا يزال قائم، وبالتالي يجب جبر هذا الضرر عن طريق إقرار جزاء التعويض بمقابل عن الإخلال بشرط إعادة التفاوض في العقود التجارة الدولية.

الفرع الثاني: أحكام التعويض عن الإخلال بشرط إعادة التفاوض.

إن عدم تنفيذ أحد أطراف العقد التجاري الدولي بشرط إعادة التفاوض أو سوء تنفيذه، مع عدم إمكانية اللجوء إلى التنفيذ العيني، يسمح للطرف المتضرر من ذلك بطلب التعويض كوسيلة لجبر الضرر الذي لحقه.

ولهذا سنتعرض الأول للتعويض الكامل و ثانيا للتعويض بالإنقاص.

أولا-التعويض الكامل

قبل التطرق إلى التعويض الكامل، يتعين الإشارة إلى أن التعويض وسيلة لإصلاح وجبر الضرر، وعلى وجه الدقة هو الإصلاح وليس المحو التام والفعلي للضرر الذي وقع[2] بالنسبة للتعويض الكامل فهو التعويض على كافة العناصر التي أصابت المضرور سواء كانت مادية أو أدبية، ويتحقق التعويض الكامل من خلال مجموعة من القواعد أولها أن التعويض يشتمل ما لحق المتفاوض من خسارة وما فاته من كسب أو ما يسمى أحيانا بالخسارة المحققة أو المكسب الضائع، إضافة إلى أن يكون التعويض ملائما لحقيقة الواقع فعال أي أن القاضي أو المحكم هو الذي يقوم بتقديره[3] يستمد التعويض الكامل أساسه من

(1)-سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 334.

(2)- ياسر محمد فاروق المنياوي، المرجع السابق، ص398.

(3)-محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص ص257-261.

القوانين الداخلية ومن النصوص الدولية ففي القوانين الداخلية نجد نص المادة 1/182 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على ما يلي:

"إذا لم يكن التعويض مقدار في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو التأخير في الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

وكذا نص المادة 2/1231 من القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 على "أن التعويضات المقررة لصالح الدائن تترتب بصفة عامة عن الخسارة التي لحقت به والربح الذي فاته"[1].

أما بخصوص النصوص الدولية فنجد مبادئ المتعلقة بالعقود الدولية undroit حيث نصت المادة 742 على أنه:" للدائن الحق في تعويض كامل الضرر الذي لحقه جراء عدم التنفيذ حيث يشمل الضرر الخسارة التي لحقته والربح الذي فاته، بما في ذلك الربح الناتج للدائن عن مصروف أو خسارة تم تفاديها، قد يكون الضرر غير مالي لاسيما المترتب عن الأذى المادي أو المعنوي".

إضافة إلى نص المادة 74 من إتفاقية فينا لبيع الدولي لبضائع، حيث تنص على أنه:" يتألف التعويض عن مخالفة أحد الطرفين للعقد من مبلغ يعادل الخسارة التي لحقت الطرف الآخر والكسب الذي فاته نتيجة المخالفة، ولا يجوز أن يتجاوز التعويض قيمة الخسارة أو الربح الضائع التي يتوقعها أو التي كان من واجبه أو يعلم بها كنتائج متوقعة لمخالفة العقد"[2].

(1)–لقد تم تعديل القانون المدني الفرنسي بالأمر رقم 2016/131 المؤرخ في 10 /2016/02 الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، العدد رقم 0035 المؤرخ في 11 /02/ 2016 .

(2)– إتفاقية فينا للأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولية للبضائع.

مما سبق يمكن القول أن التعويض الكامل يتحقق دائما من خلال توافر عنصرين هما الخسارة اللاحقة والكسب الضائع، حيث التشريعات الداخلية أكدت على ذلك ومنها المشرع الجزائري والفرنسي في القانون المدني إضافة كذلك إلى النصوص الدولية خاصة كل من إتفاقية فينا والمبادئ المتعلقة بالعقود الدولية unidroit ركزت هي الأخرى على كل من العنصرين السابقين.

ومن أمثلة التعويض عن تفويت الفرصة ما قضت بها محكمة بروكسل التجارية عام 1988 في قضية تتلخص وقائعها أن هناك مفاوضات تجري بين شركة بلجيكية pasquasy وبين شركتين أحداهما فرنسية l'ored والأخرى أمريكية cosmair حول التنازل عن إمتياز بيع مستحضرات تجميل في بلجيكا وفي دول لكسمبورج، حيث قررت المحكمة أن العلاقات التجارية كانت جيدة حيث تم إبرام صفقات تجارية خلال10 أشهر فقط بحوالي 14 مليون من الفرنكات البلجيكية وكانت ظروف الحال تنشئ عن وجود فرصة حقيقية مؤكدة إبرام عقد نهائي وضياع المزايا وهو ما يجب التعويض عليها.

أ- شروط التعويض الكامل:

ولكي يتحقق التعويض الكامل لابد من توافر مجموعة من الشروط وهي:

1- أن يكون الضرر محقق:

ويكون ذلك في حالة الضرر الحال أي الواقع بالفعل، حيث لا يكفي الضرر المحتمل وغير محقق في المستقبل حيث أن هذا الضرر لا يتم التعويض عليه إلا إذا تحقق بالفعل[1].

(1)-أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مجلة الأمن والقانون، العدد 1، 2003، ص278.

والضرر محققا الوقوع أي أن الضرر واقع حال، كما قد يكون في المستقبل مما ينجم عنه مسؤولية عقدية، لكن لابد أن يكون الضرر المستقبل محقق الوقوع، حيث أن مجرد إحتمال وقوع الضرر في المستقبل فإنه لا يتم التعويض عليه[1].

حيث أكدت مبادئ المتعلقة بالعقود الدولية unidroit في المادة 3-4-7 تحت عنوان الضرر المحقق أن يكون الضرر محققا حيث نصت المادة على أنه "لا يعوض إلا الضرر الذي يكون محققا بدرجة معقولة ولو كان مستقبلا.

2- يمكن التعويض الفرصة الضائعة في حدود إحتمال توقعها.

3- أن الضرر الذي يمكن تحديد مدى تحققه يترك تقيمه للسلطة التقديرية"

2- أن يكون الضرر متوقع:

فالمقصود بالضرر المتوقع أنه لا يكفي أن يكون الضرر متوقعا في سببه أو وقوعه لكي يتم مسائلة المدين، بل لابد أن يكون الضرر متوقعا في مقداره[2]، ويقاس التوقع بمعيار موضوعي مجرد لا بمعيار ذاتي أو شخصي[3].

فالتعويض يقتصر على الضرر المتوقع الذي يدخل في توقع الطرفين حيث أن العبرة في توقع الضرر تكون بوقت التعاقد[4].

وقد نصت التشريعات الداخلية على الضرر المتوقع حيث نجد نص المادة 2/182 من القانون المدني الجزائري التي جاء فحواها:" غير أنه إذا كان الإلتزام مصدره العقد، فلا

(1)-محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص193.

(2)-نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص74.

(3)-محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص195.

(4)-محمد حسين منصور، العقود الدولية ماهية العقد الدولي وأنواعه وتطبيقاته. مفاوضات العقد و إبرامه مضمونه وآثاره وإنقضائه، الصياغة والجوانب التقنية والإئتمانية والإلكترونية، للإختصاص القضائي والقانون- التحكيم وقانون التجارة الدولية، الإسكندرية مصر، دار الجامعة الجديدة، ، 2009، ص ص372-373 .

يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

كما نجد كذلك النصوص الدولية تنص على ذلك مثال على ذلك إتفاقية فينا في نص المادة 74 السالفة الذكر، وكذا مبادئ المتعلقة بالعقود الدولية في نص المادة 4-4-7 تحت عنوان الضرر المتوقع:

على أنه: "لا يلزم المدين إلا بالضرر الذي توقعه أو الذي كان من المعقول أن يتوقعه لحظة التعاقد كأثر محتمل لعدم التنفيذ".

وعلاوة على ما سبق فإنه حتى يتم التعويض، لابد أن يكون الضرر محققا أي واقعا بالفعل مع إمكانية توقع الأطراف لذلك خاصة أن العقود التجارة الدولية وما تتميز به من طول المدة يدفع الأطراف إلى توقع ذلك، كما أنه يمكن التعويض على تفويت الفرصة بإعتباره أمر محقق وعلى ما فات من كسب باعتباره أمر متوقع.

ب- قواعد التعويض الكامل:

ويشتمل تقدير التعويض وظروف المتعاقد مع مضمون العقد إضافة الى جسامة الخطأ المتمثل في الإخلال بهذا الشرط[1].

- تقدير التعويض:

حيث يتم تقدير التعويض إما بإتفاق الأطراف أو من قبل القاضي، فالتقدير الإتفاقي وما يسمى بالتعويض الإتفاقي التي نصت عليها المادة 182 من القانون المدني الجزائري، حيث أنه تعويض حدده الطرفان بالإتفاق مقدما على مقدار ما يلتزم به المدين للدائن جبرا لتعويض، ويكون في حالة إخلال المدين بالتزامه[2].

(1)-عبد اللطيف هني، المرجع السابق، ص226.

(2)-عادل حسن علي, الإثبات أحكام الإلتزام , دون بلد ,مكتبة زهراء الشرق,1998, ص 323.

حيث أن تقدير الضرر يخضع إلى تقدير قاعدة الخسارة اللاحقة والربح الضائع إضافة إلى تفويت الفرصة

كما قد يتم تقدير التعويض من قبل القاضي حيث يتولى في حالة عدم وجود إتفاق الأطراف طبقا لنص المادة 182 من القانون المدني الجزائري وهو ما يسمى بالتعويض القضائي[1].

كما أن أحكام التعويض الكامل ترجع إلى الظروف الملابسة حيث يتم تقدير التعويض عن الضرر بالصورة التي وصل إليها وقت النطق بالحكم لا في وقت وقوعه[2]، أو وقت رفع الدعوى حيث أن تقدير الضرر يكون بتحديد السلوك التعاقدي وهو ما نصت عليها إتفاقية فينا في المادة 08:" 1- في حكم هذه الإتفاقية تفسر البيانات والتصرفات الصادرة عن أحد المتعاقدين وفقا لما قصده هذا الطرف متى كان الطرف الأخر يعلم بهذا القصد، أو لا يمكن أن يجهله.

2-في حالة عدم سريان الفقرة السابقة تفسر البيانات والتصرفات الصادرة عن أحد الطرفين وفقا لما يفهمه شخص سوى إدراك، ومن نفس صفة الطرف الأخر إذا وضع في نفس الظروف.

3-عندما يتعلق الأمر بتحديد قصد أحد الطرفين أو ما يفهمه شخص سوى إدراك يجب أن يؤخذ في الإعتبار جميع الظروف المتصلة بالحالة، لاسيما المفاوضات التي تكون قد تمت بين الطرفين والعادات التي إستقر عليها التعامل بينهما والأعراف، وأي تصرف لاحق صادر عنهما"[3].

(1)-عادل حسن علي، مرجع سابق، ص323.

(2)-صليحة بن أحمد، أثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزاماته بالتفاوض بحسن نية، دفاتر السياسة والقانون، العدد 10، جانفي 2014، ص120.

(3)-إتفاقية فينا، للأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولية للبضائع.

بالإضافة إلى جسامة الخطأ حيث لا يكفي الخطأ والضرر وإنما يلزم أن تتوافر علاقة سببية بينهما، إذا بين الخطأ لسلوك ما فتى عدم سعى الدائن الإلتزام الذي صار مرهقا حيث لا تقتصر على عدم تنفيذ شرط إعادة التفاوض أو سوء تنفيذه إذا أنه في إطار عقود التجارة الدولية إنهاء العقد دون السعي إلى الإستمرار في تنفيذه يعتبر أخر الحلول التي يلجأ إليه المتعاملين في مجال التجارة الدولية حيث أنه لا يعد سبب مقبول في فسخ العقد بسبب توقف المدين عن تنفيذ إلتزاماته بسبب تغير الظروف ولرد على الدائن نرفضه إعادة التفاوض.

ومما سبق يمكن القول أن تقدير التعويض قد يرجع إلى إتفاق الأطراف خاصة أن شرط إعادة التفاوض في العقود التجارة الدولية هو شرط إتفاقي، مع إمكانية الأطراف الى اللجوء إلى القضاء أو التحكيم لتقدير التعويض، ويستند تقدير التعويض على مجموعة من المؤشرات أو المعايير خاصة منها ظروف المتعاقد من خلال الأعراف والعادات السائدة بينهما وهو ما نصت عليها إتفاقية فينا في المادة 08 منها، إضافة إلى توافر علاقة سببية تجمع بين الخطأ والضرر حيث يراعي في تقدير التعويض جسامة الخطأ والضرر يتناسب[1].

ثانيا-التعويض بالإنقاص

إن جبر الضرر من قبل المتعاقدين في حالة الإخلال بشرط إعادة التفاوض عن طريق التعويض بمقابل والتي قد يكون تعويضا كاملا، كما قد يكون التعويض ناقصا، حيث يعرف هذا الأخير على أنه تعويض الدائن عن الأضرار التي حاول تحقيقها ولكنه لم ينجح في ذلك، حيث أن المجهودات التي يفترض أنها تؤخذ بعين الاعتبار عند تحديد قيمة التعويض[2].

يستمد التعويض بالإنقاص أساسه من التشريعات الوطنية، حيث ينص المشرع الجزائري في المادة 182 فقرة 1على أنه:" إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، أو في

(1)-عبد اللطيف هني، المرجع السابق، ص228.

(2)-شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص ص334-335.

القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو التأخير في الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

أما المشرع الفرنسي على خلاف ما نص عليه المشرع الجزائري، حيث نجد في المادة 1373 من المشروع CATALA المعدل للقانون المدني الفرنسي التي نصت على أنه:" يؤخذ بعين الإعتبار إمتناع الضحية تخفيض قيمة تعويضه، لما يكون بإمكانه من خلال وسائل مؤكدة ومعقولة ومتزايدة تخفيف نطاق ضرره أو تفادي تفاقمه".

كما يستمد التعويض بالإنقاص أساسه أيضا من النصوص الدولية، حيث نصت إتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع في المادة 77على أنه:" يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد، أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة، بما فيها الكسب الذي فات، وإذا أهمل القيام بذلك في الطرف المخل أن يطالب بتخفيض التعويض بقدر الخسارة التي كان يمكن تجنبها".

بالإضافة الى ذلك نصت مبادئ اليونيدو على ذلك في المادة 7-4-8 على أنه:"

1-لا يسأل المدين عن الضرر الذي تكبده الدائن بقدر ما كان يمكن للدائن تخفيفه بإتخاذ خطوات معقولة.

2-يحق للدائن استرداد أي مصروفات معقولة يكون قد تكتبها لدى محاولته تخفيف الضرر".

وكذا نجد قرارات التحكيم تنص على التعويض بالإنقاص حيث يعوض المحكمون الدائن مع مراعاة الجهد المبذول لتخفيف الخسارة، حيث نجد القرارات الصادر أن في القضيتين رقم 2139 و2142 لسنة 1974، تتلخص وقائع هاتين القضيتين إلى أن البائع مطالب ببذل جهد معقول لتخفيف الأضرار التي أصابته، ففي حالة تقصيره يتحمل المسؤولية عن الأضرار التي قد تصيبه مع تحمل المشتري التعويض عن الجزء الذي لم يستطع الدائن تفاديه، كما نجد قرار التحكيم الصادر في القضية رقم 2013 لسنة 1972، أنقص المحكم

فيها قيمة التعويض المستحق للشركة الفرنسية نتيجة عدم قيامها بالبحث عن مشترين آخرين لتخفيف الضرر الواقع عليها. وهو ما أشار إليه قضاء التحكيم في قرار صادر عن غرفة التجارة الدوليةCCI رقم 5910 بخصوص مؤسستين بلجيكيتين Y و X قضت فيه أنه:" بما أن المشتري للشركة X لم يتحصل على كمية الزنك المرتقبة فقد قرر فسخ العقد، لذا فإن الشركة X حملت المؤسسة Y المسؤولية على كل ضرر لأن السفينة لم تقم بمرحلة مباشرة من انفرس إلى كراتشي، مع الإشارة إلى أنه من أجل تخفيف الضرر فقد عملت من أجل الوصول إلى إتفاق مع مشتريها الباكستاني، مما أدى بهما لدفع تعويض إلى هذا المشتري"[1].

ولهذا فالتعويض بالإنقاص يترتب على عدم قيام أحد المتعاقدين بالمجهودات التي من شأنها تخفيف الضرر الناتج عن إخلاله بشرط إعادة التفاوض، إذ أن الإخلال بالإلتزام بتخفيف الضرر يؤدي إلى إنقاص قيمة التعويض، وبالتالي يختلف التعويض بالإنقاص في حال رفض الدائن لإعادة التفاوض، أو في حالة سوء تنفيذه لشرط إعادة التفاوض، كما يختلف أيضا عند فشل عملية إعادة التفاوض.

(1)-عبد اللطيف هني، المرجع السابق، ص233.

خاتمة

خاتمة:

تتميز عقود التجارة الدولية بخاصية طول فترة التنفيذ التي تمتد في بعض الأحيان إلى عدة سنوات وبهذا فشرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية من أبرز الآليات القانونية فمن خلالها يحاول الأطراف إعادة التفاوض لمواجهة ظروف غير متوقعة من أجل المحافظة على العقد وإستمراره ، وعليه من خلال دراسة هذا الموضوع نخلص إلى مجموعة من النتائج والإقتراحات التالية:

-النتائج:

1. إبتدع متعاملوا التجارة الدولية تقنية جديدة تعرف بشرط إعادة التفاوض لمواجهة تقلبات ظروف تنفيذ العقد .
2. إن شرط إعادة التفاوض في العقود التجارة الدولية هو شرط إتفاقي يستمد قوته الإلزامية من إرادة الأطراف، يتفقون على التفاوض بغية تعديل العقد وفقا للظروف الجديدة.
3. يتغير صور شرط إعادة التفاوض بتنوع العقود التجارة الدولية، فما هو موجود في عقود الإمتياز التجاري يختلف عن عقود المشروعات.
4. يتميز شرط إعادة التفاوض عن عدة مفاهيم مشابهة له كالظروف الطارئة وشروط تعديل العقد، ولكنه يختلف عن القوة القاهرة من حيث الأساس القانوني والنتائج المترتبة عنهما، يستمد شرط إعادة التفاوض أساسه من إرادة الأطراف على عكس القوة القاهرة التي تستمد أساسها القانوني من خلال قضاء التحكيم بالنسبة لعقود التجارة الدولية ،فلب الإختلاف يظهر في كون شرط إعادة التفاوض يفرض على الأطراف إلتزام بإعادة التفاوض أما القوة القاهرة إنتفاء مسؤولية المدين ويفسخ العقد تلقائيا .
5. لتفعيل شرط إعادة التفاوض لابد من تحقق جملة من الشروط قد تكون خاصة بالحدث عبر صياغة عامة أو خاصة وشرط إختلال التوازن العقدي الذي يعتبر شرطا

مهما بدونه لا يطبق شرط إعادة التفاوض، مع تحقق شروط أخرى خاصة بالمدين ألا وهي أن المدين لا يد له في وقوع الحدث مع عدم توقعه.

6. أحد أطراف العقد أخل بشرط إعادة التفاوض تقوم المسؤولية ويجوز أن يطلب الطرف المضرور بالتنفيذ العيني، في حالة إذا كان غير ممكن فيطالب بالتعويض .

7. لإعمال شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية يرتب جملة من الإلتزامات الواقعة على عاتق الطرفين من جهة إلتزام بإخطار الدائن في أقرب وقت ممكن بوقوع الحادث وبنتائجه وبالظروف المصاحبة لوقوعه، وبالمقابل يفرض هذا الشرط على الدائن بذل قصارى جهده لتخفيف الأضرار التي قد تنجم عن إستمرار تنفيذ إلتزاماته.

-الاقتراحات:

وبناء على ما تقدم نلخص في الأخير إلى بعض الاقتراحات كالتالي:

1. نقترح أن يتم تعديل نص المادة 03/107 من القانون المدني الجزائري لإدراج شرط إعادة التفاوض ويكون مستقلا عن نظرية الظروف الطارئة .

2. في حالة وقوع أحداث إستثنائية وخارجة عن نطاق الأطراف خاصة بالتنفيذ لابد من رجوع الأطراف للحلول الودية قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم .

3. لابد من توحيد مصطلح واحد شامل لشرط إعادة التفاوض لتفادي الوقوع في خلط في التسميات .

قائمة المراجع

أولا- المراجع باللغة العربية:

أ- النصوص القانونية

1- الاتفاقيات الدولية:

إتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، سنة 1988.

2- القوانين الوطنية:

الأمر رقم75/ 58 المؤرخ في1395/09/20 الموافق 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، الجزائر، العدد78، نشر في1395/09/24 الموافق لـ 1975/09/30.

3- القوانين الأجنبية:

القانون المدني الفرنسي الأمر رقم 131 المؤرخ في2016/02/10، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، العدد رقم 0035 المؤرخ في 2016/02/11.

ب- الكتب:

1. أسماء مدحت سامي، "الإعفاء من المسؤولية في اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع، فيينا" الناشر دار النهضة طبعة 2006.
2. سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والاثبات، الاسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة،2009.
3. شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، الإسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2007.
4. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد" نظرية الالتزام" بوجه عام مصادر الالتزام العقد، العمل غير مشروع، الإثراء بلا سبب، القانون"، الجزء الأول، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي، دون سنة طبع.

5. علي فيلالي، الالتزامات "العمل المستحق للتعويض"، الجزائر، دار هومة للنشر والتوزيع، دون سنة طبعة.
6. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، سنة 1988.
7. محمد جلال حسن الأتروشي، المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم دراسة مقارنة دون جزء دون طبعة دار الحامد للنشر والتوزيع.
8. محمد حسين منصور، العقود الدولية "ماهية العقد الدولي وأنواعه وتطبيقاته مفاوضات العقد وإبرامه مضمونه، أثاره وانقضائه، الصياغة والجوانب التقنية والائتمانية والالكترونية، الاختصاص القضائي والقانوني، التحكيم وقانون التجارة الدولية"، الإسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2009.
9. محمد شاكر محمود محمد، المسؤولية عن قطع المفاوضات "دراسة مقارنة" القاهرة، مصر، المركز القومي للإصدارت القانونية، الطبعة الأولى، 2016.
10. محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الأول، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، عمان، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008.
11. مراد محمود المواجدة، المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة1، 2010.
12. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام " الإسكندرية"، دار الجامعة، 2009.

3ياسر محمد فاروق الميناوي، المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة، دون بلد نشر، دار الجامعة الجديدة، 2008.

جـ – الرسائل العلمية:

1. أحمد مروك، شرط إعادة التفاوض في العقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، الجزائر،2015.
2. هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد دراسة مقارنة كلية الحقوق والعلوم السياسية تلمسان 2016/2015.

3. خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد دراسة تحليلية في ضوء المعاملات المدنية الإماراتي رسالة دكتوراه قسم قانون خاص كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة.
4. أحمد سليم فريز نصرة الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري رسالة دكتوراه كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية2006.
5. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال التوازن في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، الناشر دار الكتاب الحديث، سنة 1999.
6. علي خوجة خيرة، القوة القاهرة في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير جامعة الجزائر سنة 2001.
7. عواق صليحة، تكييف العقود الدولية مع تغير الظروف، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، سنة 1998.
13.

هـ –المقالات:

1. أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مقال منشور مجلة الأمن والقانون، العدد الأول، يناير 2003.
2. أسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض "دراسة في عقود التجارة الدولية" مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة بابل، دون عدد، دون سنة.
3. صليحة بن أحمد، أثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال التفاوض بالتزاماته "التفاوض لحسن نية"، دفاتر السياسة والقانون، العدد **10**، جانفي 2014.
4. عبد الكريم بوخالفة، شرط إعادة التفاوض آلية إعادة التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، ورقلة، العدد03، 2018.
5. محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار العقدي، مقال منشور مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الأول، لسنة 2005.

د-القرارات:

- القرارات القضائية:

- قرار تحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية، وارد في مجلة القانون الدولي: .J.D.I,1993

- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ1990/06/11المجلة القضائية لسنة 1990العدد الثاني.

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية:

A- ouvrages généraux

1- Viney (g) , La responsabilité, conditions, LG.D.J.1982.

B- ouvrages spéciaux et thèses:

1. CatherineKessedjian, droit du commerce international, Edition puf, 2013.
2. Fontaine Marcel, Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses, Fec, 1989.
3. JacquetJean Michel , le contrat international, dalloz,1992.
4. XavierLeclerq, Les contrats commerciaux, Business to Business, Top édition, 1999.

C – ARTICLES

1. Cedras (J), L'obligation de négocier, Revue trimestrielle de droit commerciale et de droit économique, 1985, N°02, vol 38.
2. DERAINS (y)- l'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale, Revue de droit des affaires international. 1987.
3. Kahn (Ph), La théorie de l'imprévision en droit comparé, dr. prot. Com.int, 1976n1.

4. Kahn(Ph), Force majeure et contrats internationaux de longue durée, J.D.I, 1975.
5. OPPETIT(B), L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances, la clause de HARD, ship J.D.I, 1974, clunet, n2.
6. Picod yves, L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, juris classeur périodique édition.g, 1981,1, doc. 3318.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

العنـــوان	الصفحة
مقدمة	01
الفصل الأول: ماهية شرط إعادة التفاوض في العقود التجارة الدولية.	06
المبحث الأول: مفهوم شرط إعادة التفاوض.	06
المطلب الأول: ظهور شرط إعادة التفاوض.	07
الفرع الأول: بداية ظهور الفعلي لشرط إعادة التفاوض.	07
الفرع الثاني: تعريف شرط إعادة التفاوض.	13
المطلب الثاني: شرط اعادة التفاوض والشروط المشابهة لها.	17
الفرع الأول: شرط اعادة التفاوض وشرط القوة القاهرة.	17
الفرع الثاني:تمييز بين شرط إعادة تفاوض والظروف الطارئة.	25
الفرع الثالث: الفرق بين شرط إعادة التفاوض وباقي شروط تعديل العقد.	28
المبحث الثاني: شروط إعمال الإلتزام بإعادة التفاوض.	30
المطلب الأول: : الحدث المخل مناط اعادة التفاوض.	31
الفرع الأول: طبيعة الحدث الhardship.	31
الفرع الثاني: عدم توقع الحدث وإستقلاله عن إرادة أطراف العقد.	35
المطلب الثاني: أثر تغير ظروف تنفيذ العقد.	39
الفرع الأول: إختلال توازن العقد.	40
الفرع الثاني: التنفيذ المرهق للإلتزامات العقدية.	46

الفصل الثاني: آثار شرط إعادة التفاوض في العقود التجارة الدولية.	50
المبحث الأول: الالتزامات التي يفرضها شرط إعادة التفاوض"HardShip" في العقد التجاري الدولي.	51
المطلب الأول: الالتزام بالإخطار.	51
الفرع الأول: الأساس القانوني والجوانب الشكلية للإخطار	52
الفرع الثاني: مضمون الالتزام بالإخطار وجزاء عدم القيام به.	56
المطلب الثاني: الإلتزام بتخفيف الضرر.	58
الفرع الأول: الأساس القانوني للالتزام بتخفيف الضرر.	58
الفرع الثاني: إجراءات تخفيف الضرر وجزاء عدم القيام بها.	62
المبحث الثاني: الإخلال بشرط إعادة التفاوض في العقود التجارة الدولية.	66
المطلب الأول: مفهوم الإخلال بشرط إعادة التفاوض في العقود التجارة الدولية.	66
الفرع الأول: تعريف الإخلال بشرط إعادة التفاوض في العقود التجارة الدولية.	66
الفرع الثاني: تقدير الإخلال بشرط إعادة التفاوض في العقود التجارة الدولية	68
المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن الإخلال بشرط إعادة التفاوض في العقود التجارة الدولية.	71
الفرع الأول: التنفيذ العيني.	71
الفرع الثاني: أحكام التعويض عن الإخلال بشرط إعادة التفاوض.	79
خاتمة	90
قائمة المراجع والمصادر	95
فهرسة الموضوعات	101
الملخص	

الملخص

ملخص:

شرط إعادة التفاوض هو شرط جاء نتيجة الممارسات العقدية خاصة في مجال العقودالتجارة الدولية، حيث يدرجه الأطراف في عقدهم ليطبق في حال تغير الظروف أو بروز حوادث استثنائية لم يكن من الممكن توقعها اثناء ابرام العقد، مما يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا لأحد الطرفين، وبذلك برز شرط إعادة التفاوض كآلية قانونية للمحافظة على العقد والاستمرار في تنفيذه من خلال إعادة التفاوض حول بنود العقد من جديد للوصول الى اتفاق مشترك، فيحقق إعادة التفاوض التوازن بين أطرافه بصفة خاصة والعدالة العقدية بصفة عامة.

Résumé :

La condition de renégociation est une condition sérieuse résultant de pratiques contractuelles, en particulier dans le domaine des contrats commerciaux internationaux, dans lesquels les parties sont incluses dans leurs contrats à appliquer en cas de changement de circonstances ou de survenance d'événements exceptionnels qui n'auraient pas pu être prévus lors de la conclusion du contrat, La négociation en tant que mécanisme juridique permettant de maintenir le contrat et de continuer à le mettre en œuvre en renégociant les termes du contrat afin de parvenir à un accord commun, en vue de parvenir à un équilibre de renégociation entre les parties en particulier et la justice en général**.**

Abstract :

The condition of renegotiation is a serious condition as a result of contractual practices, especially in the field of international trade contracts, where parties are included in their contracts to be applied in the event of a change in circumstances or the emergence of exceptional events that could not have been foreseen during the conclusion of the contract, Negotiation as a legal mechanism to maintain the contract and continue to implement it through renegotiation of the terms of the contract again to reach a common agreement, achieving renegotiation balance between the parties in particular and justice in general.