جامعة أبي بكر بلقايد* تلمسان

كلية الحقوق و العلوم السياسية

حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد

-دراسة مقارنة-

رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام

الطالب :هني عبد اللطيف. المشرف:الأستاذ الدكتور شهيدة قادة

لجنة المناقشة :

الدكتور: بن مرزق عبد القادر	أستاذ محاضر قسم"أ"	جامعة تلمسان	رئيسا
الأستاذ الدكتور شهيدة قادة	أستاذ	جامعة تلمسان	مشرفا و مقررا
الدكتور : حجاري محمد	أستاذ محاضر" أ "	جامعة معسكر	مناقشا
الدكتور: مغربي قويدر	أستاذ محاضر" أ "	جامعة سعيدة	مناقشا
الدكتور: بن أحمد الحاج	أستاذ محاضر" أ "	جامعة سعيدة	مناقشا

السنة الجامعية: 2016/2015

قائمة المختصرات. Liste d'abréviations

أ–باللغة العربية.

ج.	جزء.
ج ر ع.	جريدة رسمية عدد
أ.د.	أستاذ الدكتور.
د.	الدكتور.
ص.	صفحة.
ط.	طبعة.
ع.	عدد.
م.ق .	مجلة قضائية.

ب– باللغة الفرنسية.

Al.	Alinéa
A.J	Actualité juridique
Art.	article
CA	cours d'appele
Cass.civ	cassation civil
Cass.com	cassation commerciale
C. C. I	chambre de commerce international
Chron	chronique
D.	Dalloz
D.P.C.I	droit et pratique de commerce international
Ed.	édition
JDI	journal de droit international
L.G.D.J	Librairie générale de droit et de jurisprudence
N°.	Numéro
Obs.	Observation
Op.cit.	ouvrage déjà cité
OHADA.	Organisation pour l'harmonisation en Afrique de droit des affaires
P.	page

P. U. F	presse universitaire de France
RDC.	revue des contrats
R.D.	recueil dalloz
RASJP.	revue Algérienne de sciences juridiques et politiques
Rev.arb.	Revue d'arbitrage
R.T.D.com	revue trimestrielle de droit commercial
RTD.civ	revue trimestrielle de droit civil
R.I.D.C	Revue internationale de droit comparé
Rev.Dr.Unif.	revue de droit uniforme
Rep.civ.	répertoire de droit civil
Rec. Arb.sen.	recueil des sentences arbitrales
S.	Suivant
SDE.	la semaine la doctrine l'étude
S.J.	semaine juridique
T.	Tome
V.	voir.
Vol	Volume

مقدمة.

لقد أضحت الحياة البشرية تتسم بالتعقيد في ظل التطور المتسارع والمتزايد الوسائل التكنولوجية والاقتصادية، والتي من المفترض أنَّ هدفها هو تبسيط هذه الحياة، مما فرض ضرورة تماشيا الأطر القانونية والخطط الاقتصادية مع هذا التطور، مما جعل العالم يشهد أزمات متتالية.

ومن أهم الأطر القانونية ليونة واستجابة لهذا التطور نظرية العقد، إذْ يُعد العقد مؤسسة قانونية لازالت تمثل حجرا مهما في البناء القانوني لجميع الأنظمة القانونية بمختلف تأصيلاتها النظرية منذ زمن طويل، وذلك بما يُمثله العقد من أداة لإشباع الحاجات وتلبية للرغبات، وبما يمثله من ميدان خصب أمام التشريعات لتجسيد السياسات التشريعية بما يخدم ويتلاءم والتأصيلات النظرية للنظم القانونية المختلفة.

ولعل أبرز مجال تتجلى فيه مواكبة الفن التعاقدي للتطور الاقتصادي بصورة أبرز هو مجال التجارة الدولية، حيث إنَّ تطور الميكانيزمات هذه التجارة بصورة جد متسارعة، إذْ أنَّ العقود المبرمة في هذا المجال غالبا ما ترتبط بأجل ممتد وطويل، بحيث يقع كثيرا أنْ تتغير ظروف عقد أُبرم منذ عشر سنين كأن تتطور الوسائل التكنولوجية والتقنية التي يُصَّنَع وفقا لها محل هذا العقد، بل أكثر من ذلك فإنَّ التجارة الدولية الأكثر تأثرا وعرضة للأزمات الاقتصادية والمالية والسياسية.

كما أنَّه مما ساعد في تنامي استجابة عقود التجارة الدولية إلى التغيرات الاقتصادية والسياسية والسعي إلى احتوائها عدم خضوعها للأنظمة القانونية الوطنية أو الداخلية القائمة على بناء قانوني تراكمي ونمطي، وذلك لما تتميز به هذه الأنظمة من ثبات تشريعي مبني على فلسفة خاصة بكل نظام قانوني.

وتبعا لما تقدم فإنَّ مواكبة العقود لتغير الظروف التي أبرم فيها وإنْ كان أمرا غيرُ جديدٍ في ظل الأنظمة القانونية الوطنية والداخلية، إلاَّ أنَّه في إطار عقود التجارة الدولية فقد ابتدع المتعاملون الاقتصاديون تقنية عقدية جديدة كليا وغير معروفة إطلاقا في إطار القواعد العامة لنظرية العقد في القوانين الداخلية تتمثل في إعادة التفاوض في العقد، وهذا إلى جانب العديد من التقنيات الأخرى، كشروط مراجعة الثمن أو حتى شروط القوة القاهرة؛ وبذلك فإن فكرة

إعادة التفاوض في العقود فكرة قانونية حديثة وليدة الممارسة العقدية الدولية لمواجهة تغير ظروف تنفيذ العقد أو بصورة أدق لتجاوز آثار هذا التغير في الظروف على توازن الأداءات العقدية.

وفكرة إعادة التفاوض بهذه الصورة تجد محلها في مرحلة التنفيذ العقد، مما يستوجب عدم الخلط بينها وبين مرحلة المفاوضات قبل التعاقد، حيث تسمح للأطراف بالالتقاء من جديد والتحادث لمناقشة مصير عقدهم الذي اختل توازنه في ضوء المعطيات الجديدة التي أفرزها تغير الظروف سواء كانت هذه الظروف سياسية كالحروب أو الثورات والنزاعات السياسية، أو اقتصادية كارتفاع أسعار السلع الأولية أو تكنولوجية كتطور تقنيات الإنتاج والتصنيع، فهي كممارسة عقدية ظهرت على صعيد عقود التجارة الدولية لا ترتب سوى التزاما بإعادة التفاوض في حالة وقوع حدث من شأنه الإخلال بتوازن العقد في مرحلة تنفيذه؛ وبذلك فهذه التقنية لا تؤدي إلى تعديل العقد مباشرة أو آليا بل تسمح بذلك بما يتناسب ومصلحة المتعاقدين الاقتصادية، وبما يصب في صالح تحقيق الهدف أو المشروع الاقتصادي للعقد.

وترتيبا على ذلك تتبدى أهمية دراسة فكرة إعادة التفاوض من خلال عدة مستويات وزوايا، فمن جهة كوْنها ممارسة عقدية في منشئها تتجلى أهمية دراسة هذه الفكرة في بحث نمط قانوني جديد يتمثل في ترتيب أحكام قانونية بناء على ممارسات عقدية أي ممارسات واقعية، وهذا على خلاف فلسفة البناء القانوني في نظام القانون المدني civil law مثلا، ومن جهة أخرى تتجلى أهمية دراسة فكرة إعادة التفاوض كتقنية نشأت في ظل قواعد التجارة الدولية، بحث سبب استحداثها في ظل وجود العديد والكثير من التقنيات القانونية التي أقرَّتها الأنظمة القانونية الوطنية، كنظرية الظروف الطارئة التي تبناها القانون الجزائري وبقية القوانين العربية، وكذا القانون الإيطالي، أو كنظرية الفشل التعاقدي the Frustration of contract، أو نظرية انهيار الأساس العقدي أو التعاقدي في القانون الألماني، أو حتى تلك التقنيات العقدية الموجودة في ظل قواعد التجارة الدولية التي تُحصي العديد من صيغ الشروط العقدية التي تسمح بتعديل العقد سواء بصورة آلية ومباشرة أو بصورة غير مباشرة.

كما تتجلى أهمية دراسة فكرة إعادة التفاوض في طرحها لمسألة من الأهمية بمكان تتمثل في تحديد النظرة الكلاسيكية للعلاقة بين الاقتصاد والقانون، كوْن هذه الفكرة وليدة ممارسة

عقدية صادرة عن متعاملي التجارة الدولية، والذين لا يتصفون بأنهم "قانونيين" وإنما "اقتصاديين"؛ وذلك بالنظر إلى النظرة التقليدية السائدة في الأنظمة القانونية الوطنية التي تقيم فصلا بين ما هو اقتصادي وبين ما هو قانوني، بحيث تتجلى العلاقة بينهما في مظاهر التأثر والتأثير.

وتماشيا مع هذه الأهمية التي من أجلها جاءت هذه الدراسة، فقد تم الاستناد على أبرز الدراسات التي تناولت هذه الفكرة بدءا من أول دراسة قانونية للأستاذ Marcel FONTAINE وفريق بحثه في أواسط سبعينيات القرن العشرين[1]، وصولا إلى أحدثها على مستوى الأطروحات الأكاديمية كرسالتيْ الدكتوراه للأستاذيْن Reine ALACHKAR والأستاذ PASCAL ACCOUI-LORFING، وبالأخص النتائج التي توصل إليها الأستاذ Mauricio ALMEIDA PRADO في أطروحته حول تغير الظروف في عقود التجارة الدولية[2].

كما تبرز أهمية دراسة فكرة إعادة التفاوض في العقود في كوْن الدراسات القانونية المتخصصة التي تناولتها في الفقه العربي جد قليلة، حيث تم التحصل على أطروحة الدكتوراه للأستاذ شريف محمد غنام حول أثر تغير ظروف تنفيذ العقود الدولية، الذي حصر نطاق بحثه في مجال عقود التجارة الدولية فحسب، ومركزا على السعي إلى تقريب مفهوم القوة القاهرة في نطاق هذه العقود من فكرة إعادة التفاوض؛ كما تم التحصل على بعض المقالات القانونية القصيرة التي تهدف إلى التعريف بفكرة إعادة التفاوض[3].

---

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

[2] P. ACCAOUI LORFING, la renégociation des contrats internationaux, Thèse Doctorat, Paris, 2008 ; R. ALACHKAR, clause de hardship et clause d'amiable composition, thèse Doctorat, Paris II, 2010; M. ALMEIDA PRADO, Le hardship dans le droit du commerce international, Bruylant, 2003.

[3] شريف محمد غانم، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، ط 2007، مصر

عبد الرحيم السلماني، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، ع.4

دحو ولد باهو، إعادة التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا كأداة لحماية الطرف الضعيف، في ملتقى" القانون وحماية الطرف الضعيف، 20 و21 أبريل2012 كلية الحقوق بسطات، المغرب.

B. FOUAD, le hardship non contractuel et la lex mercatoria, REMALD, N°. 114 , 2014

أما بخصوص الدراسات القانونية في الجزائر والتي خصصت أساسا لهذه الفكرة فلم يتم التحصل سوى على مقالة قانونية محررة باللغة الفرنسية للأستاذ نور الدين تركي، الذي تناول فكرة إعادة التفاوض في الشق الدولي فقط أي في مجال التجارة الدولية، أو بعض الإشارات المقتضبة والطفيفة في بعض الكتابات القانونية، كما في كتاب الأستاذ علي بن شنب عن قانون العقود، والمحرر باللغة الفرنسية كذلك[1].

وبذلك تبدوا صعوبة هذا البحث في كون الدراسات المتناولة لهذه التقنية العقدية، بصفة دقيقة ومُعمَّقة، قليلة جدا في الفقه العربي، إضافة إلى كون هذه الدراسة تبحث فكرة إعادة التفاوض وفق أطر جديدة تتجاوز الإطار الدولي الخاص بها، متجاوزة الحدود التي دأب الفقه على رسمها بين قواعد التجارة الدولية وقواعد نظرية العقد في القوانين الوطنية من جهة، وبين هذه القوانين الوطنية ذاتها من جهة أخرى، حيث تختلف هذه الأنظمة والقوانين في بنائها الفلسفي والنظري، خصوصا بين نظام القانون المدني، وفي مقدمته القانون المدني الفرنسي، والقانون الانجليزي common law، مع العلم بأن فكرة إعادة التفاوض ذات منشأ أنجلوسكسوني.

وفي ظل هذه المعطيات تبرز إشكالية هذه الدراسة في بحث ما هي حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقود؟، في ظل وجود تقنيات قانونية عديدة على المستوى الدولي والداخلي، والتي تعالج نفس الفَرَض الذي تعالجه هذه الفكرة، وما مدى استعداد النظم القانونية الداخلية والوطنية لتبني هذه الفكرة؟ في ظل الحدود القائمة بين قواعد التجارة الدولية وهذه النظم، بل وفي ظل الحدود القائمة بين الأنظمة القانونية الدالية عَيْنَها.

وبذلك فإنَّ هذه الدراسة تندرج في إطار الدراسات القانونية التي تهدف إلى التعريف بفكرة إعادة التفاوض في العقود بحكم كوْنها تقنية حديثة في المجال التعاقدي، وبحكم أنَّ الدراسات القانونية المتخصصة باللغة العربية في هذا المجال قليلة، كما تهدف هذه الدراسة إلى تجاوز الحدود التقليدية بين قواعد التجارة الدولية والقوانين الداخلية، في ظل ما تتميز به العلاقات التجارية والاقتصادية من عولمة اقتصادية تحولت إلى عولمة قانونية.

[1] N-E, TERKI, les clauses de force majeure et de hardship, RASJEP, 2010/2; A. BENECHENEB, le droit algérien des contrats, Ed. AJED, 2011

وفي سبيل ذلك فقد اعتمدت هذه الدراسة على المنهج التحليلي، وذلك بتحليل النصوص القانونية الدولية وكذا الوطنية، إضافة إلى القرارات التحكيمية وكذلك القرارات القضائية، وذلك للكشف عن اتجاهات إقرار فكرة إعادة التفاوض والاعتراف بها سواء على صعيد قواعد الـ lex mercatoria من خلال مبادئ الـUnidroit، ومبادئ القانون الأوروبي، وكذلك تحليل كيفية معالجة القوانين الداخلية لمشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد؛ وهذا ما يستدعي إعمال المنهج المقارن بين هذه الأنظمة القانونية وفق أسلوب سلس في الانتقال من نظام إلى آخر، وذلك بتجاوز الحدود الفاصلة والصارمة بين هذه النظم القانونية، بفعل العولمة القانونية إلي يشهدها المجال التعاقدي وطغيان الأسلوب الأنجلوسكسوني في الحياة الاقتصادية في إطار العولمة الاقتصادية.

ومن أجل ذلك تم اعتماد خطة عمل ترتكز على بابيْن، حيث تضمن الباب الأول فصليْن، خُصص الأول منهما للإطار المفاهيمي لفكرة إعادة التفاوض من حيث مبررات استحداث فكرة إعادة التفاوض في إطار عقود التجارة الدولية، التي تُعتبر الميدان الأصلي والخصب لهذه الفكرة، وتمييزها عن غيرها من التقنيات القانونية، أما الفصل الثاني فقد خُصص للإطار الإجرائي لفكرة إعادة التفاوض من حيث شروط إعمال الالتزام بإعادة التفاوض، وإجراءات سير عملية إعادة التفاوض.

أما الباب الثاني من هذه الدراسة فقد تناول في فصله الأول آثار فكرة إعادة التفاوض من حيث مصير العقد سواء أثناء عملية إعادة التفاوض أو بعدها في حالتيْ نجاح أو فشل هذه العملية في تعديل العقد، وكذلك الجزاءات المترتبة في حالة عدم تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض، أما الفصل الثاني من هذا الباب فقد خُصص لمحاولات الاعتراف وتنظيم وتقنين هذه الفكرة من ممارسة عقدية إلى تنظيم قانوني سواء في القوانين المشتركة les droits communautaires، كمبادئ الـUnidroit، وكذا بدايات التأسيس لفكرة إعادة التفاوض في القوانين الوطنية.

الباب الأول: فكرة إعادة التفاوض وتغير ظروف تنفيذ العقد.

يشهد العالم اليوم أزمات مالية تحوَّلت إلى أزمات اقتصادية كان لها بالغ الأثر على العلاقات الاقتصادية والقانونية، ولعل أهم صور ذلك تتمثل في تأثر العلاقات العقدية بهذه الأزمات.

وتبعا لذلك فإنَّه في ظل عدم ثبات الأوضاع العقدية نتيجة للتغيُّرات في الظروف التي تُبرم فيها العقود، تُعدُ عقود التجارة الدولية من أبرز أنواع العقود التي تتأثر بتغير ظروف إبرامها في مرحلة تنفيذها.

وترتيبا على ذلك فإنَّ المتعاملين الدوليين سعوا في إطار عقود التجارة الدولية إلى استحداث العديد من التقنيات العقدية techniques contractuelles، التي تساعدهم على تجاوز ما يعتري عقودهم من مشاكل تُرهق تنفيذ التزامات أحد الأطراف.

وبناءا على ذلك فقد استحدث المتعاقدون في مجال التجارة الدولية إعادة التفاوض في العقود كتقنية عقدية تسمح لهم بتعديل العقد، والحفاظ على الهدف أو المشروع الاقتصادي للعقد (فصل أول).

غير أنَّ إعمال إعادة التفاوض في العقود كتقنية قانونية تحتاج،كأي تقنية قانونية أو عقدية، لجملة من شروط تخص الأحداث التي قد يكون من شأن وقوعها في مرحلة تنفيذ العقد أنْ تخل بتوازن الأداءات العقدية، كما يُفترَض في حال إعمالها المرور بمجموعة من الإجراءات للوصول إلى اتفاق يقضي بتعديل العقد(فصل ثاني).

الفصل الأول: العقود الدولية[1]: الميدان الخصب لإعادة التفاوض.

إنَّ إعادة التفاوض كآلية تسمح بتعديل العقد الدولي، تجد حيِّزَها الطبيعي في العقود الدولية، وذلك بالنَّظر إلى ما تتميز به هذه العقود من خروجها أولا ممَّا يحكم العقود الداخلية من نظريات قانونية تحكم مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد، والتي لا تُسعف المتعاملين الدوليين ولا تستجيب لمقتضيات التجارة الدولية، حيث تتضمن العقود فيها مشاريع اقتصادية ضخمة وكبيرة من الأهمية بمكان، مما يفرض الحرص على إنجاح هذه المشاريع، وذلك بالحفاظ على استمرارية العقد متى كان ذلك مُجدِّيا لأطرافه اقتصاديا، مهما اعترى تنفيذ هذا العقد من أحداث أثَّرت على تنفيذ أحد الأطراف لالتزاماته، والذي وإنْ لم يكن هذا التنفيذ مستحيلا، إلاَّ أنَّه مرهق لهذا المتعاقد(مبحث أول).

---

[1] لم يتفق الفقه على تعريف جامع للعقد التجاري الدولي، وذلك بالنظر إلى صفة تجارية ودولية لهذا العقد، فلدى البعض أنَّ العقد يكون دوليا متى كان يمثل نقاط اتصال بين قوانين عدَّة دول، ولدى البعض الآخر أنَّه لا يمكن وضع تعريف شامل للعقود الدولية بل يعرف كل عقد على حدة، فعقد البيع الدولي هو البيع الذي يكون محله أموالا منقولة بين دولتين أو أكثر، وبالنسبة لعقود النقل تكون دولية إذا تعدى النقل حدود الدولة إلى دولة أخرى، وأمام هذا الاختلاف وضع معياران لتحديد العقد الدولي: الأول قانوني يتمثل في كون العقد الدولي يمثل تقاطعا لعدة أنظمة قانونية، والثاني اقتصادي يتمثل في كون العقد الدولي يمثل حركة اقتصادية متدفقة وعابرة لحدود الدول.
انظر في ذلك:
طالب حسين موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة، عمان، ط.1، 2008، ص.26.
B. AUDIT, Droit international privé, Economica, 4ème éd, 2006, P.654.s;
J.M .JACQUET, le contrat international, D. 1992, chron, p. 6;B. OPPTITE, Autour du contrat international, DALLOZ, 2.Éd. 2006, p. 4; M. FONTAINE, la notion de contrat international, in « le contrat économique international, Stabilité et évolution », Travaux des 9ème journées juridiques Jean Badin, 22 et 23 NOV 1973, Bruylant /Pédon, 1975, p. 17 et S.
ولقد كان المشرع الجزائري قد تبنى كلا المعيارين الاقتصادي والقانوني من خلال ما يُفهم من نص المادة 485 من المرسوم 93-09 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية، والتي نصت على أنَّه:" يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج"؛ لكن عاد المشرع الجزائري وعَدَلَ عن المعيار المزدوج وأبقى فقط على المعيار الاقتصادي، وذلك من خلال القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث نصت المادة 1039 منه على أنَّه:" يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل."انظر
المرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 25 أفريل 1993، المعدل والمتمم للأمر 66-154، المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر ع 27، ص.58
القانون 08-09، المؤرخ في 25 فبراير2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج رع21، الصادرة في 23 أفريل2008

كما أنَّ دراسة فكرة إعادة التفاوض في العقود، في نطاق عقود التجارة الدولية لا تتِّم بمعزل عن دراسة بقية التقنيات القانونية والعقدية التي ابتدعها المتعاقدين في ظل هذه العقود، مما يدفع إلى بحث تمييِّز فكرة إعادة التفاوض عن بقية التقنيات التي تعالج نفس الفَرَض، والمتمثل في مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد، وبالأخص التمييِّز بينها وبين مفهوم القوة القاهرة في نطاق هذه العقود، إذْ أنَّ من شأن هذه الدراسة الإسهام في الوقوف على فاعلية هذه الفكرة (مبحث ثاني).

المبحث الأول: مبررات استحداث فكرة إعادة التفاوض.

إنَّ ظهور إعادة التفاوض كآلية تسمح بمواجهة اختلال تنفيذ العقد نتيجة لتغير ظروف هذا التنفيذ عما كانت عليه وقت إبرامه ترجع بالأساس إلى طبيعة العق الدولي، إذْ أنَّه يتميز غالبا عن العقود في القوانين الداخلية بطول مدة تنفيذه وطبيعة محله المعقدة(فرع أول)، كما يختلف أساس الالتزام بإعادة التفاوض بالنظر إلى وجود شرط يقضي به من عدمه(فرع ثاني).

المطلب الأول: طبيعة العقد الدولي.

إنَّ صفة تجارية ودولية العقد الدولي لا تخرجانه كُلِّيَة عن إطار النظرية العامة للعقد في القوانين الداخلية، إلاَّ أنَّه بالنَّظر إلى ما يتميَّز به من امتداد تنفيذه في الزمن (فرع أول)، وكذا خصوصية لمحله (فرع ثاني)، يستدعي أنْ يخضع لأحكام خاصة به، إذْ أنَّ قواعد قانون العقود الداخلية لا تتماشى وهذه الاعتبارات.

الفرع الأول: طول مدة تنفيذ العقد الدولي.

إنَّ النَّظرية الكلاسيكية للعقد تتركز على فكرة أنَّ العقد يقوم على فترة مرحلية من الزمن تكون محددة لذا فإنَّ احتمالات تعرض تنفيذه إلى اختلالات تمس بتوازن الالتزامات فيه لا تكون بذات الأهمية[1] عما هو عليه الحال في إطار العقود الدولية، إذْ أنَّ تنفيذ هذه العقود في مجملها يتراخى في الزمن، وذلك إما نتيجة لاتفاق الأطراف ورغبتهم في تحقيق قدر من الاستقرار في تعاملاتهم الاقتصادية[2]، وإما بالنَّظر إلى طبيعة العقد ذاته وضخامة الأعمال المطلوب تحقيقها، كما هو عليه الحال في عقود الطاقة والتصنيع وإنشاء المنشآت الكبرى[3]، مما يجعل رسم

---

[1] اختلفت التشريعات الداخلية للدول في معالجتها لمسالة اختلال العقد في مرحلة تنفيذه مما أفرز حلولا متباينة وهذا ما سيتم تناوله في الفصل الثاني من هذا الباب الثاني.

[2] شريف محمد غانم، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، ط 2007، مصر، ص 01.

[3] بخصوص نطاق العقود الدولية، أنظر:
S. CHATILLON, le contrat international, Vuibert, 3. Ed, paris, 2007, p. 197.

حدود واضحة لهذه العقود أمرا في غاية الدِّقة، حيث يصعب في بعض الأحيان فصل مراحل تكوينه وتنفيذه[1]، وبذلك تظهر أهمية الزمن كعنصر فعَّال في اقتصاد العقد[2].

فمفهوم الزمن وإنْ كانت له دلالاته في النَّظرية الكلاسيكية للعقد، حيث جرت العادة على تقسيم العقود إلى عقود فورية وأخرى زمنية[3]، إذْ يرى الأستاذ Marcel FONTAINE أنَّ النَّظرية الكلاسيكية لا زالت بعيدة جدا في الكشف عن جميع حقائق التفرقة بين هذيْن النوعيْن من العقود[4]، إلاَّ أنَّه يُثير عدَّة إشكالات فيما يخص العقود الدولية المتراخية في الزمن، ذلك أنهَّا تكون معرضة لخطر تغير ظروف التنفيذ، مما يجعل هذا الواقع يصطدم بالقوة الإلزامية للعقد الذي يميز النظرية الكلاسيكية للعقد[5]، وهذا ما لا يخدم طبيعة العقد الدولي الذي يصعب إخضاعه كلية لهذا المبدأ.

كما أنَّ اعتبار العقد أداة للتوقع كفكرة شائعة في التشريعات الداخلية[6] لا يمكن إعمالها في نطاق العقد الدولي، إذْ أنَّه لا يمكن بالنظر إلى تراخي تنفيذ العقد في الزمن أنْ يكون إبرام

---

[1] M. FONTAINE et F. DELY, Droit des contrats internationaux, Bruylant, Bruxelles, P. 323. S

[2] « L'élément le plus décisive de l'économie contractuelle».
V. FR.OST, Temps et le contrat critique du pacte Faustien, «in la relativité du contrat », Travaux association Capitant. VI. 1999. Nantes, L. G. D. J., p. 137.
M. TROCHU, L'intervention de la notion de Temps dans les contrats internationaux à exécution successive, in l'internationalisation du droit Mélanges en l'honneur de WON LOUSSOUARN, 1994, P 373.

[3] بخصوص هذه العقود، أنظر:
علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، ط 2001، الجزائر، ص 56.

[4]« Mais la théorie classique est très loin d'avoir découvert toutes les virtualités de cette distinction ».
V. M. FONTAINE, Exposé introductif ' le problème du long terme', in «comment négocier un contrat à long terme», D.P.C.I., T. 5, N°. 1, 1979, p. 142

[5]. Ibid., p.142
كما أنَّ مفهوم الزمن في إطار العلاقات القانونية تمت معالجتها من قبل الفقهاء في القانون الداخلي. أنظر:
M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité de droit civil Français, L. G. D. J., Paris, 1952, p. 46.

[6] إنَّ فكرة العقد كأداة التوقع تجد محلها بصورة جلية في القانون المدني الفرنسي، الذي أوجب على أطراف العقد بأنْ يأخذوا في حسبانهم عند إبرام العقد جميع الظروف التي قد تحيط بالعقد مستقبلا، أنظر في هذا الخصوص:=

هذا العقد وسيلة لمعالجة الأخطار غير المتوقعة والممكنة الحدوث، والتي من شأنها أنْ تخل بالتوازن العقدي في مرحلة تنفيذه[1].

وبذلك تظهر أهمية مرحلة تنفيذ العقد في دراسة العقد الدولي، ذلك لما تحمله هذه المرحلة من احتمال تعرض توازنه لاختلالات نتيجة لأحداث غير متوقعة لا يد للأطراف في حدوثها[2]، مما يجعل هذه المرحلة محور دراسة العقد الدولي لا مرحلة إبرامه[3]؛ وهذا على خلاف النظرية الكلاسيكية في التشريعات الداخلية، والتي إنْ كانت قد أولت أهمية لمرحلة التنفيذ عبر تأسيسها على مبدأ حسن النية، إلاَّ أنَّها جعلت من مرحلة تكوين العقد أساسا لدراسة العقد[4].

وبذلك يظهر أنَّ مرحلة تنفيذ العقد الدولي مرحلة جد مهمة، ليس فقط لما يترتب من التزامات على عاتق متعاملي التجارة الدولية بقدر ما هي مرحلة يحقق فيها هؤلاء المتعاملون مشروعهم المشترك، الذي بدوره يتميز عن طبيعة المشروع المراد تحقيقه في العقود الداخلية، لذا فإنَّه من الطبيعي أن تُفرَض أحكاما خاصة بطبيعة محل العقد الدولي.

الفرع الثاني: طبيعة محل العقد الدولي.

يتميز العقد الدولي إضافة إلى طول مدة تنفيذه بالطبيعة المركبة والمعقدة لمحله[5]، ولعل هذا أساس الأهمية التي تكتسيها المفاوضات في إطار هذا النوع من العقود المنصبة على مشاريع

=PH. STOFFEL-MUNCK, regards sur la théorie de l'imprévision, P.U.AIX. MARSEILLE, 1994, p. 35 et S.

[1] CH. JAMIN, révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil, Droit et patrimoine, 1998, p. 46 et S.

[2] إنَّ السمة الغالبة اليوم على الحياة التجارية الدولية توالي الأزمات الاقتصادية، في هذا الخصوص أنظر:
R. RENICHI, HISTOIRE DE LA MONDIALISATION, Viubert, 2.Ed, p. 152.

[3] P. ACCAOUI LORFING, la renégociation des contrats internationaux, Thèse Doctorat, Paris, 2008, p. 17.

[4] إنَّ جل الدراسات الفقهية للنظرية العامة للعقد اهتمت بمرحلة تكوين العقد من حيث شروط العقد وبالأخص سلامة الإرادة، حيث أخذت نظرية عيوب الإرادة حيزا كبيرا من هذه الدراسات.

[5] W. PETER, Arbitration and renegociation of international investment agreements, second revised éd., KLUWER law international, 1995, p. 50. s

اقتصادية ضخمة ومعقدة[1]، ذلك أنَّه يستحيل في كثير من الأحيان على أطراف العقد تحديد جميع عناصر الالتزامات العقدية أو شروط تنفيذ العقد مما يضطرهم إلى تحديدها عبر مراحل متلاحقة[2].

وهذا ما يتعارض مع النظرية الكلاسيكية للعقد حيث يجب أن يبرم هذا الأخير في إطار معالم واضحة من حيث شروط تنفيذه وضرورة تحديد الالتزامات المترتبة عنه، وهذا ما يهدف إليه مبدأ قدسية العقد تأكيدا للأمن القانوني واستقرار المعاملات[3].

وبذلك فإنَّ طبيعة محل العقد الدولي تفرض أنْ تكون مصالح الأطراف المتعاقدة ذات طبيعة مشتركة بدل أنْ تكون مصالح فردية، وهذا بالنظر إلى أهمية المشروع أو محل العقد المراد تحقيقه[4].

فخصوصية العقد الدولي القائمة على طول مرحلة التفاوض بشأنه، بجانب طول مدة تنفيذ ما تم الاتفاق عليه، تستدعي عمل الأطراف على إتمام هذا المشروع في إطار من التعاون والتضامن ممَّا يجعل مصالحهم مرتبطة بتحقيق الهدف العقدي[5].

---

[1] بخصوص أهمية المفاوضات في إطار العقود الدولية، أنظر عرض حالة:
D. JEAN-MARIE, exposé générale du cas, le dossier de la négociation in « comment négocier un contrat à long terme », Op.cit, p. 7.s

[2] « La conclusion de l'accord n'a pas mis fin à la phase de formation. Celle-ci se poursuit pendant toute la vie du contrat ».
V. M. FONTAINE et F. DELY, Droit des contrats internationaux, Bruylant, 2. éd, p. 346.

[3] تقوم النظرية العامة للعقد على ضرورة الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد، وإنْ كان بالإمكان ترك المسائل الثانوية للاتفاق عليها في وقت لاحق.

[4] . انظر في هذا المعنى:
J-Q. DE CUYPER et W.PETER, reneogociation of long term international agreements and flexibility : considerationon the ground of the GHANA / VALCOO CASE, R.D.A.I, N°7, 1995, p.784

[5] تكتسي العقود الدولية أهمية اقتصادية جد كبيرة لذا فإنَّ العنصر الاقتصادي يعد عنصرا مهما في تعريفها ودراستها وبخصوص الأهمية الاقتصادية لعقود التجارة الدولية أنظر:
M. TROCHU, Op.cit, p. 379

لذا فإنَّ الطبيعة المشتركة لمصالح أطراف العقد تعد صفة ضرورية في العقد الدولي من أجل تحقيق الهدف العقدي[1]، إذْ لم يعد يُعبِر عن مجموعة من المصالح المختلفة، والتي قد تكون متناقضة في بعض الأحيان كما كان سائدا لفترة طويلة في إطار النظرية الكلاسيكية للعقد[2].

وتبعا لذلك تظهر مدى أهمية العلاقة القائمة بين طبيعة محل العقد الذي ينصب على مشاريع اقتصادية ضخمة وبين ما يجب أن تكون عليه العلاقات بين أطراف العقد، حيث أنَّه من الضرورة بمكان أنْ يسود هذه العلاقة طابع التعاون الدائم بدءا من المفاوضات المفضية إلى إبرام العقد وصولا إلى مرحلة التنفيذ، إذْ أنَّ مصالح أطراف العقد تهدف إلى تحقيق المشروع الاقتصادي، وتظهر بالأخص هذه العلاقة في تعاون أطراف العقد على تجاوز الصعوبات التي يواجهها تنفيذ العقد والتي قد تنتج عن ظروف غير متوقعة[3].

بتفسير آخر فإنَّ القيمة الاقتصادية لمحل العقد تستدعي أنْ تُواكبها قيمة عقدية يشترك في تحقيقها أطراف العقد، ذلك أنَّ الأهمية الاقتصادية لمحل العقد تفرض الحفاظ على العلاقات العقدية طيلة مرحلة التنفيذ، وهذا يشمل مواجهة أطراف العقد لجميع الظروف التي تعترض تحقيق الهدف العقدي المتمثل في المشروع الاقتصادي الذي تضمنه العقد، فالحفاظ على العلاقة العقدية[4] يُمثل القيمة العقدية التي ترافق القيمة الاقتصادية لمحل العقد، بحيث يظهر معها أنَّ إنهاء

---

[1] P. ACCAOUI -LORFING, Op.cit, p. 23.

[2] لقد تضمنت النظرية العامة للعقد مبدأ التعاون بين المتعاقدين، حيث أضحى العقد إطارا لتضامن وتعاون لمتعاقدين، غير أنَّ ذلك كان سمة في تطور هذه العقود، لأنه إلى وقت قريب كان يُرى في العقد ميدانا لمصالح مختلفة بل ومتناقضة في بعض الأحيان، أنظر في هذا المعنى:

D. MAZEAUD, Loyauté, Solidarité, Fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, in l'avenir de droit, Mélange en hommage à François TERRE, P. U. F., Paris, 1999, p. 603. s

[3] إنَّ العقد الدولي هو أداة من الأدوات القانونية المهمة في إطار قانون التجارة، لذا كان من اللازم أنْ تتماشى أحكامه وحركة الرساميل المتدفقة في التجارة الدولية، أنظر بخصوص قواعد التجارة الدولية:

طالب حسن موسى، المرجع السابق، ص 11 وما بعدها، وبخصوص متعاملي التجارة الدولية، أنظر:

M. TRARI TANI, W. PISSORT et, P. SARNS, Droit commercial international, éd. Berti, Alger, 2007, p. 20 et S.

[4] ما دفعنا إلى تسمية الحفاظ على العقد بالقيمة العقدية، ما يترجمه العقد من مصالح والتي لا تعبر فقط على مصالح المتعاقدين وإنما عن مصالح طائفة من المتعاقدين une communauté contractante.

العقد بسبب ظروف غير متوقعة عند إبرام العقد حلا غير مجد وغير فعَّال، بطريقة يكون فيها هذا الإنهاء آخر وسيلة يلجؤ إليها أطراف العقد[1].

وبذلك يبدوا أنَّ الحفاظ على العلاقة العقدية يمثل عنصرا مميزا لعقد الدولي خصوصا في حالة اختلال توازن العقد في مرحلة التنفيذ بسبب حوادث خارجة عن إرادة أطراف العقد، متى كان ذلك سلوكا منطقيا بالنظر إلى المصالح التي يحملها هذا العقد[2].

من خلال ما تقدم يظهر أنَّ خصوصية تنفيذ العقد الدولي تفرض وجود أحكام تتماشى مع هذه الخصوصية، ففي هذا الإطار نشأت فكرة إعادة التفاوض، حيث تقضي بأنَّه في حالة تغير ظروف التعاقد نتيجة لأحداث غير متوقعة وخارجة عن إرادة أطراف العقد، والتي من شأنها الإخلال بتوازن هذا العقد فإنَّه يتعين على أطراف العقد الالتقاء مجددا من أجل مناقشة مصير العقد[3].

فإعادة التفاوض تقنية قانونية استحدثها متعاملوا التجارة الدولية إلى جانب عدَّة آليات أخرى[4]، كنتيجة لعدم ملائمة الحلول الواردة في التشريعات الوطنية لمعالجة هذا الظرف الخاص في حياة العقد، وذلك لتباينها في معالجة أثر تغير ظروف تنفيذ العقد[5]، إذْ أنَّ هناك من القوانين ما لا يعترف إلا بمبدأ القوة الملزمة للعقد، بحيث على الأطراف احترام ما ورد في هذا العقد حتى ولو

---

[1] M. FONTAINE, la notion...Op.cit, p. 34.

[2] E. ZACCARIA, The effects of changed circumstances in international Trade, I.T.B.L.R., Vol. 9, 2005, p. 137.

[3] P. ACCAOUI -LORFING, Op.cit, p. 2 et S.

[4] سيتم تناول هذه الآليات لدى الحديث عن تمييز مفهوم إعادة التفاوض عن المفاهيم المشابهة له، أنظر المبحث الثاني من هذا الفصل.

[5] إنَّ مسألة عدم ملائمة التشريعات الوطنية لخصوصيات التجارة الدولية لا يقتصر فقط على تغير ظروف تنفيذ العقد الدولي بل يمتد ليشمل عدة جوانب منها كالمنازعات التي تنشئ بين أطراف العقد، فلقد سجل فقه التجارة الدولية عدم قدرة القواعد الوطنية في تقديم حلول مناسبة للعلاقات التجارية الدولية منذ فترة طويلة، أنظر بهذا الخصوص:

PH. KHAN, Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux: L'expérience française, in « le contrat économique international », Bruylant / Pédon, Paris, 1975, p. 147.

اختل تنفيذه، ما لم يوجد شرط ينظم هذه الحالة كالقانون المدني الفرنسي، على عكس بعض القوانين الأخرى التي سمحت بتدخل القاضي لمعالجة هذا الفرض، ولكنها اختلفت في تنظيم هذا التدخل كما هو عليه لحال بالنسبة إلى القانون الجزائري والقانون الألماني والإنجليزي، لذا فإنَّ إعمال هذه الحلول الوطنية لمعالجة تغير ظروف تنفيذ العقد الدولي عن طريق قواعد الإسناد طبقا للقانون الدولي الخاص من شأنه إفراز أحكام جد متباينة بخصوص العقد الواحد، كما لو طبقت أحكام القانون الفرنسي على عقد لم يتضمن شرطا عقديا يعالج مسألة تغير ظروف تنفيذ، أو طبق القانون الجزائري الذي يتبنى نظرية الحوادث الاستثنائية[1].

وتبعا لذلك فإنَّ هذه الحلول المتباينة المقدمة من قبل التشريعات الوطنية لمعالجة تغير ظروف تنفيذ العقد الدولي، والتي ترجع بالأساس إلى اختلاف الأنظمة القانونية في نظرتها للعقد وإلى مفهوم التوازن العقدي، وكذا في الدور المنوط بالقاضي في مثل هذه المسائل، كانت سببا في خلق حالة قلق لدى محرري العقود الدولية المرتبطة بأجل طويل، ممَّا دفع إلى استحداث آليات أخرى كفيلة بحماية مصالحهم الاقتصادية والعقدية والتي كان في مقدمتها إعادة التفاوض[2].

وبذلك فمناط هذه الفكرة أي إعادة التفاوض بشأن العقد هو السعي إلى تحمل الأطراف سوِّيَة ما يترتب عن تغير ظروف تنفيذ العقد من تكاليف لم تأخذ بعين الاعتبار وقت إبرام العقد، وذلك بسبب أحداث غير متوقعة قد تكون سياسية أو اقتصادية[3].

وتبعا لذلك تُعرَف فكرة إعادة التفاوض كتقنية لمعالجة تغير ظروف تنفيذ العقد الدولي على أنَّها:"إعادة تفاوض الأطراف من جديد بشأن عقد في مرحلة تنفيذه من خلال التشاور

[1] سيتم تناول موقف التشريعات الوطنية من مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد كمعوق لتبني فكرة إعادة التفاوض، أنظر، الفصل الأخير من الباب الثاني.

[2] M. FONTAINE et F. DELY, Op.cit, p. 23.

[3] R. ALACHKAR, clause de hardship et clause d'amiable composition, thèse Doctorat, Paris II, 2010,p. 28. s

والبحث المشترك عن اتفاق بهدف جعل سلوك الأطراف مسايرا لمصالحهم التي قد تكون مشتركة أو مختلفة أو حتى متناقضة"[1].

فإعادة التفاوض بهذا المفهوم تقنية حديثة برزت أول الأمر في شكل شروط عقدية يضمنها العقد حيث ازداد الاهتمام بصورة مكثفة في العقود الدولية بداية السبعينات[2]، وأولى الدراسات التي أبرزتها على صعيد الدراسات القانونية قام بها فوج عمل تحت رئاسة الأستاذ Marcel FONTAINE، والتي نشرت سنة 1976[3]، ثم اتجه قضاء التحكيم في الممارسة الدولية إلى الاعتراف بإعادة تفاوض أطراف العقد حتى بدون وجود شرط يقضي به.

وهذا كاستجابة لمقتضيات وواقع التجارة الدولية خاصة في ظل غموض الاتفاقيات المنظمة لها، إذْ أنَّ اتفاقية لاهاي لسنة 1964 حول القانون الموحد لبيع الدولي في الفصل الخامس المعنون بـ"الأحكام العامة لالتزامات البائع والمشتري"، المتضمن للمادة 74 تحت عنوان "الإعفاء"، التي أقرَّت أنَّه:"يُعفى المتعاقد من مسؤولية عدم تنفيذه لالتزاماته إذا أتبث أنَّ ذلك يعود لظروف لم يكن بالوسع توقعها أثناء إبرام العقد كما لا يمكن تحملها، أما إذا كان عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته مؤقتا، فإنَّه لا يتحمل المسؤولية في حالة مواصلة تنفيذ العقد إذا ما أدَّت هذه الظروف إلى تغيير في هذه الالتزامات عما اتُفِق عليه في العقد"[4].

---

[1] « La renégociation est alors la re-négociation d'un contrat en cours d'exécution qui suppose la concertation et la recherche en commun d'un accord dans le but d'harmoniser la conduite respective des portiers aux intérêt communs, convergents ou opposés ».
V : P.ACCAOUI -LORFING, Op.cit, p. 8.

[2] M. FONTAINE et F. DELY, Op.cit, P. 494.

[3] M. FONTAINE, « les clauses de hardship » aménagements conventionnels de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme, D.P.C.I., Mars 1976, P. 42.

[4] Art 74 de la L. U. V. I : « 1) Lorsque une partie n'a pas exécutée une de ses obligations elle n'est pas responsable de cette inexécution si elle prouve que celle-ci due à des circonstances que d'après les intensions des parties lors de la conclusions du contrat elle n'était tenue ni de prendre en considération ni d'éviter ou de surmonter à=

والإشكال الذي تطرحه هذه المادة ينصب حول كيفية تفسيرها، إذْ أنَّ هذه المادة لم تحدد بشكل كاف طبيعة هذه الظروف التي من شأنها التأثير على العقد ودرجة هذا التأثير، حيث أنَّ هذه الاتفاقية أوجبت تفسيرها على ضوء الأحكام العامة الواردة فيها بهدف فصلها عن القوانين الوطنية في هذا المجال.

يتضح مما تقدم مدى صعوبة تحليل شروط تأثير تغير الظروف على العقد ومعايير تحديده خاصة في ظل قصور أدوات تفسير نص المادة 74 على المبادئ العامة لاتفاقية لاهاي ذاتها.

وبالمقابل فإنَّ اتفاقية فينا لسنة 1980 المنظمة لعقود البيع الدولية للبضائع[1] قد تناولت هي كذلك مسألة الإعفاء من المسؤولية من خلال المادة 79، والتي نصت على مايلي:"

1- لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذا أثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته وأنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه.

2- إذا كان عدم تنفيذ أحد الطرفين نتيجة لعدم تنفيذ الغير الذي عُهد إليه بتنفيذ العقد كلا أو جزءا فإن ذلك الطرف لا يُعفَى من التبعة إلا إذا:

أ- أعفي منها بموجب الفقرة السابقة؛

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

=défaut d'intention des parties il faut rechercher les intentions qu'ont normalement des personnes raisonnables de même qualité placées dans une situation identique… »
انظر كذلك بخصوص هذه المادة:
B. FOUAD, le hardship non contractuel et la lex mercatoria, REMALD, N°. 114, 2014, p.146

[1] لأكثر تفصيل فيما يخص اتفاقية فينا 1980، أنظر:
وفاء مصطفى محمد، توازي المصالح في تكوين العقد الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فينا لسنة 1980، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 2005.
F. FERRI, Interprétation uniforme de la convention de Vienne 1980, sur la vente internationale, R.I.D.C., 1996, P. 843 ; B. FOUAD, Op.cit, p.149

3- يُحدِث الإعفاء المنصوص عليه في هذه المادة أثرَه خلال المدة التي يبقى فيها العائق قائما.

4- يجب على الطرف الذي لم ينفذ التزاماته أن يوجه إخطارا إلى الطرف الآخر وأثره في قدرته على التنفيذ. وإذا لم يصل الإخطار إلى الطرف الآخر خلال مدة معقولة بعد أن يكون الطرف الذي لم ينفذ التزاماته قد علم بالعائق أو كان من واجبه أن يعلم به فعندئذ يكون مسؤولا عن التعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم استلام الإخطار المذكور.

5- ليس في هذه ما يمنع أحد الطرفين من استعمال أي من حقوقه الأخرى خلاف طلب التعويضات وفقا لأحكام هذه الاتفاقية"[1].

إنَّ نص المادة 79 يمثل حلا قانونيا أصيلا في إطار اتفاقية فينا لسنة 1980، وذلك للمحافظة على الإطار الدولي لهذه الاتفاقية بعيدا عن القوانين الوطنية[2]، إذ أنَّ تفسير نص المادة 79 يجب أنْ يراعي الطابع الدولي للاتفاقية وما يفرضه مبدأ حسن النِّية في التجارة الدولية[3].

إلاَّ أنَّ اتفاقية فينا عكس اتفاقية لاهاي أجازت اللجوء إلى القوانين الوطنية لتفسير الغموض الذي قد يشوب نصوصها، وذلك كحل أخير عن طريق إعمال قواعد القانون الدولي الخاص[4]، بغية تكملة نقص أحكامها، وهذا ما يخضع له كذلك نص المادة 79.

ويبدو أنَّ نص المادة 79 وإنْ جاء أكثر وضوحا بنص المادة 74 من اتفاقية لاهاي[5] فيما يخص تفصيل حالات الإعفاء من المسؤولية، إلاَّ أنَّه قد تعرض لعدة انتقادات خاصة فيما يتعلق بالحد الأدنى المفترض للحدث المخل بالعقد، والذي من شأنه إعمال نص المادة 79، وهذا ما

---

[1]. اتفاقية فينا، للأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، نيويورك، 2011، ص. 24 و25

[2] F. FERRI, Op.cit. p. 848.

[3] المادة 07 فقرة 1 من اتفاقية فينا.

[4] المادة 07 فقرة 2 من ذات الاتفاقية.

[5] M. ALMEIDA PRADO, Le hardship dans le droit du commerce international, Bruylant, 2003, p. 110.

دفع البعض[1] إلى القول أنَّ هذه المادة وإنْ بدت متماسكة من الناحية النظرية إلاَّ أنَّه من الناحية العلمية تثير إشكالات عدَّة.

من خلال ما تقدم يتضح أنَّ معالجة مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد الدولي في إطار اتفاقيتيْ لاهاي وفينا، واللتان قد حددتا الآثار المترتبة عنها والمتمثلة في إعفاء المتعاقدين من المسؤولية، دونما توضيح لطبيعة الحدث المخل بالعقد ولا لدرجة تأثيره على تنفيذ هذا العقد[2].

وترتيبا لذلك فإنَّ الغموض الذي شاب الاتفاقيات المنظمة للتجارة الدولية كانت سببا في اجتهاد محرري العقود الدولية لاستحداث آليات قانونية كفيلة بالاستجابة لمتطلبات التجارة الدولية تنظم مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد الدولي، وكان شرط إعادة التفاوض أبرزها، حيث لم يعد العقد كما عبَّر عنه الأستاذ FONTAINE ذو مفهوم جامد، بل صار حقلا لتطور متسارع[3].

في هذا الإطار نشأت فكرة إعادة التفاوض في شكل شروط عقدية تسمى شروط إعادة التفاوض، والتي عرفها الأستاذ OPPETIT على أنَّها:"اتفاق الأطراف على إمكانية تعديل العقد في حالة تغير الظروف بشكل يمس بالعناصر الأساسية للعقد عما تم الاتفاق عليه عند التعاقد، مما يخل بتوازنه ويسبب ضررا جسيما لأحد المتعاقدين"[4].

---

[1] من بين هؤلاء الفقهاء: الأستاذين MASKOW وENDERLEIN.

[2] لأكثر تفصيل بخصوص المادة 79، أنظر:

M. ALMEIDA PRADO, le Hardship…Op.cit, p.p. 98 - 109.

[3] « Le contrat intangible fait place au contrat évolutif ».

V. M. FONTAINE, Op.cit., p. 42.

[4] « La clause de hardship peut se définir comme celle aux termes de la quelle les parties pourront demander un réaménagement du contrat qui les lie si un changement intervenu dans les données initiales au regard des quelles s'étaient engagées vient a modifier l'équilibre de ce contrat au point de faire subir à l'une d'elle une rigueur « hardship » injuste ».

V. B. OPPETIT, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la chausse de hardship, J. D. I, 1974, N° 4, p. 798.

كما يعرفها الأستاذ M. ALMEIDA PRADO على أنَّها: "شروط عقدية تهدف إلى ضبط حالة ما إذا تغيرت ظروف تنفيذ العقد بطريقة غير متوقعة، وتكون خارجة عن إرادة الأطراف والتي تفقد العقد توازنه"[1].

وبالرغم من وضوح هدف هذه الشروط والمتمثل في الحفاظ على العلاقة العقدية، إلا أنَّها استُقبِلت بشيء من التحفظ من قبل الفقه، وذلك بالنظر إلى منشئها الانجلوسكسوني، إذْ يُعبَّر عنها بمصطلح hardship clauses، والتي ينتمي إلى عائلة القانون الموحد common law[2].

وكان من نتيجة ذلك أنْ اختلف الفقه في ترجمته فلقد تُرجِم بشرط عدم التوقع L'imprévision، وشرط الحماية clause de sauvegarde، وشرط المراجعة clause de révision، شرط العدالة clause de l'équité[3]، وأمام هذا الاختلاف في الترجمة فإنَّ الكثير من الفقه الفرنسي احتفظ بالمصطلح كما هو la clause de hardship[4].

كما أنَّ الفقه العربي من جانبه أيضا اختلف في ترجمته لهذا الشرط، إذْ ترجمه الأستاذ ثروت حبيب بشرط المشقة، وترجمه الأستاذ محمود كيلاني بشرط الطوارئ[5]، إلاَّ أنَّه يمكن ترجمته كما ذهب إليه في رأينا الأستاذ شريف محمد غانم بشرط إعادة التفاوض، ذلك أنَّ أهم مميزات

[1] « On peut définir les clauses de hardship comme celles qui visent à régir la situation ou une modification de circonstance, imprévisiblement et qui échappe au contrôle des parties affecte le contrat d'une telle manière que son équilibre est bouleversé ».
[2] R .ALACHKAR, Op.cit, p. 57.
[3] M. FONTAINE, Op.cit., p. 253.
[4] J. GHESTIN et M. BILLIAU, le prix dans les contrats de longue durée, L.G.D.J., p. 136.
[5] محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، (بدون طبعة)،(بدون دار نشر)، 1988، ص.418.

مضمون هذا الشرط هو التزام طرفي العقد بعقد مفاوضات جديدة بهدف تعديله كما ستبينه الدراسة[1].

ولعل الاختلاف في ترجمة شرط الـ hardship يعود كما لاحظ الأستاذ ULMANN إلى منشأ هذا المصطلح حيث يقول:"أنَّه بغض النظر عن مفهوم الاستحالة المتقدم في القانون الموحد common law فإن hardship ليس مصطلحا قانونيا وإنما عبارة عن صف لحدث يتعرض له أحد أطراف العقد"[2]، وهذا ما أدى ببعض الفقه الأمريكي إلى تسمية هذا الشرط بشرط الاختلال الكبير gross inequity[3].

كما أنَّ استقرار غالبية الفقه الفرنسي على استعمال مصطلح hardship يمكن رده إلى ما سماه الأستاذ B. AUDIT بأمركة القانون، وذلك بقوله: "بقدر ما يمكننا الحديث عن أمركة القانون فإن الأمر يتعلق بظاهرة من ظواهر التأثير وليس بظاهرة من ظواهر التلقي وبإمكاننا أن نعزو لمثل هذا التأثير ما يلعبه القانون من دور كبير في الحياة العامة كما بإمكاننا أنْ نعزو إليه وجود الممارسات التعاقدية الجديدة في الحياة الاقتصادية، والسبب في ذلك ما يبديه الـcommon law من مرونة كبيرة جدا اتجاه الحاجات المستجدة ..."[4]، وهذا كنتيجة لتأثير العولمة الاقتصادية حيث يرى الأستاذ D. PHILIPPE أنَّه في إطار هذه العولمة فإنَّ مبدأ

---

[1] أنظر: أثار الالتزام بإعادة التفاوض في الباب الثاني من هذه الرسالة.

[2] « A la différance de la notion impossibilité développé en Common Law, le « hardship » n'est pas un concept juridique c'est une phrase descriptive pour un événement qui survient à l'une des partie ».
V. H. ULLMANN, Droit et pratique des chausses de hardship dans le système juridique américain, R. D. A. I., N° 7, 1988, p. 890.

[3] Ibid, p. 890.

[4] بارنارد أودي، أمركة القانون، تحت إشراف فرانسوا تريه، ترجمة محمد وطفة مجد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط. أولى، بيروت، 2008، ص 07.

سلطان الإرادة في العقود قد سمح بانتشار المصطلحات القانونية باللغة الإنجليزية من العائلة الانجلوسكسونية إلى باقي العائلات القانونية[1].

كما أنَّ بعض الفقه الفرنسي[2] أخذ في التفرقة بين la clause de hardship و les clauses de renégociations على اعتبار أنَّ نطاق الأولى هو عقود التجارة الدولية أما الثانية فنطاقها هي العقود الداخلية، إلا أنَّ هكذا تقسيم في رأينا يتلاشى أمام اضمحلال الحواجز بين ما هو دولي وبينما هو داخلي في مجال العقود.

غير أنَّ فعالية شروط إعادة التفاوض تبقى منوطة بوضوح تحريرها، إذْ أنَّ غموض هذه الشروط من شأنه إثارة المزيد من الخلافات بين المتعاقدين الأمر الذي تسعى هذه الشروط إلى تفاديه بين المتعاقدين[3].

إلا أنَّه بالمقابل فإن الالتزام بإعادة التفاوض في العقود الدولية لا يترتب فقط عن طريق إعمال شروط عقدية تقتضي به، بل يمكن للمتعاقدين اللجوء إلى إعادة التفاوض ولو لم يتضمن العقد شروط بذلك[4]، وهذا ما يدعو إلى بحث أساس هذا الالتزام[5].

المطلب الثاني: أساس الالتزام بإعادة التفاوض في العقود.

يختلف أساس الالتزام بإعادة التفاوض بالنظر إلى وجود شروط عقدية تقتضي به (أولا)، من عدمه حيث أن الأطراف لم يتوقعوا عند إبرام العقد للالتقاء لمناقشة بنوده مجددا (ثانيا).

---

[1] D. PHILLIP, L'usage des termes juridiques ANGLO-SAXONS dans la vie des affaires, in Mélanges offerts a Marcel FONTAINE, éd. LARCIER, Bruxelles, 2003, p. 493.

[2] J. CEDRAS, l'obligation de négocier, R.T.D.com, 1985, p. 285.

[3] M. FONTAINE et F. DELY., Op.cit., p.527

[4] P. ACCAOUI – LORFING, The contractually unforeseen renegotiation, R. D.A.I, N° 1, 2010, p. 35.

[5] ستوضح الدراسة تطور فكرة إعادة التفاوض في العقود من مجرد شروط عقدية تقضي به إلى إلزام المتعاقدين أو لجوئهم إلى هذه التقنية بدون وجود لمثل هذا الشرط.

الفرع الأول: أساس التفاوض عند وجود شرط إعادة التفاوض[1].

يعود أساس الالتزام بإعادة التفاوض في حالة وجود شرط يقضي إلى مبدأ سلطان الإرادة، حيث تعتبر بمثابة تنظيم اتفاقي للعقد[2]، إذ أنَّ إرادة المتعاقدين هي التي تحدد محتوى هذه الشروط، وهذا ما جعل تنظيمها يختلف من شرط لآخر[3]، إلا أنَّ تحليل بنية هذه الشروط يساعد في فهم أساسها الإرادي فكما لاحظته مجموعة العمل التي ترأسها الأستاذ M. FONTAINE، والتي قامت بدراسة حوالي 50 شرطا من شروط إعادة التفاوض[4]، أنَّ شروط إعادة التفاوض وإنْ اختلفت إلا أنَّ تركيبها يقوم على بنية واحدة تتمثل في إطارين، الأول عبارة عن الفرضية L'Hypothèse، إذْ يراد بها الحدث المخل بتوازن العقد في مرحلة تنفيذه، أما الجزء الثاني عبارة عن أحكام أو نظام الشرط le régime الذي سيُطبق في حالة تحقيق الحدث محل الشرط، والذي لا يتمثل سوى في إعادة التفاوض بشأن العقد[5].

كما أنَّ الفقه يرى أنَّ تحليل الأحداث المخلة بتوازن العقد والمدرجة في شروط إعادة التفاوض لا تخرج عن فرضيْن اثنين، يميل المتعاقدين في الإطار الأول إلى الاهتمام أكثر بتوقع الحوادث المفضية إلى تغيير ظروف تنفيذ العقد، بينما يميل البعض الآخر من المتعاقدين إلى التركيز على مدى اختلال توازن العقد بسبب تغير ظروف تنفيذه[6].

---

[1] يطلق على هذا النوع من إعادة التفاوض، بإعادة التفاوض المتوقع. La renégociation contractuelle prévue.

[2]. H. ZAUGG, les changements de circonstances et les clauses de hardship dans les contrats internationaux, en droit allemand, français et , DEA de droit comparé, Paris II, p.37; A. KABADI, la technique de renégociation des contrats, A.J, 1999, p.8

[3] شريف محمد غانم، المرجع السابق، ص 36.

[4] V : D. P. C. I., 1976, p. 7 et S.

[5] M. FONTAINE et F. DELY., Op.cit., p. 496.

[6] سيتم تناول محددات ومدى الاختلال الذي يرتبه تحقق الخطر المتوقع حدوثه لدى التعرض إلى شروط إعمال فكرة إعادة التفاوض، انظر الفصل الثاني من هذا الباب.

الفرع الثاني: أساس التفاوض عند غياب شرط إعادة التفاوض.

طبقا لجدول إحصائي أعده الأستاذ [1]« walde »، للعقود التي تم إعادة التفاوض بشأنها بين سنتي 1967 و1977 أظهر أنَّه من أصل 43 عملية إعادة تفاوض بشأن عقود بترولية تم تسجيل 4 عمليات فقط تمت بالاستناد إلى شرط إعادة التفاوض، و39 أخرى تمت في غياب مثل هذه الشروط في العقد[2]، هذا بالرغم من كون شروط إعادة التفاوض المنشورة تمثل نسبة قليل من تلك المتداولة في عقود التجارة الدولية.

وترتيبا على ذلك فإنَّ الالتزام بإعادة التفاوض في غياب شروط le clause de hardship لا يجد أساسه في إرادة الأطراف، بل في مبدأ حسن النية الذي يعتبر مبدأ يسوس قانون العقود في الأنظمة القانونية[3]، إذْ تنضوي تحته القوانين لتأسيس التقنيات القانونية والحلول المبتكرة.

فمبدأ حسن النية يفرض على "المتعاقدين التعامل بحسن نية أي الالتزام ليس فقط بما تم النص عليه في العقد، وإنما كذلك الالتزام بما تقتضيه العدالة والممارسة أو القانون، بالنظر إلى طبيعة الالتزام"[4].

وتبعا لذلك فعلى المتعاقدين أنْ يسعوا إلى تنفيذ التزاماتهم العقدية بكل حسن النية[5]، حيث يتضمن ذلك سعيهم إلى تجاوز المشكلات التي تعترض هذا التنفيذ الناتجة عن

---

[1] اشار إليه:

P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p. 118

[2] وهذا على خلاف ما يرى الأستاذ ALMEIDA. PRADO، حيث يرى أنّ الأصل أن تتم عملية إعادة التفاوض بالاستناد إلى شروط عقد les clauses de hardship، كما ستبينه الدراسة.

[3] عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2006، ص 02.

[4] « …les parties doivent se comporter en gens de bon foi, c'est à dire qu'elles doivent faire non seulement ce qui exprimé dans l'acte, mais aussi ce qu'exigent l'équité, l'usage ou la loi, d'après la nature de l'obligation ».

V. P. ACCAOUI - LORFING, Op.cit, p. 138.

[5] لقد تضمنت العديد من القوانين الداخلية ذلك، حيث نصت المادة 3/107 ق.م.ف.م.ج على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية"، ونصت كذلك المادة 3/1134 ق.م.ف على أنه: "يجب تنفيذ العقود بحسن نية".

ظروف غير متوقعة، إذْ أنَّ مبدأ حسن النية يفرض في حالة تغير ظروف تنفيذ العقد عدم استفادة أحد المتعاقدين من مزايا نتيجة لذلك في مواجهة المتعاقد الآخر[1].

فكما يرى الأستاذ CORNU أنَّ "مبدأ حسن النية مصطلح قانوني بالرغم من تركيبته اللغوية البسيطة، إلاَّ أنَّه من الأهمية بمكان في حكم كامل مرحلة تنفيذ العقد"[2]، إذْ أنَّ مبدأ حسن النية يفترض أنْ يُنفذ العقد طبقا لروحه وليس فقط وفق حرفية بنوده، حيث تبرز التزامات ضمنية جديدة على عاتق الطرفين إضافة إلى الالتزامات التي تم الاتفاق بشأنها في العقد[3].

وتبعا لذلك فإنَّ مبدأ حسن النية يفرض على المتعاقدين التزاما بالتعاون كالتزام جديد بصورة ضمنية من أجل تحقيق الهدف التعاقدي المشترك[4]، وهذا يتضمن كما أشارت إليه الكثير من القرارات التحكيمية تعاون المتعاقدين على تجاوز جميع المشاكل التي تعيق التنفيذ الحسن للعقد، إذْ قضت غرفة التجارة الدولية CCI في قرارها رقم 5030 بأنَّه:"طبقا للقواعد المشتركة بين القوانين الوطنية يعتبر الالتزام بالتصرف بصدق في العلاقات التعاقدية بطبيعته مبدأ أساسي في العلاقات الاقتصادية الدولية...فالطبيعة الخاصة للمتعاقدين والأهمية الاقتصادية للصفقة المبرمة وطبيعة عقد التعاون المبرم بين الدول السائرة في طريق النمو يفرض على المؤسسات

---

[1] M. PLANIOL et G. RIPERT, Op.cit, p. 554.
« Si la bonne foi oblige à ne pas tromper son contractant, elle oblige également à ne pas s'enrichir des ses dépouilles si des circonstances imprévues font du contrat toute autre chose que ce qu'avaient envisagé les parties ».

[2] « Porte lui aussi une maxime générale du droit. Laconique, lapidaire, le haut, l'exécution des conventions : toute l'exécution de toute convention ».
أشار إليه:
P. ACCAOUI - LORFING, Op.cit, P. 139.

[3] أنظر في هذا المعنى كلا من:
PH. MALAURIE, L. AYNES et PH. STOFFL-MUNCH, Droit civil les obligations, 2ème éd, Défrénois, 2005, P. 371; A. SERIAUX, Droit des obligations, 2ème éd, P. U. F, 1998, P. 229.

[4] أشارت الدراسة آنفا إلى أنَّ العقد الدولي يمثل أهمية اقتصادية لأطراف العقد، حيث أنَّ مصلحة المتعاقدين تفرض المحافظة على الرابطة العقدية.

واجبات الحذر الإعلام والاستعلام والتي لم تحترم في قضية الحال، الأمر الذي أدى مباشرة إلى بروز معوقات منذ إبرام العقد"[1]، كم قضت إحدى محاكم التحكيم في قرار صادر سنة 1985 أنَّه:" من المعلوم أنَّه من المناسب، بالموازاة مع ما هو معمول به في الأحكام القانونية لمختلف القوانين الوطنية ذات العلاقة بميدان التجارة الدولية، إقرار ممارسات ومبادئ التعاون والتي تفرض على جميع المتعاملين الاقتصاديين في التجارة الدولية: أنَّ يخضع أطراف العقد لالتزام ضمني يقضي بتنسيق جهودهم من أجل التعاون والتنفيذ الحسن لالتزاماتهم، كما تتضمن خضوعهم كذلك لالتزامات الإعلام والاستعلام والالتقاء والتحادث"[2].

وفي قرار آخر صادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس سنة 1989 أكدَّت فيه على ارتباط مبدأ حسن النية بالتعاون بين أطراف العقد، حيث قضت أنَّه:"إنَّ أحد آثار المبدأ المشار إليه في نص المادة 1134 ف 03 من القانون المدني الدولي ساحل العاج القاضي بأن العقود يجب أن تنفذ بحسن نية، يتمثل في وجوب تعاون أطراف العقد بحسن نية من أجل تحقيق الأهداف التي

---

[1] « Appartement au fond commun des droits nationaux l'obligation de se comporter loyalement dans les relations contractuelles constitue naturellement un principe essentiel des rapports économique internationaux … la qualité respective des parties. L'importation économique de l'opération nouée et sa nature de contrat de coopération passé avec un état en développement imposaient à l'entreprise des devoirs de prudence d'information et de renseignement qui n'ont pas été respectés en l'espèce et qui sont la cause des difficultés depuis rencontrées ».
C.C.I, N° 5030, 1992, Clunet 1993, p. 1004 – 1012, N .Y. DERAINS.

أشار إليه:

P. ACCAOUI - LORFING, Op.cit, P. 144.

[2] « Attendu qui il est opportun d'établir que parallèlement aux dispositions légales des différents droits nationaux existent dans le domines spécifiques du commerce international, des usages et principes de coopération qui s'imposent à tous opérateurs économiques du commerce international : que les parties à un contrat ont le devoir implicite de coordonner leurs efforts pour une coopération exécution ponctuelle de leurs obligations; qu'ainsi se multiplient les obligations d'informer, de renseigner, d'assister et de se concerter…».

أشار إليه:

:P. ACCAOUI - LORFING, Op.cit, P. 144

.

من أجلها أبرم العقد...، فمبدأ حسن النية والصدق يُجبِران كل متعاقد على تسهيل تنفيذ التزام المتعاقد الآخر"[1].

فمن خلال هذه القرارات التحكيمية يتضح أنَّ مبدأ حسن النية يقضي بتعاون أطراف العقد على تنفيذ الالتزامات العقدية بما في ذلك تغير ظروف تنفيذ العقد، إذْ أنَّ مبدأ حسن النية يفرض التقاء أطراف العقد من أجل مناقشة الحدث المفاجئ الذي أدَّى إلى إخلال توازن العقد في مرحلة تنفيذه.

وتبعا لذلك فإنَّ تعاون أطراف العقد على تجاوز تغير ظروف تنفيذ العقد يقتضي مباشرة مفاوضات ومحادثات للوصول إلى اتفاق مشترك من أجل الحفاظ على العقد، وبالتالي تحقيق المصلحة الاقتصادية المتوخاة منه، إذْ قضت غرفة التجارة الدولية في قرارها رقم 6219، الذي عنونت إحدى فقراته "الالتزام بالتفاوض بحسن نية" أنَّه: "بوجود شبه توقف للدفع الخارجي من الدولة (أ)، كان على (ب) البحث بحسن نية مع مدينته العمومية عن الطرق والوسائل لتسوية معوقات مديونيته، حيث يجد هذا الالتزام مصدره في مصطلحات العقد أولا ثم في المبادئ العامة لقانون التجارة الدولية...التي تفرض على المتعاقدين في حالة حدوث مشكلات تعيق تنفيذ العقد التباحث والتعاون الإيجابي من أجل بحث سبل تجاوزها...إنَّ الأزمة البالغة للديون الدولية في بداية الثمانينات والتي عانت منها الدول السائرة في طريق النمو، دفعت بدائنيها مهما كانت

[1] « L'une des conséquences du principe rappelé à l'article 1134 du code civil de Côte d'Ivoire, salon lequel les contrats doivent être exécutés de bonne foi, est que les parties doivent coopérer de bonne foi afin de parvenir aux buts communs sur lesquels il y a eu un accord contractuel … la bonne foi et la loyauté obligent un contractant à faciliter à son contractant l'exécution de son obligation ».
C.C.I., N°. 9593, Bill. CCI, 1999 N° 2, p. 107

أشار إليه:

P. ACCAOUI - LORFING, Op.cit, P. 145

طبيعتهم وطبيعة ديونهم وبنجاحات متفاوتة إلى إجراء عدة عمليات إعادة تفاوض وعقد عدة اتفاقات لتمديد آجال ديونهم"[1].

من خلال ما تقدم فإنَّ إعادة التفاوض يُمثل آلية فاعلة في يد المتعاملين الاقتصاديين الدوليين لتجاوز الصعوبات التي تعترض عقودهم، إلا أنَّ فكرة إعادة التفاوض ليست التقنية الوحيدة التي ابتدعها متعاموا التجارة الدولية مما يستدعي تميزها عن بقية هذه التقنيات، وهذا ما سيتم تناوله في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: تمييز فكرة إعادة التفاوض عن المفاهيم المشابهة.

إنَّ الحديث عن إعادة التفاوض كتقنية لمعالجة تغيُّر ظروف تنفيذ العقد الدولي يستدعي تمييزها عن المفاهيم المشابهة[2]، إذ أنَّ من شأن ذلك أنْ يساعد في معرفة مدى استقلالية هذه التقنية القانونية، وذلك لما له من أهمية للحكم على فعاليتها بالنظر إلى وجود عدة تقنيات عقدية أخرى على صلة مباشرة بتنظيم مشكلة اختلال توازن العقد بسبب تغير ظروف تنفيذه.

---

[1] « A/- L'obligation de négocier de bonne foi : «…En présence de la quasi-cession des paiements extérieurs de l'état X, Y était tenue de rechercher de bonne foi, avec sa débitrices publique, les voies et moyens d'un aménagement des échéances de créance cette obligation résultait d'abord des termes du contrat et découle en outre des principes généraux du droit du commerce international... qui imposant aux parties, lorsque l'exécution du contrat se heurte à des graves difficultés de ce concerter et de coopérer activement pour rechercher les moyens de les surmonter... La grave crise de l'endettement international, qui affecte, depuis le début des années 80, un certain nombre de pays en voie de développement à engendrée chez leur créanciers, quelles que soient leur qualité et nature de leur créance, un tel comportement, et à donner lieu, avec des succès divers, à de nombreuses renégociations et à plusieurs accords de rééchelonnement de leur dettes ».
. V. CCI., N° 6219, Clunet 1990, p. 1050.

[2] . من الفقه من يوَّسع دراسة مسألة تمييز فكرة إعادة التفاوض عن المفاهيم المشابهة لتشمل الغلط، نظرية المخاطر، انعدام السبب، المحل ، نظرية العيوب الخفية، وذلك في إطار اختلال توازن العقد في جميع مراحله، إلا أنَّ الدراسة موضوع الحال تستبعد هذه المفاهيم وذلك بالتركيز على اختلال العقد في مرحلة تنفيذه فقط.
انظر في تفصيل هذه المفاهيم سالفة الذكر:
O. CLEVENBERGH, les changements significatifs défavorables dans les contrats de cession d'actions ou d'actif en droit belge, RDC, Larcier, 2011/1, p.529 et S.

وتبعا لذلك فإنَّ أهمية التمييز تتزايد أكثر فأكثر إذا ما وردت فكرة إعادة التفاوض بمقتضى شرط عقدي، إذْ وجب تمييزها عن شرط القوة القاهرة (مطلب أول) من جهة، وشروط تعديل العقد الدولي من جهة أخرى(مطلب ثاني).

المطلب الأول: تمييز فكرة إعادة التفاوض عن مفهوم القوة القاهرة.

لتمييز مفهوم إعادة التفاوض عن مفهوم القوة القاهرة، والتي ترد في شكل شروط عقدية، وجب التعرض إلى التقارب الحاصل في نطاق عقود التجارة الدولية بين المفهوميْن، بفعل تطور مفهوم القوة القاهرة في هذه العقود(فرع أول)، وذلك من أجل الكشف عن ميكانزمات التفرقة بينهما(فرع ثاني).

الفرع الأول: تقارب مفهوميْ إعادة التفاوض والقوة القاهرة.

إنَّ تقارب مفهوم فكرة إعادة التفاوض والقوة القاهرة كان نتيجة تطور نظرة متعاملي التجارة الدولية إلى مفهوم القوة القاهرة، إذْ تطور مفهوم القوة القاهرة من مفهوم كلاسيكي، كما هو عليه الحال في القوانين الداخلية(أولا)، إلى مفهوم أكثر مرونة تماشيا ومقتضيات التجارة الدولية(ثانيا).

أولا– إعادة التفاوض والمفهوم الكلاسيكي للقوة القاهرة.

إنَّ المفهوم التقليدي للقوة القاهرة في عقود التجارة الدولية كما هو عليه الحال في القوانين الوطنية يقوم على أساس استحالة تحمل المدين تبعات الحدث المفاجئ على العقد[1]

[1] . إنَّ مفهوم القوة القاهرة في القوانين الوطنية يتمثل في إعفاء المدين من المسؤولية لاستحالة تنفيذ التزامه لسبب أجنبي لا يد له فيه، ففي القانون المدني الفرنسي لا يوجد نص خاص بمفهوم القوة القاهرة، غير أنَّ نص المادة 1148 ق م ف التي نصت على أنَّه:" لا مجال لأي تعويض وفائدة إذا لم يستطع المدين تبعا لقوة قاهرة أحو حادث مفاجئ أن يقوم أو يقدم أو أن يمتنع عن فعل ما التزم به."
Art. 1148 :«Il n y a lieu à aucun dommage intérêt lorsque par suite d'une force majeure et d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il s'était obligé ou à faire ce qui lui interdit.»=

حيث تُستعمل عدة مصطلحات للتدليل على مفهوم القوة القاهرة، فاتفاقية فينا الخاصة بالبيع الدولي للبضائع لسنة 1980 في مادتها 79 السالفة الذكر، واتفاقية لاهاي لسنة 1964 حول القانون الدولي الموحد للبيع الدولي في مادتها 74 اعتمدتا مصطلح"الإعفاء"l'exonération

=أما فيما يخص القانون المدني المصري والقانون المدني الجزائري، فقد تضمنا تطبيقات لمفهوم القوة القاهرة دونما تعريف لها، مثل المادة 121 ق م ج/ 159 ق م م ،والتي نصت على أنه: " في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد بحكم القانون."

كما نصت المادة 127 ق م ج على أنه:" إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك."

أما فيما يخص القانون الإنجليزي فإنه وإن كانت عبارة " القوة القاهرة" لا ترد إلا بشكل اتفاقي، لتحديد ما إذا كان حدث ما يشكل قوة قاهرة أم لا، إلا أن" القوة القاهرة" كمفهوم قانوني لا وجود له في ظل هذا القانون، إذ أن مفهوم الفشل التعاقدي the frustration يطبق على حالات القوة القاهرة، وكذا نظرية الظروف الطارئة، كما هو معروف في القوانين اللاتينو-جرمانية، لذا فإن المفهوم الإتفاقي للقوة القاهرة هو الذي يفسر كما يرى الأستاذ VANOMMESLAGHE كثرة الشروط التعاقدية الخاصة بالإعفاء من المسؤولية في الممارسات العقدية في النظام الانجليزي والأمريكي.

أما في القانون الألماني فيستعمل مصطلح استحالة التنفيذ للتدليل على القوة القاهرة، حيث نص عليها في المادتين 275 و323 من B.G.B .

لأكثر تفصيل في المفهوم الكلاسيكي للقوة القاهرة انظر المراجع التالية:

عبد الحكم فودة، آثار القوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف، ط. أولى، الإسكندرية، 1999، ص.169.

علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، بدون طبعة، الجزائر، 2008، ص.439.

محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بدون طبعة، الأردن، 1999، ص.170

نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، (بدون طبعة)، مصر، 2004، ص.319

رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، طبعة 2007، ص.300

-A. HECTOR et C.MENDOZA, la théorie de l'imprévision en droit civil et international comparé, Mémoire pour l'obtention de grade de maitre en droit, Faculté de droit université Laval, Québec, 202, p.30 et S ; P. VANOMMESLAGHE, les clause de forces majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux, R.I.D.C, 1980, p.13 et S; R.SPARWASSER, Rapports nationaux Allemagne, in « les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles », sous la direction de R.RODIERE et les réflexions comparatives de D.TALLON, Ed. A.Pedon, Paris, 1984, p.123 et S.; D. PHILIPPE, renégociation du contrat en cas de changement de circonstances dans la vente internationale, D., 2011, p.7 sur le site : http://www.philippelaw.eu

بينما اعتمدت غرفة التجارة الدولية في شرطها النموذجي لسنة 2003 مصطلح القوة القاهرة[1] وكذا اعتمدته مبادئ القانون الموحد Unidroit من خلال المادة 1/1.7.7 تحت عنوان "القوة القاهرة"، والتي نصت في فقرتها الأولى على أنه:"1. يعفى من أثر عدم التنفيذ المدين الذي يثبت أنَّ ذلك يعود إلى حدث خارج عن نطاق توقعه والذي من غير المعقول أنْ يأخذه بعين الاعتبار عند إبرام العقد، أنْ يتوقعه أو يتجاوزه أو يتوقع أو يتجاوز آثاره"[2]، حيث أشارت هذه المبادئ أنَّ اعتمادها مصطلح القوة القاهرة راجع إلى شيوع استعمالها في الممارسات التجارية الدولية[3].

كما تكرس هذا المفهوم التقليدي للقوة القاهرة في العديد من الشروط العقدية كالشرط الذي قضى بأنَّه:"تعد قوة قاهرة أو حدثا مفاجئا كل حدث غير متوقع ومستقل عن خطأ المتعاقد من شأنه جعل تنفيذ الالتزامات التعاقدية مستحيلة، ويستبعد من ذلك الأحداث التي تجعل تنفيذ العقد صعبا أو أكثر إرهاقا"[4].

وتبعا لذلك فإنَّ القوة القاهرة في مضمونها التقليدي تختلف عن إعادة التفاوض من حيث كونها تفرض شروطا صارمة حول عدم قدرة المتعاقد تحمل تبعاتها، مما يُكسِّبُها صفة

---

[1]. Clause de Force majeure, clause de hardship, I.C.C., 2003, Pub. CCI, 2003, p.3

[2]. Art 7.1.7 Alé. « 1:Force majeure: 1. Est exonéré des conséquences de son exécution qui échappe à son contrôle et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qui' il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il prévienne ou le surmonte ou qu'il en prévienne ou surmonte les conséquences. »
V. principes Unidroit, Rev.dr.unif., 2004, p.165

[3]. « L'expression Force majeure a été choisie parce que largement connue dans la pratique commerciale internationale »
V. Commentaire de l'article 7.1.7 sur la force majeure, principe d'Unidroit 2004, institut international pour l'unification du droit privé, Rome 2004, p. 214

[4]« Par cas de force majeure ou par fortuité il faut entendre tout évènement qui indépendamment de toute de la partie et de façon imprévisible pour elle, rend absolument impossible l'exécution des obligations contractuelles, à l'exclusion des évènements qui rendent cette exécution plus difficile ou plus onéreuse. »
V. P. KHAN, Force majeure et contrats internationaux de longue durée, J.D.I, 1975, p.470

التجريد In Abstracto على خلاف فكرة إعادة التفاوض التي تقوم على اختلال توازن العقد الذي لا يرق إلى مفهوم استحالة التنفيذ.

كما أنَّ المفهوم الكلاسيكي للقوة القاهرة يختلف في أساسه القانوني عن أساس فكرة إعادة التفاوض، ذلك أنَّ الدراسة أبانت أنَّ أساس إعادة التفاوض يتمثل في إرادة الأطرف فيما إذا كانت مجسدة في شروط عقدية، بينما يقوم المفهوم الكلاسيكي للقوة القاهرة على أساس النصوص القانونية سواء الوطنية أو الاتفاقيات الدولية إضافة إلى القرارات التحكيمية، حيث قضت غرفة التجارة الدولية CCI في أحد قراراتها أنَّ:"أ- لما كانت التهديدات التي تحتج بها الشركة المدعى عليها لانتفاء مسؤوليتها عن عدم تسلمها المنتجات البترولية لا تتوافر فيها شروط القوة القاهرة، وذلك لغياب شرطي عدم التوقع واستحالة الدفع،..
- إضافة إلى أنَّ المشروع الوطني قد أثبت بالأدلة الكافية أنَّه في نفس الفترة التي لم تتسلم فيها الشركة لمدعى عليها المنتجات مخافة التهديدات التي مارستها شركات كان لها امتياز على هذه المنتجات بشكل منتظم."[1]

وكنتيجة لما تقدم يتسع مجال التفرقة بين القوة القاهرة وإعادة التفاوض من المجال المفاهيمي ليشمل الآثار المترتبة عنهما، إذْ يترتب عن إعمال المفهوم الكلاسيكي للقوة القاهرة انتفاء مسؤولية المدين مما يؤدي إلى إنهاء العقد، بينما تكرس فكرة إعادة التفاوض سعي المتعاقدين إلى الحفاظ على العلاقة العقدية من خلال السَّعي إلى تعديل العقد.

[1] . « A- whereas the threats to wich the defendant refers do not have the characteristics of unforceability and unsurmountability necessary to constitute force majeure;…
-whereas, furthermore, the state enterprise has offered evidence by the production of official documents that at the same period other purchasers have regulary collected and traansported the quantities of the product of wich they had become purchasers;…»
V. Sentence de la CCI, N° 2142, 1974, Rec. Arb.sen., de la CCI, 1974-1986, (version anglaise), p.7

ثانيا– تقارب مفهومي القوة القاهرة وإعادة التفاوض.

إنَّ مقتضيات التجارة الدولية دفعت المتعاقدين إلى إضفاء مرونة أكبر على مفهوم القوة القاهرة من أجل السعي إلى الحفاظ على العلاقة العقدية، إذْ لم يعد قائما في حقل التجارة الدولية مفهوم الاستحالة المطلقة للتنفيذ، وذلك على أساس وجود معوّقات مطلقة لا يمكن تحملها[1].

وبناءا على ذلك يبرز من جديد دور الممارسات العقدية في ترتيب الأحكام القانونية للعقد في إطار التجارة الدولية، على غرار ما تمت دراسته في مبررات استحداث فكرة إعادة التفاوض، وذلك انطلاقا من أنَّ عدم تحمل أحد المتعاقدين لتبعات القوة القاهرة في شِّقها الاقتصادي irrésistibilité économique يدفع طرفا العقد إلى العمل معا في إطار من التعاون من أجل الحفاظ على العقد لما يمثله من أهمية اقتصادية لكليهما[2]؛ ويترجم بعض الفقه[3] هذا التضامن بالتعاون بين أطراف العقد في تجاوز حدث القوة القاهرة في النظر إلى الظروف المحيطة بالمتعاقد المتضرر، وذلك بالاستناد على نص المادة 79 من اتفاقية فينا 1980 التي اعتمدت عبارة " وأنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد"، غير أنَّ هذه المادة نظَّمت القوة القاهرة في إطار استحالة التنفيذ بالرغم من إشارتها إلى ضرورة الأخذ بالظروف المحيطة بالمتعاقد المتضرر.

---

[1]. R.ALACHKAR, Op.cit, p.65

[2] . لقد أبانت الدراسة عن خصوصية العقد الدولي القائمة على طول مدة تنفيذه وكذا خصوصية محله المعقدة والتي جعلت من العقد وسيلة بيد المتعاقدين لتحقيق مشروعهم الاقتصادي، أنَّ القيمة الاقتصادية تفرض عليهم العمل على المحافظة عليه مادام يحقق تلك القيمة الاقتصادية، وانظر كذلك الدراسة المستفيضة لـ Ibra ROCHFELAIRE عن المفهوم الإتفاقي للقوة القاهرة في العقود الدولية والداخلية:

I. ROCHFELAIRE, l'aménagement de la force majeure dans les contrats: essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée, thèse de doctorat, université de Poitiers, 2012

[3] .مثل الأستاذ Reine ALACHKAR

وتبعا لذلك يسعى متعاملوا التجارة الدولية إلى تهذيب مفهوم القوة القاهرة والتخفيف من آثارها في إطار من التعاون[1]، إذْ لم يعد مفهوم القوة القاهرة قاصرا على عدم تحمل تبعات الحدث l'évènement insurmontable، كما لم يعد أثرها ينصرف مباشرة لإنهاء العقد بل يتيح إعمالها إمكانية تعديل العقد[2].

وكنتيجة لذلك يقترب مفهوم القوة القاهرة من مفهوم إعادة التفاوض من حيث الغاية، إذْ تسعى كِلَا التقنيتيْن إلى المحافظة على العلاقة العقدية[3]، حيث أضحى مفهوم القوة القاهرة ينصرف إما إلى وقف تنفيذ العقد (أ)، أو إلى إعادة التفاوض بشأنه(ب).

أ- وقف تنفيذ العقد[4].

قد يسعى أطراف العقد الدولي إلى تجاوز تبعات حدث القوة القاهرة من خلال وقف تنفيذ العقد الدولي، إذْ أنَّ ذلك لا يُؤثر في قيمة العقد، حيث لا تُقارن صفة التأقيت التي يتسم بها حدث القوة القاهرة مع طول مدة تنفيذ العقد الدولي، وذلك تماشيا مع مقتضيات التجارة الدولية[5]، حيث تبدو"كقاعدة سلوكية لمواجهة بعض الظروف الصعبة"[6].

ولقد أبانت الممارسات العقدية في نطاق التجارة الدولية على عديد شروط القوة القاهرة التي تفيد هذا المعنى، منها:

---

[1] . P. KHAN, Force majeure..Op.cit, p.476 :« une communauté d'entrepreneurs n'est pas une société de héros »

[2]. R. AlACHKAR, Op.cit, p.62

[3] . انظر إلى البحث المتميز الذي أنجزه الأستاذ محمد شريف غنام، والذي خصصه لتقريب شرط إعادة التفاوض من شرط القوة القاهرة، يُشار إلى أن هذا البحث هذه الدراسة الوحيدة في الفقه العربي التي تم إيجادها في شكل رسالة دكتوراه، والتي تناولت فكرة إعادة التفاوض، إلا أنها قصرتها في إطار محدد يتمثل في التقريب بين الشرطين السابقيْن. وانظر كذلك:

I. ROCHFELAIRE, Op.cit, p. 74

[4] . سيتم تناول وقف تنفيذ العقد كأثر لإعمال فكرة إعادة التفاوض، انظر المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الثاني.

[5] . محمد شريف غنام، مرجع سابق، ص.323

[6] . « Une règle de comportement dans certaines circonstances graves ».

V. I. ROCHFELAIRE, Op.cit, p.74

- "– في حالة القوة القاهرة...أجل التوزيع أو إرجاع الملف التقني يمتد بما يتناسب مع فترة القوة القاهرة"[1].
- " سوف يوقف تنفيذ العقد أثناء العقد طيلة مدة القوة القاهرة حتى عودة الأوضاع العادية"[2].
- "يوقف تنفيذ التزامات المتعاقدين في هذا العقد عندما يُواجَهُون باستحالة تمنعهم من تنفيذ هذه الالتزامات."[3].

يتضح تبعا لهذه الأمثلة مدى توجه إرادة متعاملي التجارة الدولية إلى جعل شروط القوة القاهرة، شروط مراجعة جزئية للعقد وليست شروط إنهاء له[4].

كما أنّ مسألة وقف تنفيذ العقد نتيجة لحدث القوة القاهرة في انتظار وضع أفضل، كما عبّر عنه الفقه[5]، تعرّض لها قضاء التحكيم، إذْ أشارت غرفة التجارة الدولية CCI في قرارها رقم 1703 الصادر سنة 1971، أنه لا يترتب عن القوة القاهرة إنهاء العقد بل وقف تنفيذه في انتظار انقضائها، حيث يباشر المتعاقدين مجددا تنفيذ التزاماتهم، وذلك بالنظر إلى ما تمثله عقود التجارة الدولية من أهمية اقتصادية، حيث رفضت طلب مؤسسة متخصصة في التجهيزات الصناعية في إعمال القوة القاهرة اتجاه مؤسسة حكومية بسبب توترات قامت بين حكومتيْ

---

[1] . « Cas de force majeure…le délai de livraison ou de la remise de la documentation technique se prolonge en proportion de la duré de force majeure. »
V. P. KHANE, force majeure…Op.cit, p.480

[2] أشار إليه: محمد شريف غنام، المرجع السابق، 323

[3] . نفس المرجع، ص.323
ولمزيد من الأمثلة عن شروط القوة القاهرة بمفهومها الحديث، انظر:
P.KHANE, Force majeure…Op.cit, p.481 et S.

[4] .« Démontre bien la volante des parties de faire de la clause de force majeure une clause de révision partielle du contrat et non une clause d'extinction. »
V. I. ROCHFELAIRE, Op.cit, p.74

[5] . « Suspendre le contrat en attendant des jours meilleurs, est le nouveau rôle que va embrasser la clause de force majeure.»
V. R. ALACHKAR, Op.cit, p. 66

الطرفين، قاضية أنَّه:"على كل حال، في نظر المحكمة أنَّ إيجاد طرق جديدة للتموين من خلال الوكالة (الوكالة الحكومية التابعة لها المدعى عليها)، ستكون فرصة ممكنة أمام الأطراف، بحيث لا تؤثر سلبا على المدعى عليها. إنَّ المدعى عليها مهما يكن، لم تظهر، طبقا لأحكام القسم 6.2 من العقد، أنَّها قد أعلمت المدعية برغبتها في الاستمرار في تنفيذ العقد متى استطاعت تأمين طرق تمويل للمدفوعات المتبقية وفقا للعقد، ولو بنسب طفيفة. هنا أيضا المدعى عليها فشلت في نهج السبل الكفيلة بالحفاظ على العقد.

وعليه بناء على ذلك فإنَّ طلب إعمال القوة القاهرة مرفوض" [1].

كما تضمن الشرط النموذجي للقوة القاهرة الذي أعدَّته غرفة التجارة الدولية هذا الأثر، حيث قضت في الفقرة السادسة منه على أنَّه:"في حالة ما إذا كان أثر العائق أو الحدث المثار مؤقتا، فإنَّ الآثار المتضمنة في الفقرتين4 و5 لا تطبق إلاَّ طيلة فترة حدوث القوة القاهرة التي منعت الطرف الذي يثيرها من تنفيذ التزاماته"[2].

[1] . « However, in the view of the tribunal an arrangement of the other financing than through the agency would have been a possibility open to the parties and would not have adversely affected the defendant, however, has not shown that, in accordance with provisions of section 6.2 of the contract, it has informed the claimant of the defendant's willingness to continue the performance of the contract once the claimant had made available new means of financing the remaining-proportionally minor-payments under the contract. Here again, the defendant has failed to pursue a course which could have preserved the essence of the contract
The plea of force majeure was therefor rejected ».
V. Sentence CCI, N° 1703/1971, Rec. Arb.sen., de la CCI, 1974-1986, (version anglaise), p. 6 et 7

[2] . « 6. Lorsque l'effet de l'obstacle ou de l'évènement invoqué est temporaire, les conséquences prévues aux paragraphes 4 et 5 ci-dessus seront applicables uniquement dans la mesure et aussi longtemps que l'obstacle ou l'évènement empêcheront la partie qui l'invoque d'exécuter ses obligations contractuelles. »
V. les clauses de force majeure et les clauses de hardship, Op.cit, p.16

ولقد تضمنت مبادئ القانون الموحد unidroit بدورها مسألة تأقيت القوة القاهرة، إذْ نصت المادة 7.1.7 ف 02 على أنَّه:"في حالة الحدث المؤقت يسري الإعفاء خلال أجل معقول مع الأخذ بعين الاعتبار آثار هذا الحدث على تنفيذ العقد"[1].

وبالمقابل فإنَّ الفقه في القوانين الداخلية تعرّض إلى مسألة وقف تنفيذ العقد إذا ما كان حدث القوة القاهرة مؤقتا أو ما يُعرف بالاستحالة المؤقتة[2]، إلاَّ أنَّه في إطار عقود التجارة الدولية الاستحالة المؤقتة نتيجة لقوة قاهرة أضحت قاعدة على خلاف القوانين الوطنية التي تمثل فيها هذه الاستحالة استثناء عن القاعدة المتمثلة في إنهاء العقد[3].

ب- إعادة التفاوض كأثر للقوة القاهرة.

يُعد إعادة التفاوض في العقد كأثر للقوة القاهرة من مظاهر اقتراب المفهوم الحديث لهذه الأخيرة في إطار عقود التجارة الدولية من فكرة إعادة التفاوض[4]، إذْ يهدف المتعاقدين إلى الحفاظ على العلاقة العقدية إذا ما طرأت قوة قاهرة من خلال إعادة التفاوض بشأن العقد، ذلك أنَّ وقف تنفيذ العقد في حالة القوة القاهرة يؤدي إلى أحد الاحتماليْن التالييْن: إما إنهاء العقد أو إعادة التفاوض بشأنه[5].

وتُشير شروط القوة القاهرة إلى ميل متعاملي التجارة الدولية إلى تبني الخيار الثاني أي إعادة التفاوض بشأن العقد، حيث قضى شرط من شروط القوة القاهرة أنَّه:" في حالة القوة

---

[1]. Art 7.1.7 Ale.2 :« Lorsque l'empêchement n'est que temporaire, l'exonération produit effet pendant un délai raisonnable en tenant compte des conséquences de l'empêchement sur l'exécution du contrat. »
V. Principes Unidroit, 2004, Op.cit, p.165

[2] . تدرس الاستحالة المؤقتة كأثر للقوة القاهرة في إطار القواعد العامة في القوانين الداخلية تحقيقا لمصلح المتعاقدين، انظر:
-حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج.1، ط.2، 1995، ص.395
- محمد شريف غنام، المرجع السابق، ص.314

[3]. M. FONTAINE, les contrats…Op.cit, p.240

[4] وهذا ما دفع الأستاذ محمد شريف غنام في رسالته التي اعتمدتها هذه الدراسة إلى المرافعة من أجل دمج القوة القاهرة وإعادة التفاوض في إطار واحد، وذلك تحت عنوان أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية.

[5] . R. ALACHKAR, Op.cit, p.69

القاهرة لا يستطيع صاحب المشروع أو المقاول تنفيذ الالتزامات كما تم الاتفاق عليها في العقد خلال 6 أشهر، وذلك لتشخيص آثار الحدث على العقد بالأخص فيما يتعلق بالثمن وآجال متابعة الالتزامات المتفق عليها..."[1].

كما قضى شرط آخر بأنَّه:"...على أطراف العقد الدخول فورا في مفاوضات بشأن الأداءات الأخرى إذا تسببت القوة القاهرة أو آثارها المتوقعة في تأخير تنفيذ الالتزامات العقدية يزيد عن 90 يوما أو أكثر."[2].

بالمقابل أقرت القرارات التحكيمية هذه الممارسة العقدية للقوة القاهرة، حيث قضت غرفة التجارة الدولية في إحدى قرارها رقم 2763 الصادر سنة 1980، بخصوص نزاع بين شركة تركية (B) ومؤسسة بلجيكية (A)، بحيث قامت المؤسسة التركية بإبرام عقد مع الحكومة الليبية لبناء جزء من ميناء طرابلس في ديسمبر 1972، لتقوم بعدها بإبرام عقد مناولة لبعض جوانب المشروع المعهود به إليها مع المؤسسة البلجيكية (A)، وبعد العثور على كميات كبيرة من الألغام أكثر مما تك توقعه من قبل الطرفين في عقدهما، أثر ذلك على التزامات (A) التي طالبت بإنهاء العقد، الأمر الذي رفضته محكمة التحكيم، حيث أنَّ هذه الأخيرة وإن أقرت بوجود قوة قاهرة، إلاّ أنها قضت أن على الأطراف العمل على ألا يؤثر سلبا حدث القوة القاهرة نهائيا على العقد، مقررة بأنه:"في هذا الإطار لا يمكن القول بأن A مذنبة بانتهاكات جدية للالتزامات العقدية، بطريقة تبرر إنهاء العقد من قبل B، فمن جهة، ففي ظل عدم اكتشاف الألغام المغمورة في

---

[1] . « Si par suite de force majeure le maitre de l'œuvre ou le constructeur ne pouvaient exécuter leur prestations telles que prévues au contrat pendant une période de six mois pour examiner les incidences contractuelles desdits évènement en particulier sur le prix et le délai de la poursuite des prestations respectives…»
V. P.KHAN, Force majeure…Op.cit, 483

[2] . « The contracting parties shall enter immediately into negociations with each concerning further performence of the contractual obligations, if the force majeure event and its expected consequences will cause a delay of 90 or more days in metting with contractual obligations »
V. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.131

أسفل الميناء، والذي تعرض لعدة عمليات قصف أثناء الحرب، الأمر الذي يشكل ظرفا متوقعا، لكن أهمية وكمية الألغام المكتشفة كانت أكبر مما توقعه الأطراف، وهذا ما يبدوا جليا من خلال مراسلة الأطراف والحكومة الليبية أو ممثليها، ومن خلال كذلك أول اللقاءات التي جمعت الأطراف مع المهندس الاستشاري، والذي أكدوا عدة مرات على طابع القوة القاهرة لاكتشاف الألغام؛ ومن جهة أخرى، وفي سبيل حل الإشكال المطروح من قبلهم فيما يخص اكتشاف وإزالة الألغام فإنَّ A أثبتت أنَّها قامت بعملها وفق اجتهاد وإتباع لتعليمات المهندس الاستشاري التي قدّمها في عقد الشركة المتخصصة، والتي تسمح بإزالة عوائق التجريف في أجل مقبول.

وبناء على ذلك ليس لـ A فسخ العقد في هذا الإطار"[1].

كما أنّ هذا التوجه الحديث في تقريب مفهوم القوة القاهرة من فكرة إعادة التفاوض لقي قبولا من قبل الفقه، إذْ سعى بعض الأساتذة إلى تصنيف شروط القوة القاهرة في نفس الخانة مع شرط إعادة التفاوض لدى دراستهم الشروط المنظمة لمسألة تغيير ظروف تنفيذ العقد الدولي[2]، حيث يرى الأستاذ Pascal أن تقسيم الشروط الخاصة بهذه المسألة يجب أنْ يتم على أساس

---

[1]. «In this respect, it cannot be said that A is guilty of any seriouse default in its obligations under the contract, such as to justify the termination of the contract by B. On the one hand, while the presence of undetected submerged explosives at the bottom of a harbour wich was subjected to numerous bombardments during the war, constituted a foreseeable circumstance, th importance and the quantity of explosives found went far beyond what the parties had forseen. It clearly emerges, as much from the exchange correspondence between the parties and the employer or its representatives, as from the minutes of site mettings, that the parties and consulting engineer acknowledeged on numerous occasions the force majeure character of the explosives found. On the other hand, in order to resolve the problem posed by them for the worke of detection and removal of the explosives, A established that it had acted with due diligence and followed the instructions which the consulting engineer had given to contract a specialist firm, wich permited the rmoval of the obstacles to the dredging in the normal time-period.

'NO breach can thus be attributed to A on this ground'.»

Sentence CCI N° 2763, Rec. Arb.sen., de la CCI, 1974-1986, (version anglaise), p.157

[2] . لقد تناول الأستاذ P. ACCAOUI-LORFING التقسيمات التي اعتمدتها دارسوا العقود الدولية في رسالته، حيث سيتم التعرض إليها في المبحث الموالي من هذا الفصل.

الإجراء الذي اتفق عليه أطراف العقد على إعماله من أجل الاستمرار في تنفيذ العقد في حالة تغير ظروف تنفيذه مما يسمح بتمييز 3 أصناف من الشروط كالتالي:

- الشروط التي يكون هدفها إعادة التفاوض بشأن العقد.
- الشروط التي يكون من أثرها إعادة التفاوض بشأن العقد.
- الشروط التي تهدف إلى تعديل العقد بدون اللجوء إلى إعادة التفاوض[1].

ولقد عدد ضمن النوع الأول من الشروط شرطي إعادة التفاوض hardship والقوة القاهرة، حيث يرى أنَّ شروط إعادة التفاوض تعد الميدان الأبرز الذي تتجلى فيه فكرة إعادة التفاوض ويُضاف إلى جانبها شروط القوة القاهرة[2]، مقررا أنَّ "القوة القاهرة يمكن أنْ تقترب من مفهوم إعادة التفاوض من خلال آلية الحفاظ على العقد المتوخاة من قبل أطراف العقد، وهذا ما يُترجَم عن طريق إعادة التفاوض، إما عقب حدوث القوة القاهرة مما يسبب استحالة التنفيذ أو في حالة استمرار هذه الاستحالة"[3].

كما عبّر الأستاذ OPPETIT بدوره عن المفهوم الجديد لشرط القوة القاهرة معتبرا إياها بديلا عن شروط تعديل العقد، حيث تضمن بقاء العلاقة العقدية بعد حدوث الحدث، إذْ يتم العودة إلى تنفيذ العقد بعد مدة التوقف بسبب هذا الحدث، وذلك بناء على أسس جديدة تّم التفاوض بشأنها[4].

---

[1] . P.ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.131

[2]. Ibid., p.131

[3]. «…, la clause de force majeure est susceptible de s'en rapprocher par le mécanisme de sauvegarde prévu par les parties, c'est-à-dire, comme nous l'avons précédemment démontrés, la renégociation du contrat, soit dès la survenance des évènement à l'origine de l'impossibilité d'exécution du contrat.»
V. Ibid, p.131

[4] . « La clause de force majeure…elle vise la plupart du temps, dans de tels contrats, à assurer la continuité de la convention et à adapter celle-ci à la situation criée par la survenance de l'évènement exonératoire, ainsi une telle clause prévoit souvent, en pratique, qu'après une période de la suspension, le contrat recommence à développer

إلاَّ أنَّه بالمقابل وإنْ كان شرط القوة القاهرة قد تطور مفهومه بهذه الصيغة ليقترب من مفهوم شرط إعادة التفاوض من خلال تشابه الآثار المترتبة عن إعمالهما، إلاَّ أنَّ الفقه لا زال يؤكد التفرقة بينهما، وهذا ما سيتم تناوله في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف بين القوة القاهرة وإعادة التفاوض.

رغم تقارب شرط القوة القاهرة من مفهوم إعادة التفاوض بدعوى الاستجابة لمقتضيات التجارة الدولية، إلاَّ أنَّ ذلك لم يمنع بعض الفقه من السَّعي إلى البحث عن أساس نظري للتفرقة بينهما (أولا)، وذلك بالاستناد على الممارسة التحكيمية بخصوص هذه المسألة (ثانيا).

أولا– الأساس النظري للتفرقة بين القوة القاهرة وإعادة التفاوض.

لقد أشار الأستاذ REINE[1] أنَّ التفرقة النظرية بين المفهومين تستند إلى أثر الحدث على العقد (أ)، وكذا الهدف المتوخى من كل من القوة القاهرة وإعادة التفاوض(ب).

أ– التفرقة على أساس أثر الحدث على العقد.

يري الأستاذ P. VAN OMMESLAGHE أنَّ التقارب بين مفهوميْ القوة القاهرة وإعادة التفاوض مرده إلى علاقة التداخل الحاصلة بسبب التوسع في مفهوم القوة القاهرة، ممّا يفرض ضرورة ضبط دراستهما، إذْ أنّ "...نطاق شروط القوة القاهرة يشمل فرضيات أنَّ الحدث الخارج عن إطار رقابة وتوقع الأطراف، والذي يؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مستحيلا بينما شروط عدم التوقع " hardship" تهدف إلى ضبط الآثار المترتبة عن التغيرات الأساسية والعميقة للشروط الاقتصادية والتي تؤدي إلى اختلال توازن العقد.

ويبدو أنَّه من المهم التفرقة تفرقة سليمة بين النظاميْن الاثنين "القوة القاهرة وإعادة التفاوض"، وذلك من خلال التعريفات المختلفة لشروط تطبيقها من جهة، ومن جهة أخرى

=ses effets sur de nouvelles bases, négociées dans l'intervalle. » V.B. OPPETIT, Op.cit, p.797

[1]. R. ALACHKAR, Op.cit, p.73

آثارهما المختلفة على العلاقات بين الأطراف، لذا فإنَّ العديد من العقود الدولية تفرق بين الحالتيْن وتُخضعهما لقواعد خاصة"[1].

وتبعا لذلك فإنَّ القوة القاهرة تمنع استمرارية تنفيذ العقد دون المساس حتما بتوازن الأداءات العقدية، كأصل عام، مهما كانت طبيعة استحالة التنفيذ الناتجة عنها سواء كانت استحالة مؤقتة أو دائمة، إذْ يرى الأستاذ REINE "أنَّ شرط القوة القاهرة يمنع استمرار تنفيذ العقد دون أنْ يؤدي ذلك حتما إلى الإخلال بتوازن الأداءات المتقابلة، لذا فالأصل أنَّ نطاق شرط القوة القاهرة لا يجب أنْ يشمل إلى جانب حالة استحالة التنفيذ المطلقة، الحالة التي يصير فيها التنفيذ مرهقا فقط...شرط إعادة التفاوض hardship لا يمثل حالة عدم التنفيذ بل حالة معالجة صعوبات في التنفيذ."[2].

وما يدعم هذه التفرقة النَّظرية بين القوة القاهرة وإعادة التفاوض، التفرقة التي أقامتها غرفة التجارة الدولية CCI في شروطها النموذجية المنظمة لمسألة تغير ظروف تنفيذ العقد لسنة

---

[1] « …les clauses de force majeure concernant les hypothèses dans lesquelles des évènements, qui échappent au contrôle et aux prévisions des parties, rendent l'exécution du contrat tout a fait impossible, tandis que les clauses d'imprévision ' hardship', visent à régler les conséquences de modifications fondamentales et profondes des conditions économiques qui se traduisent par un bouleversement de l'équilibre du contrat.

Il semble essentiel de soigneusement distinguer ces deux ordres de préoccupation car ils se traduisent d'une part par des définitions différentes de leurs conditions d'application et d'autre part par des conséquences différentes sur le plan des relations entre les parties. La plupart des contrats internationaux consultés distinguent d'ailleurs ces deux situations et règlent par des articles spécifiques » V. P.VAN OMMESLAGHE, Op.cit. p10 et11.

[2] . « La clause de force majeure empêche la continuation du contrat sans pour autant atteindre l'équilibre des prestations réciproques: l'utilisation de la clause de force majeure ne devrait, en principe, pas être détournée par l'admission, à coté des cas d'impossibilité absolue d'exécution, de cas où l'exécution est seulement rendue plus onéreuse…la clause de hardship n'est pas un cas d'inexécution, elle gère une difficulté d'exécution. » V. R. ALACHKAR, Op.cit. p 73 et 74

2003، إذْ خصصَّت لكل من القوة القاهرة وإعادة التفاوض حيِّزا منفصلا عن الآخر، حيث حمل دليل هذه الشروط عنوان" شرط القوة القاهرة وإعادة التفاوض"[1].

كما أنَّ مبادئ القانون الموحد unidroit [2] لدى تعرضها إلى مفهوم القوة القاهرة وإعادة التفاوض أخضعتهما لتنظيم قانوني منفصل، إذْ تناولت القوة القاهرة من خلال نص 07، تحت القسم المعنون ب" عدم التنفيذ inexécution، أما شرط إعادة التفاوض فقد تناولته من خلال نص المادة 06 تحت عنوان الhardship.

ب- هدف كلا من القوة القاهرة وإعادة التفاوض .

إنَّه لمن الجلّي أنَّ الممارسات التعاقدية في مجال التجارة الدولية أدت إلى التقريب بين مفهوم إعادة التفاوض وشرط القوة القاهرة، إذْ عملت على توسيع مفهوم هذه الأخيرة بُغيَّة الحفاظ على العلاقة العقدية لما يمثله من أهمية اقتصادية[3]، غير أنَّ ذلك لا ينفي أنَّ دراسة القوة القاهرة لا تخرج عن دراسة المسؤولية عن عدم التنفيذ، وهذا ما تبينه النصوص المنظمة للتجارة الدولية، حيث أنَّ اتفاقية لاهاي لسنة 1964 تناولت في مادتها 74 سالفة الذكر مسألة الإعفاء من المسؤولية، وبدورها اتفاقية فينا لسنة 1980 في نص المادة 79 تناولت كذلك حالات الإعفاء لعدم تنفيذ الالتزامات بسبب ظروف غير متوقعة.

كما أن مبادئ القانون الموحد unidroit أشارت من خلال المادة 7.1.7 إلى أنَّ مسألة عدم خروج القوة القاهرة عن نطاق الإعفاء "لعدم تنفيذ الالتزامات"، حيث نصت هذه المادة على أنَّه:" يُعفى من آثار عدم التنفيذ المدين الذي يثبت أنَّ ذلك يعود إلى حادث خارج عن

---

[1] . CCI 2003, clause de force majeure , clause de hardship, Pub.CCI 2003
كما أنَّ غرفة التجارة الدولية تقييم تفرقة في قراراتها بين مفهوم القوة القاهرة وإعادة التفاوض، انظر بخصوصها:
M. WERNER, Force majeure and hardship in international commercial contracts in « view of the practices of the court of arbitration », J.INT.ARB, 1984, p.215

[2] . سيتم التعرض إلى أهمية هذه المبادئ في حقل التجارة الدولية لدى التعرض إلى جهود تنظيم وتقنين فكرة إعادة التفاوض، انظر الفصل الثاني من الباب الثاني.

[3] . سيتم تبيان أهمية العنصر الاقتصادي في العلاقة العقدية في تبني فكرة إعادة التفاوض، انظر المبحث الفصل الثاني من الباب الثاني.

إطار رقابته، والذي من غير المعقول أنْ يأخذه بعين الاعتبار وقت انعقاد العقد أو أنْ يكون بإمكانه توقعه أو تجاوزه أو توقع أو تجاوز آثاره."[1].

وتدعيما لما تقدم فلقد أشار الفقه إلى اتجاه قانون التجارة الدولية إلى استخدام مفهوم "أسباب الإعفاء" بدلا عن مفهوم القوة القاهرة، إذْ وبمناسبة ملتقى خاص بمعالجة مشكلة طول مدة تنفيذ العقد الدولي[2]، والذي ورد فيه شرط قوة قاهرة كالتالي:" بند10: حالة قوة قاهرة:

1.10- في جميع حالات القوة القاهرة أو الحالات المشابهة والتي تطرأ في فترة التعاقد يُعفى الطرف المعني من أية مسؤولية، ويوقف تنفيذ التزاماته طيلة مدة تأثير هذه القوة القاهرة، وعلى الطرف الذي يستحيل عليه تنفيذ التزاماته جراءها أنْ يُخطر الطرف الآخر فورا عن طريق رسالة موصى عليها.

2.10- تعتبر في مفهوم هذا العقد قوة قاهرة إضافة إلى الحالات التي يقرها القضاء الأزمات السياسية الاقتصادية الاجتماعية التي تشهدها الدول المنتجة أو الدول المستوردة وقف أو عدم كفاية التموينات العادية الخاصة بالطاقة أو النقل لأي سبب سواء كان غلقا أو إضرابا كليا أو جزئيا، وسواء أكان ذلك بسبب المستخدم أو بسبب الشركات أو ممونيها، حوادث الاستغلال العامة أيا كانت، تعطل الآلات أو التجهيزات، الحرائق، الإنفجارات، حوادث النقل، أي حادث مشابه خارج عن إرادة الأطراف أو تأثيرهم من شأنه عرقلة السير الحسن لعملية التموين أو عملية الإنتاج أو التوزيع.

---

[1] . Art 7.1.7 : « 1). Est exonéré des conséquences de son inexécution le débiteur qui établit que celle-ci est due a un empêchement qui échappe à son contrôle et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il le prévienne ou le surmonte ou qu'il en prévienne ou surmonte les conséquences »
V. principes Unidroit, Rev.dr.unif, 2004/1. p. 165

[2] عُقد هذا الملتقى لمناقشة " كيفية التفاوض في عقد دولي طويل الأجل"، وذلك من خلال مناقاشات من عدة أساتذة لبنود عقد تموين Approvisionnement مبرم لمدة 5 سنوات بين JONSONو SONSMITH Chemie الخاص بتوريد حمض السلفريك Acide sulfurique. بخصوص بنود هذا العقد انظر:
Comment négocier un contrat international à long terme, DPCI, T.5, p. 16

3.10- توقف آثار العقد طيلة فترة القوة القاهرة حتى العودة للحالة الطبيعية، على ألا يتم تمديد فترة توقف التنفيذ أكثر مما هو مفترض.

4.10- إذا لم تستطع شركة Jonsons في حالة القوة القاهرة الالتزام بتوزيع حمض السلفيريك Acide sulfurique فأنها تتعهد مع مصانع أخرى من أجل توفير الكميات اللازمة للمتناولين ضمن شروط يتفق عليها من قبل مع هؤلاء."[1].

حيث علَّق الأستاذ Jean–marie DELEUZE على هذا العقد بقوله أنَّه "طبقا لاتفاقية جنيف هناك ميل لاستبدال مصطلح " القوة القاهرة" بمصطلح "الإعفاء"[2].

---

[1] .Art. 10 cas de force majeure.
10.1. Tout les cas de force majeure ou assimilées qui peuvent se présenter pendant la durée, déchargent la partie qui y est soumise de toute responsabilité quelconque et suspendent l'exécution de ses engagement, ceci aussi longtemps et dans la mesure où l'effet de ces cas de force majeure empêche l'exécution des présentes. La partie qui de trouvera dans l'impossibilité d'exécuter ses engagements par suite d'un cas de force majeure, devra le notifier immédiatement, par lettre recommandée, à l'autre partie.
10.2. Sont considérés contractuellement comme cas de force majeure ou assimilés, outre les cas communément admis par la jurisprudence : les troubles politiques, économiques, et sociaux affectant les pays de provenance ou de distance, l'interruption ou l'insuffisance des approvisionnement normaux, de l'énergie ou de transports pour cause que ce soit : tout lock-out, toutes grèves totales ou partielle qu'elles soient ou non imputables au fait de l'employeur, propres à l'entreprise ou ses fournisseurs, les accidents d'exploitation généralement quelconques, bris de machines ou d'équipements, incendies, explosions, les accidents dans les moyens de transport ainsi que tous autres évènement similaires, étrangers à la volonté ou l'influence des partie, qui pourraient entraver la marche normale de leur approvisionnement, de leur fabrications et de leur expéditions.
10.3 Pendant la durée de la force majeure, la présente convention verra ses effets suspendus jusqu'à rétablissement normal de la situation, la durée des présentes n'étant en aucun cas prolongées des périodes des suspensions éventuelles.
10.4 Si par suite d'un cas de force majeure JONSON n'était pas en mesure de livrer l'Acide sulfurique, elle s'efforcerait néanmoins de prendre arrangement à des conditions à convenir au préalable avec les preneurs. »
V. Comment négocier un contrat international à long terme, Op.cit, p.24
[2] . « D'ailleurs dans les conditions générales de Genève, on parle plus de cause de force majeure mais de cause d'exonération.. »
V. J-M. DELAUZE, intervention au « problème du long terme », Op.cit, p.154

كما يُعلِّق الأستاذ REINE على ذلك بقوله:" إذا كان شرط القوة القاهرة يصلح لئن يكون قاعدة لإعادة التفاوض بشأن العقد فإنَّه قبل ذلك شرط إعفاء، بينما تعد شروط إعادة التفاوض الـ hradship شروط تُفضي إلى إعادة التفاوض بامتياز، حيث أنَّ هدف هذه الأخيرة هو خلق التزام بإعادة التفاوض نتيجة حوادث جديدة. كما أنَّ شرط القوة القاهرة وإنْ كان لا يطرح إشكالا بخصوص ازدواجية التطبيق في حالة ترتيبه لالتزام بإعادة التفاوض، فإنَّه يطرحه في الحالات المؤسِسَة للقوة القاهرة، حيث أنَّ المفهوم المرن للاستحالة لا ينفي الحالات الموصوفة بالصعبة"[1].

ونتيجة لذلك فإنَّ القوة القاهرة وإعادة التفاوض مفهومان يُجيبان عن نوعين مختلفين من الانشغالات في غياب احتمال الخلط بينهما، إذْ أنَّ التقارب بين هذين المفهومين كان بسبب اعتمادهما على مفهوم التنفيذ العقلانيl'exécution raisonnable للالتزام[2].

ونتيجة لما تقدم فإنَّ مسالة تقارب مفهومي القوة القاهرة وإعادة التفاوض تؤدي إلى التساؤل عن كيفية التفرقة بين التنفيذ المرهق l'exécution onéreuse للقوة القاهرة والتنفيذ المرهق كنتيجة للحدث المفضي إلى إعادة التفاوض[3]، بل إنَّ أهمية التفرقة تبرز أكثر في رأي الأستاذ Reine فيما تمنحه حالة التقارب بين المفهومين لأحد أطراف العقد من حرية

---

[1] . « Si la clause de force majeure peut servir de base pour une renégociation du contrat c'est avant tous une clause d'exonération tandis que la clause de hardship est la clause de renégociation par excellence. En effet, le seul objectif de cette dernière est de créer une obligation de renégociation de contrat en cas de survenance de circonstances nouvelles. Le problème de la double compétence d'application avec la clause de force majeure ne se pose donc pas, si la clause de force majeure prévoit une obligation de renégocier le contrat, elle le fait dans la limite des cas constitutifs de force majeur. L'assouplissement de l'impossibilité n'exclut donc pas les situations 'marquées de sceau' de la difficulté. »

V. R.ALACHKAR, Op.cit, p.76

[2] . أشارت الدراسة إلى أنّ كلا من شرط إعادة التفاوض وشرط القوة القاهرة يعتمدان مفهوم العقلانية في تنفيذ الالتزامات من خلال الإشارة إلى ضرورة خروج الأحداث عن" إطار الرقابة العقلانية لأطراف العقد"

[3] . سيتم تناول شروط إعمال إعادة التفاوض، والذي يعد التنفيذ المرهق للالتزامات أحدها، انظر المبحث الأول من الفصل الأول من هذا الباب

للمُفاضلة في التمسك بأحدهما، إذْ يقول:"إنَّ المسألة تدِّق أكثر في حالة الغياب المطلق للتفرقة بين نوعيْ التنفيذ المرهق –أي المؤسس للقوة القاهرة وكذا المؤسس لإعادة التفاوض– حيث يمكن أنْ يؤدي ذلك إلى إساءة استعمال للشرطيْن –شرطيْ القوة القاهرة وإعادة التفاوض–، إذْ يُخشى من أنّ الطرف المتضرر من هذه الحالة– أي تغير ظروف تنفيذ العقد– يُحاول إثارة حدث الـ hardship من أجل إعمال إعادة التفاوض، بينما يسعى الطرف المستفيد من هذا التغير في الظروف إلى الحفاظ على الامتيازات مُطالبا بوقف تنفيذ العقد بسبب القوة القاهرة."[1].

وهذا ما لاحظه أيضا الأستاذ TROCHU بشأن عقد التموين السابق ذكره المبرم بين شركة JONSONS وشركتيْ Sonsmith–hernnchmie، حيث لاحظ خلطا في بنوده بين شرط القوة القاهرة[2] وشرط إعادة التفاوض، حيث قضى هذا الأخير بأنَّه: " في حالة ما إذا طرأت حوادث غير متوقعة أو ليست كما توقعها الأطراف كالتغيير في الرسوم، الحقوق والتكاليف، مهما كانت طبيعتها طبقا للقسم 4.1.7، والتي من شأنها الإخلال بالأسس الاقتصادية لهذا العقد، مسببة ضررا لأحد الأطراف فعلى الأطراف الاتفاق، وطبقا لنفس الروح التي أبرم فيها العقد، على إقرار التعديلات الضرورية، وفي حالة عدم الاتفاق يتم اللجوء إلى التحكيم من غير المساس بالأحكام المبينة أدناه الخاصة بالقوة القاهرة [3]".

---

[1] . « La question est plus pressante que l'absence de délimitation absolue entre les deux types d'exécution plus onéreuse pourrait about à une utilisation détournée des deux clauses. Ainsi, il est à craindre que celui qui pâtira de la situation soit tenté d'invoquer le hardship pour aboutir à la renégociation du contrat, tandis que celui qui en profitera cherchera à en préserver les avantages en demandant la suspension du contrat force majeure. »
V. R. AlACHKAR, Op.cit, p.77

[2] . سبقت الإشارة إلى هذا الشرط.

[3]. « Art. 14. Hardship.

En cas de survenance d'évènements imprévisibles ou exclus par les prévisions qu'ont admises les parties – y sont assimilées les modifications des taxes, droits et charges de toutes natures, prévus à la section 7.1.4- et pour autant que ces évènements aient pour effet de bouleverser les bases économiques de la présente convention, au préjudice de l'une ou l'autre des parties, celles-ci auraient dans le même esprit que=

فمن خلال المقارنة التي أجراها الأستاذ TROCHU خلص أنَّ الخلط بين شرطيْ القوة القاهرة وإعادة التفاوض سيؤدي إلى مطالبة الطرف المتضرر من تغير ظروف تنفيذ العقد بإعمال إعادة التفاوض، بينما يتمسك الطرف المستفيد من هذه الوضعية بمفهوم القوة القاهرة[1].

كما أنَّ الحديث عن معيار مرجعي للتفرقة بين المفهومين القائم على أنَّ القوة القاهرة تستند على الوقف الجزئي لتنفيذ العقد بينما إعادة التفاوض يعتمد مفهوم اختلال توازن العقد، يؤدي إلى جدال عقيم باعتبار أنَّ الوقف الجزئي يكون نتيجة اختلال توازن العقد[2].

بالمقابل فإنَّ عدم التفرقة بين مفهوم القوة القاهرة وإعادة التفاوض بسبب كوْنهما نتاج الممارسة العقدية يستدعي الرجوع إلى القرارات التحكيمية الصادرة بهذا الخصوص.

ثانيا– التفرقة على أساس الممارسة التحكيمية.

تُقر الممارسة التحكيمية التفرقة بين مفهوم إعادة التفاوض والقوة القاهرة[3]، إذْ تميل هذه الممارسة إلى الاستناد على عدم الخلط بين اختلال اقتصاد العقد من جهة، وحالة إعفاء المدين من جهة أخرى (أ)، وذلك بالنظر إلى صفة متعاملي التجارة الدولية(ب).

أ– رفض الخلط بين مفهوميْ القوة القاهرة وإعادة التفاوض.

إنَّ الممارسة التحكيمية تُبيِّن احترام قضاء التحكيم لإرادة أطراف العقد الصريحة للحكم وفق شرط إعادة التفاوض أو وفق شرط القوة القاهرة[1]، مُشيرة في ذلك إلى التمييِّز بينهما، وذلك من

=celui qui a présidé à la conclusion des présentes, à se mettre d'accord pou y apporter les aménagements nécessaires. Si les parties ne parvenaient pas à s'entendre, elles auraient à s'en remettre à l'arbitrage prévu. Sans exclus des dispositions ci-dessus les cas de force majeure visés aux présentes »

V. comment négocier un contrat international à long terme ?, Op.cit, p. 26

[1] . M. TROCHU, intervention au ' le problème du long terme', in «comment négocier un contrat à long terme», Op.cit, p.150

[2]. Ibid, p.150

[3] . R. ALACHKAR, Op.cit, p. 78.

حيث استعمل عبارة" الخلط المنهجي" assimilation systematique بين مفهوميْ القوة القاهرة وإعادة التفاوض.

خلال تعرضها إلى مفهوم القوة القاهرة، حيث قضت غرفة التجارة الدولية في قرارها رقم 2673 إلى المفهوم الضيق étroite لمفهوم القوة القاهرة، وذلك بالنظر إلى مبدأ سلطان الإرادة pacta sunt servanda، حيث قضت:" إنَّ ضرورة احترام استقرار المعاملات التجارية يتعارض مع مراجعة العقد بسبب أحداث تلي إبرامه، ما لم تتعلق هذه الأحداث بقوة قاهرة"[2].

يُفهم من هذا القرار أنَّ الطرف الذي يتضرر من تغير ظروف تنفيذ العقد ليس له أنْ يتحجج بهذه المسألة بدعوى القوة القاهرة ما لم تؤدي إلى استحالة في تنفيذ التزاماته، أي بمعنى آخر لا يمكنه أنْ يتحجج بصيرورة التنفيذ مرهقا له بدعوى القوة القاهرة[3]، في حين أنَّ إعادة التفاوض كتقنية قانونية لا تقوم على استحالة التنفيذ.

كما تعرضت غرفة التجارة الدولية إلى مفهوم استحالة التنفيذ كأثر للقوة القاهرة في قرارها رقم 2216 في نزاع بين شركة نرويجية وإحدى الدول المنتجة للبترول صادر في 1974، إذْ حددت الحدث المؤسس للقوة القاهرة على أنّه:"من المتعارف عليه أن حدث القوة القاهرة هو حدث تتوافر فيه صفات عدم التوقع...وعدم التحمل..."[4]، أي عدم إمكانية تحمله مما يؤدي إلى استحالة التنفيذ.

وتبعا لذلك فإنّه في غياب تعبير صريح من المتعاقدين فإنَّ الممارسة التحكيمية تميل غالبا إلى إقامة مفهوم القوة القاهرة على فَرَض استحالة التنفيذ، وليس صيرورة هذا التنفيذ مرهقا للأطراف

=[1] . R. ALACHKAR, Op.cit, p. 78.

[2] . « La nécessité de respecter la stabilité des relations commerciales s'oppose à toutes remise en question du contrat à cause d'évènement postérieurs à sa conclusion tant qu'ils se sont pas constitutifs de force majeure. »

أشار إليه R. ALACHKAR, Op.cit, p.79

Ibid., p.79

[4] . «Attendu qu'évènement de force majeure est un évènement présentant des caractères d'imprévisibilité…et d'irrésistibilité… »

V. Sentence CCI N° 2216/1973, Rec. Arb.sen., de la CCI, 1974-1986, p.225

بسبب هذه القوة القاهرة[1]، وذلك بالنَّظر إلى طبيعة متعاملي التجارة الدولية القائمة على الدراية والتخصص[2].

ب – صفة متعاملي التجارة الدولية.

إنّ صفة الاحتراف والدراية التي يتمتع بها متعاملو التجارة الدولية تُعد قرينة على إحاطتهم بجميع الظروف التي قد تحيط بمستقبل علاقتهم العقدية – ممّا يُفسر أهمية مبدأ سلطان الإرادة في نطاق هذه التجارة–، وذلك عند إبرام العقد لذا عليهم أنْ يُنظِّموا تلك العلاقة منذ هذا الإبرام وبكثير من التفصيل[3].

وتبعا لذلك فإنَّ صمت أطراف العقد عن تنظيم مسالة تغير ظروف تنفيذ العقد يُفسَّر على أنَّه صمت إرادي، لذا فإنَّ قضاء التحكيم قضى بعدم تطبيق مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد المعبّر عنها بـ Rebus sic stantibus، حيث قضت غرفة التجارة الدولية في القرار رقم 1512، في قضية بنك باكستاني ومقترض هندي، بعدم تطبيق مبدأRebus sic stantibus مبررة ذلك بسلوك المتعاقدين الذي لم يُعالج الأخطار غير المتوقعة بصورة دقيقة[4]، وفي قرار آخر لها رقم 1990 سنة 1972، تّم رفض اعتبار التنفيذ المرهق للالتزامات العقدية كأساس للقوة القاهرة، حيث برّرت غرفة التجارة الدولية ذلك بعدم التنصيص على هذه الحالة ضمن حالات إنهاء العقد من قبل الأطراف لدى إبرامه[5].

---

[1] . R. ALACHKAR, Op.cit, p.81

[2] . لقد تم التّعرض إلى صفة متعاملي التجارة الدولية القائمة على الاحترافية والدراية من خلال التعرض إلى طبيعة العقد لدولي.

[3] . يُعد مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ الأساسية للعقود الدولية كانعكاس لمبدأ الحرية التجارية التي تسود المعاملات الاقتصادية الدولية، ممّا يؤدي إلى القول أنّ مبدأ سلطان الإرادة يُسهم إلى حد كبير في رسم الإطار القانوني لهذه العقود.

[4] . Sentence CCI N°1512/1971 Rec. Arb.sen., de la CCI, 1974-1986, p. 207

[5] . Sentence CCI N° 1990/1972 Rec. Arb.sen., de la CCI, 1974-1986, p. 199

المطلب الثاني: فكرة إعادة التفاوض وباقي شروط تعديل العقد.

لقد أفرزت الممارسات العقدية عديد الشروط التي تهدف إلى الحفاظ على العلاقة العقدية، وذلك بالنَّظر إلى الطريقة التي يهدف من خلالها أطراف العقد الدولي إلى معالجة مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد، لذا وجب التَّطرق إلى نقاط الاختلاف بين هذه الشروط وشروط إعادة التفاوض باعتبارها الحاملة لفكرة إعادة التفاوض(فرع ثاني)، من أجل الكشف عن مدى التكامل بين هذه الشروط وشرط إعادة التفاوض(فرع ثالث)، على أنْ يسبق ذلك تحديد لمفهوم شروط تعديل العقد(فرع أول)[1].

الفرع الأول: مفهوم شروط تعديل العقد.

لقد أفرز الواقع التعاقدي للتجارة الدولية الكثير من الشروط الخاصة بمعالجة مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد، حيث يمكن تقسيمها إلى قسميْن: شروط التعديل التلقائي للعقد (أولا)، وشروط مراجعة العقد (ثانيا)[2].

أولا– شروط التعديل التلقائي للعقد. Les clauses d'adaptation automatique

تُعرف شروط التعديل التلقائي على أنّها: " عملية تعديل العقد من قبل المتعاقدين...لشروط العقد الأصلي...بسبب التغير الحاصل."[3]، حيث تهدف هذه الشروط إلى تعديل العقد بدون تدخل الأطراف أثناء التعديل[4].

---

[1] . لقد تطرق الأستاذ Reine " بإسهاب إلى هذا التمييز، انظر
R. ALACHKAR, Op.cit, p.86 et S.

[2] شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص.5

[3] . « Opération modificative consistant pour les contractants…à réaménager les conditions de l'accord originaire…en fonction de changements intervenus »
V. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p. 120

[4] محمد شريف غنام، مرجع سابق، ص. 05، وانظر كذلك:
R. FABRE, les clauses d'adaptation dans les contrats, RTD.civ, 1983, p.7

وتُعد شروط الحفاظ على القيمة les clauses de maintien de valeur أبرز أنواع هذه الشروط، إذْ تُقدم على أنّها:" شروط تعالج أثر الحوادث التي يتم توقعها في المفاوضات أو لدى إبرام العقد، والتي تهدف إلى توزيع تبعات الأخطار المالية بين الأطراف في تعامل دولي"[1].

وتبعا لذلك فإنّ شروط التعديل التلقائي تقوم على أساس:"التوقع مسبقا عن طريق شرط تعاقدي أنّ دَيْنا يكون نقديا على العموم يتزايد آليا وتناسبيا مع عنصر مرجعي يختاره الأطراف: يُسمى المؤشر، حيث أنّ آثار تغير الظروف على العقد تضبط من قبل الأطراف، لأجل هذا السبب يمكنهم عند إبرام العقد إقرار التعديلات التي يجب عليهم إجراؤها عند إعماله، إذن هذه الآلية معلّقة"[2].

فالطابع الآلي لهذا التعديل العقدي والذي يمنع على الأطراف التدخل بعد طروء الأحداث المتوقعة يُفسّر على أساس إحلال التزام أو أداء عقدي جديد محل الأداء الأصلي المنصوص عليه في العقد، والذي جعل منه تغير المؤشر أداءً من غير فائدة[3]، وهذا من شأنه –

---

[1]. « Elles visent à régler l'impact des évènements dont la survenance était prévue (ou prévisible) lors de la négociation et la conclusion du contrat et elles sont destinées à repartir les risques monétaires entre les parties à une transaction internationale »
V. R. ALACHKAR, Op.cit, p.87

[2]. « Leur système consiste à prévoir à l'avance par une stipulation contractuelle qu'une dette en général monétaire évoluera automatiquement et proportionnellement a un élément convenu par les parties : l'indice. Les effets de la survenance des évènements sur le contrat sont en principe maitrisés par les parties, et c'est pour cette raison qu'elles peuvent établir dès la conclusion du contrat, les modifications qui devront intervenir lors de sa mise en jeu. Le mécanisme est donc verrouillé »
V. Ibid, p.88

[3] . « …la substitution d'une nouvelle prestation à celle que la variation de l'indice rend caduque. »
V. B.OPPETIT, Op.cit, p. 797

أي الطابع الآلي- التقليل من احتمالات نشوء نزاع بين أطراف العقد حول كيفية معالجة مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد[1].

ويندرج ضمن شروط التعديل التلقائي عدّة أنواع من الشروط كشرط الإبقاء على أساس المؤشرla clause d'indexation وشرط الإبقاء على قيمة رغم تغير العملة la clause d'échelle mobile حيث يُعرَف شرط الإبقاء على أساس المؤشر على أنّه:" تعديل يطرؤ على التزام محله مبلغ من النقود من خلال اتفاق "شرط الإبقاء على أساس المؤشر"...الذي يهدف إلى تغيير قيمة هذا الالتزام "رأس مال أو فوائد" باعتماد عنصر موضوعي كمرجع يُسمى المؤشر: غالبا ما يكون الذهب"شرط قيمة الذهب" أو عملة أجنبية "شرط العملة الأجنبية"...سعر القمح..."[2].

أما شرط الإبقاء على القيمة رغم تغير العملة، فيُعرَف على أنّه:" طريقة لتحييِّن قيمة مسماة لأجر أو لآداءات أخرى اعتمادا على متغيرات لبعض القيم الاقتصادية تسمى المؤشرات المرجعية"[3].

يُضاف إلى هذيْن الشرطيْن شرط مراجعة الثمن la clause de révision de prix والذي يُعد من أكثر الشروط شيوعا في عقود التجارة الدولية[4]، حيث يُمكن من خلاله" تعديل

---

[1] . I. DE LAMBERTRIE, Rapport français, in « le contrat aujourd'hui : comparaison Franco-anglaise », sous la direction de D.TALLON et D.HARRIS, LGDJ, Paris, 1987, p.219

[2] « Une modalité imprimée a une obligation de somme d'argent par une convention (clause d'indexation)…qui tend à faire varier le montant de cette obligation (en capital ou intérêt) en fonction d'un élément objectif de référence nommé indice ; cours de l'or (cl. valeur-or), cours d'une monnaie étrangère (cl. Valeur-devise)…prix de blé… ».
V. PACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.121

[3] . «Une méthode d'actualisation de la valeur nominale du salaire ou d'autre prestations en fonction de variations de certaines valeurs économiques appelées indice de référence » V. Ibid, p 121

[4]. انظر كلا من:
شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص.84

I. DE LAMBERTRIE, Op.cit, p.219

الثمن مباشرة وبدون وسيط من خلال إجراء حسابي، حيث يُفترض أنْ تربط علاقة بين عنصر متغير من عناصر العقد بعنصر مرجعي من اختيار الأطراف، وأنَّ نظاما للتعديل هو الذي يُنظم هذه العلاقة"[1].

من خلال ما تقدم يتضح أنّ شروط التعديل التلقائي تقوم على أساس استبعاد تدخل أطراف العقد الدولي في مرحلة التنفيذ إذا ما طرأت حوادث استثنائية، حيث يتم اعتماد آلية مسبقة عند إبرام العقد لمعالجة هذا التغيير في ظروف تنفيذ العقد.

ثانيا– شروط مراجعة العقد.

هي شروط تسمح بتعديل العقد تبعا لتغير الشروط المطبقة على عمليات تجارية متشابهة analogue[2]، ويكمن الفرق بين هذه الشروط وشروط التعديل التلقائي في غياب مؤشر يُجرى على أساسه تعديل العقد في حالة تغير ظروف تنفيذه، بحيث أشارت غرفة التجارة الدولية إلى هذا الفرق في قرارها رقم 3344 سنة 1981 بين شركتيْن عموميتين جزائرية ومغربية بخصوص عقد بترولي[3] ، الذي قضى بأنّ:"أ– شرط المراجعة المشار إليه صراحة في رسالة الاتفاق رقم 2 يفرض كقاعدة، الحق في إجراء تعديل يزيد أو يُنقص من الثمن المؤقت، على عكس شرط الإبقاء على أساس المؤشر–الذي يفترض لتطبيقه وضع آليات مسبقا ذات طبيعة موضوعية،

[1] . « L'adaptation du prix peut s'effectuer immédiatement, sans intermédiaire, par une procédure mathématique. Elle suppose alors qu'un élément variable du contrat soit placé en relation avec une référence désignée par les parties et qu'un système d'adaptation établisse la relation »
V. D. LAMBERTRIE, Op.cit, p.219

[2] . R. ALACHKAR, Op.cit, p. 89

[3] لقد أشار الأستاذ شريف محمد غنام إلى كون هاذين الدولتين هما الجزائر والمغرب، بالرغم من أن القرار3344 المحصل عليه لم يشر سوى إلى كون الشركتيْن تابعتين إلى دولتين عربيتيْن ولم يسمهما، انظر:
شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص. 526

حيث يؤدي إعمالها إلى التعديل التلقائي للنتيجة الأصلية والتي تؤدي إلى الحل الحسابي الوحيد والممكن-..."[1].

وتُقسَم شروط المراجعة إلى نوعيْن: الأول يسمى شروط المراجعة الجزئية les clauses de révision partielles، والتي تسمح بمراجعة الأطراف لأي شرط من شروط العقد دون غيره؛ والنوع الثاني يتمثل في شروط المراجعة العامة les clauses de révision générales، والتي تسمح للأطراف بالالتقاء لمناقشة الصعوبات التي يواجهها تنفيذ العقد، ويعد شرط إعادة التفاوض إحداها[2].

ويندرج ضمن هذا النوع من الشروط – شروط المراجعة- العديد من الشروط، منها:

- شرط الحق الحكومي government take clause، والذي "تفرض فيه الشركات البترولية على مشتريها في عقود التموين أية زيادة في سعر البترول من قبل الدول المنتجة"[3].
- شرط الرفض الأول First refusal clause أين "يلتزم فيه الطرف 'أ' اتجاه المستفيد 'ب' أن يعرض عليه في المستقبل إتمام صفقة ما قبل إتمامها مع أحد من الغير، وإذا رفض الطرف 'ب' فللطرف 'أ' الحرية في التعاقد مع الغير"[4].

---

[1] . « La clause de révision, réservée expressément dans la lettre-accord n°2, impose dans son principe le droit d'exiger une modification à la hausse ou à la baisse du prix provisoire. Mais contrairement à l'indexation qui doit comporter pour son application l'énonce préalable des paramètres de nature objective, dont le jeu entraîne automatiquement modification du résultat originaire et aboutit à la seule solution mathématique possible…»
V. Sentence CCI N° 3344/1981, Rec.sen.arb, CCI 1974-1985, p.442

[2] .شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص. 74

[3] «a) la clause ' government take clause' introduite dans les contrats de fourniture par les sociétés pétrolière et qui permet à ces dernière de répercuter sur leur acheteurs toute augmentation du prix du pétrole au départ des pays producteurs »
V. R. ALACHKAR, Op.cit, p.89

[4] . « Par la clause de premier refus, une partie A s'engage envers le bénéficiaire B à lui proposer, dans l'avenir, de réaliser ensemble une opération déterminée avant de conclure cette opération avec un tiers. En cas de refus de B, A redevient libre de contracter avec autrui1 »=

- شرط الزبون الأكثر تفضيلا la clause du client le plus favorisé حيث يعرف على أنّه:" شرط يتعهد من خلاله أحد المتعاقدين بمنح المتعاقد الآخر شروط جِدُ تفضيلية مقارنة بما يمنحه للغير في عقد مشابه."[1].

- شرط العرض التنافسي la clause de l'offre concurrente وهو الشرط الذي يسمح للطرف 'أ' في الغالب المشتري بإعلام المتعاقد الثاني 'ب'، أنَّه تلقى عرضا أكثر تنافسية من قبل أحد من الغير بخصوص محل العقد ساري المفعول، فإذا تبنى 'ب' هذا العرض يستمر في تنفيذ العقد بشروط جديدة، وإلا أبرم الطرف 'أ' العقد مع هذا الغير، ويُوقفَ حينها العقد بين 'أ' و'ب' أو يُفسخ"[2].

وتُدرج شرط إعادة التفاوض ضمن شروط التعديل، وإن كان بعض الفقه[3] يرى أنّ شروط التعديل العامة وشروط الحماية وشروط المراجعة كلها تُعرف اليوم باسم شرط الـ hardship، إلا أنّ الأستاذ M.FONTAINE يرى عكس ذلك، حيث يقول:"...أحيانا يستخدم محررو الشروط، شرط الظروف الطارئة شرط الحماية، شرط العدالة...، ولا يوجد أي من هذه التعبيرات المقترحة ما يصف بشكل صحيح محتوى الشرط"[4].

=V. M. FONTAINE, droit des contrats internationaux, FEDUCI, p.302

[1] . « Par la clause du client le plus favorisé, une partie à un contrat s'engage à faire bénéficier son partenaire des conditions plus favorables qu'elle viendrait à consentir à un tiers dans un contrat analogue ».
V. Ibid, p. 296

[2]. « La clause de l'offre concurrente permet à une parties A(généralement un acheteur) de faire valoir auprès de son co-contractant B(le vendeur) l'offre plus favorable d'un tiers sur l'objet du contrat en cours. Si B accepte de s'aligner sur cette offre concurrente, le contrat continue aux nouvelles conditions. Sinon, A peut conclure le tiers, le contrat entre A et B étant en général suspendu ou résilié. »
V. Ibid, p. 288

[3] . كالأستاذ M. KNOEPLER

[4] .أشار إليه شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص.73

وتبعا لما تقدم فإنّ كثرة الشروط العقدية المنظمة لتغير ظروف تنفيذ العقد مرده طغيان مبدأ سلطان الإرادة في المعاملات التجارية الدولية، لذا سعى الفقه إلى إيجاد إطار قانوني للتميز بينها وبين فكرة إعادة التفاوض.

الفرع الثاني: تمييز فكرة إعادة التفاوض عن باقي شروط التعديل.

إنَّ ما يُميِّز فكرة إعادة التفاوض أنّها فكرة ترمي إلى مجرد تريب التزام بإعادة التفاوض، قد يُفضي إلى تعديل العقد حالة حدوث ظروف طارئة تعيق تنفيذه[1]، ولعل هذا ما دفع الأستاذ Denis MAZEAUD إلى عَنْوَنَت مقاله الخاص بالتعليق على حكم قضائي صادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية سنة 2006 غير منشور بـ" لا يتشابه مفهوم إعادة التفاوض مع مفهوم التعديل"[2]، إذْ يقول: "إنّ إدراج هذا الشرط إعادة التفاوض في العقد لا يجبر المتعاقدين الذين يتفاوضون وفقا للالتزام الذي يتضمنه إدراج هذا الشرط على مراجعة العقد، هذا ما حمله روح القرار الصادر في 3 أكتوبر 2006 عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض"[3]، ولعل هذا ما دفع أيضا الأستاذ Jan PAULSSON إلى إقصاء شروط إعادة التفاوض من دائرة شروط تعديل العقد، مبررا ذلك أنّ هذه الشروط لا تؤدي إلى تعديل العقد، وإنَّما فقط تُرتب التزاما في ذمة المتعاقدين بالنظر في تغير ظروف تنفيذ عقدهم[4].

إلا أنَّه بالمقابل فإنَّ مسألة التمييز بين فكرة إعادة التفاوض وبين بقية شروط تعديل العقد، وإنْ كانت تتضح من حيث المبدأ كما أوضح الأستاذ MAZEAUD، إلا أنّها تَدِّق

---

[1] . سيتم التعرض إلى الآثار المترتبة عن إعمال فكرة إعادة التفاوض في الفصل الأول من الباب الثاني من هذه الدراسة، انظر الصفحة ...

[2] .« Renégocier ne rime pas avec réviser ».

[3] . « L'insertion d'une clause de renégociation dans un contrat ne contraint pas les contractants, qui renégocient conformément à l'engagement qu'ils sont souscrit dans ladite clause, à réviser le contrat. Telle est la morale de l'arrêt rendu, le 3 Octobre 2006, par la chambre commerciale de la cour de cassation »
V. D. MAZEAUD, Renégocier ne rime pas avec réviser, R.D, 2007, p.765

[4] . J. PAULSSON, L'adaptation du contrat, Rev.Arb, 1980, p.249

في حالة البحث عن الحوادث والظروف المشمولة من طرف هذه الشروط (أولا)، مقارنة بشرط إعادة التفاوض؛ وعما إذا كانت شروط التعديل ذاتها تُرتب التزاما بإعادة التفاوض من عدمه (ثانيا).

أولا– التفرقة من حيث الحوادث المخلة بتوازن العقد.

إنَّ قدرة أطراف العقد على تحديد المخاطر والأحداث التي قد تعيق تنفيذ عقدهم يساعد في اختيارهم للآلية الأكثر فعالية لمعالجة تغير ظروف العقد المتوقع[1]، ولعل هذا ما دفع الفقه إلى الاجتهاد من أجل تقسيم الشروط الخاصة بتنظيم مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد، إذْ قسّم كلٌ من الأستاذ B. OPPETIT و الأستاذ M. FONTAINE هذه الشروط إلى قسميْن من حيث الأخطار التي تُغطيها كالتالي:

أ– **الحوادث والأخطار الخاصة.** Les risques spécifiques

المخاطر الخاصة كما يُعرفها الأستاذ Pascal هي تلك"المخاطر التي يتعرض لها الأطراف بالتحديد وفق مسميّات اقتصادية ومالية والتي تُخل بتوازن العقد، حيث تتعلق بتغيُّر نقدي أو تغيُّر في العملات الرسمية، على أية حال، فإنّ أثر الحدث محسوب ومقدّر ومحدد بمصطلحات اقتصادية"[2]، وتُنظَّم هذه الأخطار الخاصة المحتملة عن طريق شروط الإبقاء على أساس المؤشر clause d'indexation وشروط الحفاظ على القيمة clause de maintien de valeur وهي من شروط التعديل التلقائي.

---

[1] . R. ALACHKAR, Op.cit, p.91

[2] . « Les risques spécifiques sont ceux que les parties définissent spécifiquement en termes économiques et monétaires, et qui entrainent un bouleversement de l'équilibre contractuel. Ils concernent un changement monétaire, ou une modification dans la ou les parités officielles. En effet, la conséquence de l'évènement sur le contrat est mesurée, quantifiée et appréciée en termes économiques »
V. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.120

غير أنّ هذه الشروط لا تتكفل فقط بتغطية المخاطر الخاصة بالجانب الاقتصادي أو المالي، إذْ أنّ هناك من العوائق والصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد وتخص محله، كعقود نقل التكنولوجيا، حيث أنّ تعديلها لا يتم على أساس حسابي، ذلك أنّ تغير الظروف في هذه العقود قد يتمثل في تطور يمس التقنية المراد نقلها[1].

وتطبيقا لذلك هناك شرط الإبقاء على أساس المؤشر الخاص بالتطور التقني la clause d'indexation du progrès technique، الواسع الانتشار في الولايات المتحدة، والذي يسمح للمستأجر في عقد ليزينغ أنْ يفرض على المؤجر أنْ يضع تحت تصرفه في أي وقت آلات أكثر حداثة إذا ما أصاب القِدَم الآلات والوسائل المؤجرة[2].

ب- **الحوادث العامة** les risques généraux

إنّ تنوع المخاطر والأحداث التي قد تطرأ وتهدد مستقبل العلاقات العقدية، والتي قد تُعيق تنفيذ العقد، لا يسمح في كثير من الأحيان للأطراف بتقدير أثر الظروف الطارئة على العقد من خلال شروط التعديل التلقائي[3]، ممّا يضطرهم إلى اعتماد آليات أخرى، والتي تُعد شروط إعادة التفاوض أبرزُها، وذلك من خلال مرونتها في تغطية المخاطر الخاصة والعامة.

وتبعا لذلك فإنّ مجرد احتمال وقوع حدث يعيق تنفيذ وإنْ لم يكن محددا، كافٍ لأنْ يحاول أطراف العقد توقع أية تغيُّرات أساسية في شروط التنفيذ المتفق عليها مسبقا[4]، لذا فإنّه يبدو من المناسب الأخذ بعين الاعتبار أنّ أثر الخطر العام على العقد يسمح بإعادة التفاوض، ذلك أنّ الشرط- شرط إعادة التفاوض- أين يُنظَم هذا الخطر يسمح للأطراف

---

[1]. PH. FOUCHARD, l'adaptation des contrats à la conjoncture économique, Rev.arb, 1979, p.69

[2] . R. ALACHKAR, Op.cit, p.92

[3] . Ibid., p.93

[4]. B. OPPETIT, Op.cit, p. 797

بالتدخل من أجل تعديل العقد[1]؛ وهناك من الفقه من ذهب إلى أبعد من ذلك في التفرقة بين شروط إعادة التفاوض وشروط التعديل، حيث يرى أنَّ مرونة شروط إعادة التفاوض هي سبب استحداثها، حيث يقول الأستاذ Jean CEDRAS :"أنّه إذا كان من المؤكد أنّه ومنذ مدة طويلة أنّ الممارسات التجارية أقرّت شروطا تسمح بتعديل العقد في المستقبل، على الأقل المستقبل المرتقب، كشروط الإبقاء على أساس المؤشر وشروط المراجعة...الخ، وعليه فإن فترة 50 سنة الماضية، وإنْ لم تجعلنا في شك من أنّ سعر المواد الأولية الخاصة بأسعار الوحدات كان محلا للتغير، لكن الجديد في الأمر هو حجم هذه التغيرات. فالمستقبل بدأ يخرج أكثر فأكثر عن نطاق التوقع سواء تعلّق الأمر بالنظام الاقتصادي أو المالي أو بتطور المعارف التكنولوجية.

هذا هو السبب في كوْن الميكانيزمات التقليدية الخاصة باحتواء المستقبل في حياة العقود تبدو غير كافية، وتُظْهِر الحاجة إلى أداة قانونية أكثر مرونة تسمح بالأخذ بعين الاعتبار أي شكل من أشكال التطور حتى تلك التي تبدو غير قابلة للتوقع اليوم، من هنا نشأ شرط إعادة التفاوض"[2].

---

[1]. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.122

[2]. « Certes, depuis longtemps, la pratique commerciale a élaborée des clauses qui permette d'adapter le contrat en fonction de l'avenir, du moins de l'avenir prévisible: clause d'indexation, clause de révision…etc. En effet, qu'elle qu'ait été l'époque considéré dans les cinquante dernières années, l'on s'est toujours douté que le cours des matières premières, celui des unités de compte, été toujours sujets à variation. Mais ce qui est nouveau, c'est l'ampleur et la brutalité des changements. L'avenir échappe de plus en plus largement aux prévisions, qu'ils s'agissent du système économique et monétaires, qu'ils s'agissent de l'évolution des connaissances techniques.

-Voila pourquoi les mécanismes classiques d'intégration du futur dans la vie des contrats se montrent parfois insuffisants, et qu'apparait le besoin d'instrument juridique encore plus souple, permettant de prendre en compte toute forme d'évolution, même celles qui seraient radicalement imprévisibles aujourd'hui, c'est ainsi qu'est née la clause de hardship »
V. J. CEDRA, Op.cit, p.285

ثانيا– التفرقة من حيث ترتيب شروط التعديل لالتزام بإعادة التفاوض.

لقد سعى بعض الفقه[1] لدى دراسته للشروط العقدية المنظّمة لمشكل تغير ظروف تنفيذ العقد إلى تقسيمها على أساس الالتزام بإعادة التفاوض، إذْ أنّ المعيار الحقيقي للتمييِّز بين شروط المراجعة– حيث تعد شروط إعادة التفاوض الأكثر شيوعا– وباقي شروط التعديل هو ترتيبها لهذا الالتزام[2].

أ. تقسيم **الأستاذة** M. VAN CAMELBEKE

تُقسّم الأستاذة M. VAN CAMELBEKE شروط تعديل العقد إلى قسمين: شروط التعديل بدون الالتزام بإعادة التفاوض وشروط إعادة التفاوض[3]، وذلك كالتالي:

1. شروط التعديل بدون الالتزام بإعادة التفاوض: les clause d'adaptation sans l'obligation de renégocier

حيث يندرج في إطار هذا القسم الشروط الخاصة بتغير أسعار صرف العملات الرسمية[4]، وشروط المراجعة الآلية للثمن[5]، وشروط التعديل الكمي Clause d'ajustement quantitatif، والتي يُراد بها:"اتفاق الأطراف على أنّ أيِ انخفاض في قدر شراء العملة التي حُررّها بها الديْن الواجب الدفع لا يجب تعويضه بزيادة المبلغ الواجب دفعه، وإنّما بالإنقاص في التزام القيام بعمل الخاص بالطرف الثاني"[6].

---

[1] . مثل الأساتذة : W.PETER, Pascal ACCAOUI- Micheline VAN CAMELBEKE LORFING,

[2] . R.ALACHKAR, Op.cit, p.94

[3] . M. VAN CAMELBEKE, l'adaptation du contrat international aux circonstances nouvelles, in «les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles», Op.cit, p.174

[4] . سبق التعرض إلى تعريفها.

[5] . سبق التعرض إلى تعريفها.

[6] . « Les parties peuvent également convenir qu'une diminution du pouvoir d'achat de la monnaie dans laquelle la dette est libellée sera compensée non par une majoration du montant à payer mais par une réduction correspondante à l'obligation de faire de l'autre parties. » V. M. VAN CAMELBEKE, Op.cit, p.176

يُضاف إلى هذه الشروط، شرطا العرض التنافسي و الرفض الأول[1].

2. **شروط إعادة التفاوض** les clause de hardship

حيث ترى الأستاذة VAN CAMELBEKE أنَّ هذه الشروط تعرف شيوعا كبيرا نظرا إلى تزايد نسبة واحتمالات عدم ثبات النظام الاقتصادي والحالي[2].

ب. **تقسيم الأستاذ** W. PETER

يُقيم الأستاذ PETER تقسيمه للشروط الخاصة بتغير ظروف تنفيذ العقد على ثلاثة أنماط من الشروط كالتالي:

1. **شروط التعديل**: وتشمل شروط التعديل التلقائي، وكذا شروط المراجعة الأخرى[3].
2. **شروط القوة القاهرة**: والتي تُعنى بتنظيم الأحداث التي من شأنها فسخ العقد أو وقف تنفيذه[4].
3. **شروط إعادة التفاوض**: بخصوص هذه الشروط فإنَّ الأستاذ PETER يُميِّز بين نوعيْن: تلك التي تختص بمعالجة المخاطر الخاصة من جهة، وشروط **الـ**hardship التي تختص بمعالجة المخاطر العامة، على أنَّه يمكن أن تتخذ شروط إعادة التفاوض شكل شروط **الـ**hardship إذا ما اشترطت أنْ يكون التغيير غير متوقعا ولا يمكن تحمله[5]؛ إلا أنّ الفرق الجوهري طبقا للأستاذ PETER بين هذيْن النوعيْن من الشروط يكمن في مدى توقع الأطراف لإعادة التفاوض، كما

---

[1] . سبق التعرض إلى هذيْن الشرطيْن.

[2] . M. VAN CAMELBEKE, Op.cit, p.177

[3] . W. PETER, Arbitration and renegotiation agreements, second and enlarged Edition, KLUWER international, 1995, p.231

أشار إليه: P.ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.127

[4] . Ibid, p. 127

[5] .أشار إليه: P.ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.127

في حالة إعادة التفاوض الدوري أي بمرور مدة من الزمن، في حين أنّ شروط الـhardship ترتب إعادة تفاوض غير مبرمج وغير مرتبط بمدة زمنية[1].

جـ. **تقسيم الأستاذ** Pascal

اقترح الأستاذ Pascal في دراسته للشروط المنظمة لتغير ظروف تنفيذ العقد تقسيما يقوم على أساس الإجراء الذي يختاره أطراف العقد لمعالجة هذه المسألة، وليس على أساس مدى توقع الحدث المخِّل بالعقد أو أثره عليه، لذا فإنه وفقا لهذا الأستاذ فإنَّ هذه الشروط تنقسم إلى ثلاثة أنواع:

1. الشروط التي مضمونها إعادة التفاوض les clauses ayant objet la renégociation

ويندرج ضمن هذه الشروط شرط إعادة التفاوض وشرط القوة القاهرة[2]، إذْ أنّ هدف كلا من الشرطيْن حَمْل المتعاقدين على الالتقاء ومناقشة سبل تجاوز الصعوبات والحوادث التي طرأت أثناء التنفيذ من أجل تجاوزها[3].

2. الشروط التي من أثرها إعادة التفاوض بشأن العقد Les clauses ayant pour effet la renégociation

يتضمن هذا القسم من الشروط: شرط الزبون الأكثر تفضيلا وشرط العرض التنافسي[4]، وهي شروط في الأصل تهدف إلى تعديل العقد[5]، لكن في بعض الأحيان "إعمال

---

[1] P.ACCAOUI-LORFING, Op.cit., p.128

[2] .أبانت الدراسة في المطلب السابق إلى كون شرط القوة القاهرة يمكن أنْ يُؤدي إلى إعادة التفاوض بشأن العقد في حالة إذا ما أدت هذه ا لقوة القاهرة إلى وقف تنفيذ العقد، وليس إنهائه.

[3]. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p. 130et 131

[4]. Ibid., p.131

[5] .M. FONTAINE et F.DELY, Op.cit, p.531

هذه الشروط يستدعي التقاء الأطراف لمناقشة وتحديد المركز التعاقدي لأحدهم، وإنْ لم يكن موضوع وهدف هذه الشروط هو إعادة التفاوض بشأن العقد، كما يرى الأستاذ Pascal[1].

3. شروط التعديل بدون إعادة التفاوض les clauses d'adaptation excluant la renégociation

ويندرج ضمن هذا النوع من الشروط وفقا للأستاذ Pascal شروط التعديل التلقائي كشرط الإبقاء على أساس المؤشر وشرط الإبقاء على القيمة رغم تغير العملة[2]، ذلك أنّ إعمال هذه الشروط يتم تلقائيا وفق الآلية التي اتفق عليها المتعاقدين لدى إبرامهم للعقد، دون الحاجة إلى مناقشة لذلك إذا ما تحققت الأحداث التي تم توقعها[3].

وتبعا لهذه التقسيمات التي اجتهد الفقه في وضعها للشروط المنظمة لمسألة تغير ظروف تنفيذ العقد، فإنّه يبدو أنّه وإنْ كانت بعض الشروط كما لاحظ الأستاذ Pascal تؤدي إلى إعادة التفاوض، كشرط الزبون الأكثر تفضيلا أو شرط العرض التنافسي، فإنَّه تبقى شروط إعادة التفاوض المعبّر عنها بشروط الـ hardship المثال الأبرز لفكرة إعادة التفاوض والحامل لها، في حين أنّ مفهوم القوة القاهرة على خلاف ما ذهب إليه هذا الأخير يبقى ميدانها الأصيل هو معالجة أثر استحالة التنفيذ الناجمة عن حدوثها–كما تعرضت إليه الدراسة آنفا–[4].

كما أنَّه وبالمقابل فإنَّه يبدو أنَّ اختلاف التصنيفات التي أقرّها الفقه مؤداه محاولة هذا الفقه تأطير الممارسات العقدية تأطيرا قانونيا[5]، رغم كونها صادر عن متعاملي التجارة

---

[1] . « C'est clauses n'ont pas pour objet la renégociation du contrat, cependant leur mise en œuvre nécessite parfois la rencontre des parties en vue de l'amélioration de la position contractuelle de l'une d'elles. »
V. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p132

[2] . لقد تم التطرق إلى تعريف هذه الشروط في الفرع الأول من هذا المطلب.

[3] . P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.135

[4] . أبانت الدراسة عن الفروق الجوهرية بين مفهومي القوة القاهرة وإعادة التفاوض في المطلب الأول من هذا المبحث.

[5] . تمت الإشارة إلى طبيعة متعاملي التجارة الدولية لدى التعرض إلى طبيعة العقد الدولي.

الدولية، وهم اقتصاديون بالدرجة الأولى وليسو قانونين، لذا لا يمكن الجزم بقوالب ثابتة لهذه الشروط، إذْ أبانت الممارسات العقدية في مجال التجارة الدولية عن وجود عدّة أمثلة لشروط تجتمع فيها خصائص أكثر من شرط، كما لا حظ ذلك الأستاذ FONTAINE، إذْ يقول:"لكن التصنيف ليس مطلقا فمن جهة بعض شروط الزبون الأكثر تفضيلا تؤدي إلى إعادة التفاوض على أساس شروط ممنوحة للغير وليس على سبيل آلي أو مباشر، فيما يخص التغيير المالي إلى جانب شروط الإبقاء على أساس المؤشر أو التعديل التلقائي"[1]؛ ولقد تجلى هذا المزج بين عدَّة شروط في قرارات التحكيم، حيث قضت غرفة التجارة الدولية في قراراها رقم 2478 الصادر سنة 1974، تعليقا على شرط ورد في عقد بين شركتين فرنسية ورومانية، أنَّه:"– لقد تضمن ملحق العقد شرط قضى بأنه:

"في حالة انخفاض قيمة أو إعادة تقييم الفرنك الفرنسي أو الدولار على الأطراف الالتقاء لمناقشة آثار الوضع الجديد، والاتفاق على الإجراءات الواجب اتخاذها من أجل إعادة التوازن للعقد في إطار النوايا والروح التي أُبرِم بها العقد، وذلك بالنسبة للكميات التي لم تُوَّزع بعد أو تلك التي لم يتم تحصيل قيمتها"، ويجب تفسير هذا الشرط على أنّه شرط إعادة تفاوض أو شرط العملة النقدية، حيث يرتب التزاما على عاتق الأطراف بتعديل الثمن، لما تطرأ تغيرات بالشروط الأساسية للعقد "[2].

[1] . « Mais la démarcation n’est pas absolue. D’une part, certaines clauses dites du client le plus favorisé prévoient une renégociation sur bas des conditions offertes au tiers, non un alignement automatique. En matière de variations monétaires à coté des clauses d’indexation ou de réajustement automatique. »
V. M. FONTAINE, les clauses de hardship, DPCI, T.2, N°.1, 1976, p. 14

[2] . « -Une annexe au contrat contenait ne clause libellée comme suite :
‘en cas dévaluation ou réévaluation du Franc français ou du Dollar, les parties se rapprochent pour examiner la nouvelle situation et convenir des mesures à prendre pour rétablir l’équilibre contractuel dans les intentions et selon l’esprit initial de contrat, pour les quantités non encore livrées, ainsi pour les quantités non encore encaissées.’ Cette clause doit être interprétée comme ‘une clause d’imprévision ou de=

ولقد علَّق الأستاذ Reine على هذا القرار التحكيمي بقوله:"أنّ الشرط موضوع القرار التحكيمي يتضمن خصائص شروط التعديل التلقائي، بما أنَّه يعالج مشكلة مالية في العقد، ولكن بدون أنْ يرتب استبدالا تلقائيا للأداء الأصلي بأداء آخر من اتفاق الأطراف، ومن جهة أخرى فإنَّ هذا الشرط يُلزِم الأطراف بالالتقاء ومناقشة الوضعية الجديدة التي أفرزها تغيُّر قيمة العملة "الفرنك الفرنسي أو الدولار"، أي التفاوض وهذه خاصية لصيقة بشروط إعادة التفاوض، إلاَّ أنَّه بالمقابل أيضا فإنَّ هذه الشروط تفترض أنْ يؤدي اختلال توازن العقد إلى وضع غير عادل وضرر جسيم بأحد أطراف العقد، وهذا ما لم يُشر إليه الشرط موضوع القرار التحكيمي[1]، وهذا ما دفع الأستاذ Reine إلى اعتبار هذا الشرط يندرج ضمن تصنيف جديد سماه الشروط المختلطة les clauses hybrides

الفرع الثالث: مظاهر التكامل بين شروط إعادة التفاوض وباقي شروط التعديل.

تتّجلى مظاهر التكامل بين شرط إعادة التفاوض وباقي شروط التعديل فيما يخص الأحداث والمخاطر التي تُغطيها هذه الأخيرة (أولا)، وكذا فيما يخص آلية إعمال هذه الشرط (ثانيا).

أولا– فيما يخص توقع الأحداث المُخِّلة بالعقد.

تتّسم شروط إعادة التفاوض بالمرونة كونها تُعطي للمتعاقدين حرية أكبر في توقع الأحداث التي من شأنها أنْ تُعيق عقدهم، حيث يمكن أنْ تَرِد هذه الشروط بشأن مخاطر خاصة كالتغير في سعر الصرف الرسمي، ومثاله الشرط الذي قضى بأنّه:"...في حالة وجود تغيُّر قانوني أو فعلي لسعر الصرف بين الفرنك البلجيكي والفلوران، أو تغيُّر في النظام القانوني المعتمد في

=parité monétaire', et elle créait pour les parties une obligation d'ajuster les prix lorsqu'interviennent des modifications aux conditions primitives du contrat. »
V. Sentence CCI, N° 2478/1974, Rec.arb.sen., de la CCI, 1974-1986, p.233

[1] . R. ALACHKAR, Op.cit, p.96

تحديد الثمن، وإذا توافرت محددات الثمن التي تمنح للأطراف توازنا عقديا شبيها بذلك الذي كان قائما عند إبرام العقد..."[1]، كما يمكن أنْ ترد هذه الشروط أيضا بخصوص مخاطر عامة، كالشرط القاضي:" إنّ روح الاتفاق تقضي بأن يُحفَظ التوازن الحالي للأداءات العقدية لذا من المناسب نتيجة لذلك أنَّه في حالة وقوع أحداث هامة تُخِّل بشكل كبير بهذا التوازن أنْ يتفاوضوا"[2].

في مقابل هذه المرونة التي تتصف بها شروط إعادة التفاوض فإنّ شروط التعديل الأخرى تتّسم بعدم المرونة une rigidité خاصة فيما يتعلق بشروط التعديل التلقائي، إذْ تَرِد فقط على المخاطر أو الأحداث الخاصة، كشرط العرض التنافسي الذي قضى بأنَّه:"إذا أخطر المشتري البائع في مرحلة سريان تنفيذ العقد، أنّه تلقى عرضا تنافسيا من مُمَّوِن معروف وجِدِّي، حيث يكون الثمن المنصوص عليه في العرض أقل من الثمن المنصوص عليه في العقد، مع بقاء الشروط الأخرى– الكمية النوعية، النظامية– متساوية، فعلى البائع في خلال 10 أيام من تاريخ إخطاره من قبل المشتري ليوافق على محتوى الشروط الواردة في العرض التنافسي.

وفي حالة عدم الاتفاق مع المشتري يتحلل هذا الأخير من التزامه بالشراء من البائع ليُنهى العقد بعد انقضاء 10 أيام الممنوحة للبائع."[3]، أو شرط الزبون الأكثر تفضيلا الذي قضي بأنّه:" في حالة ما إذا عرض المموَّن على زبائن آخرين شروطا في مجملها أكثر تفضيلا من

[1] .سبقت الإشارة إلى هذا الشرط.
[2] .سبقت الإشارة إلى هذا الشرط.
[3] . « Si en cours d'exécution du contrat, l'acheteur notifie au vendeur la réception d'une offre concurrente émanant d'un fournisseur connu et sérieux, faite a un prix inférieur au prix contractuel, toute autre conditions (notamment de quantité, de qualité et de régularité) restent égales, le vendeur devra dans les 10 jours de la notification par l'acheteur, rencontrer les conditions de l'offre concurrente. A défaut d'accord avec l'acheteur, celui-ci sera libéré de l'obligation d'acheter au vendeur et le présent contrat prendra fin à l'expiration du délai du 10 jours accordé au vendeur »
V. M.FONTAINE, les contrats internationaux…Op.cit, p.288

تلك المنصوص عليها في العقد في إطار الكميات ونوعية متشابهة، فعلى المموّن أنْ يعمل من أنْ يستفيد الزبون منها، ابتداء من تاريخ تطبيقها مع أحد من الغير"[1].

وتبعا لذلك فإنّ اقتصار شروط التعديل التلقائي على مخاطر محددة يحُدُّ من فاعليتها في مواجهة التطور الذي يطبع ميدان التجارة الدولية، والذي يُخرِج أكثر فأكثر الظروف التي تحيط بالعقد حال تنفيذه من دائرة توقع الأطراف[2]، إذْ أنَّه إذا كانت هناك العديد من المخاطر والأحداث التي يمكن توقعها سواء كانت اقتصادية مرتبطة بالثمن أو سعر الصرف العملات[3]، أو كانت تقنية أو تكنولوجية[4]، إلاَّ أنَّ هناك أحداث وظروف أخرى سياسية وقانونية غير مرتبطة مباشرة بمحل العقد لكن يمكن أن تؤثر فيه[5].

ثانيا– فيما يخص آلية إعمال شروط التعديل.

لقد دعى بعض الفقه[6] أمام الوضع الذي تبدو فيه نقائص شروط التعديل خاصة التلقائية منها إلى الاستفادة من شروط إعادة التفاوض كتقنية مكملة لهذه الشروط في العقود المتضمنة لها، حيث ترى الأستاذة M. CAMELBEKE أنّ "شروط إعادة التفاوض تظهر جلِّيَّة في العقود التي تتضمن مسبقا شروط تعديل كشرط الإبقاء على أساس المؤشر، حيث تطبق شروط إعادة التفاوض في حالة ما إذا كان إعمال هذا الشرط –الإبقاء على أساس المؤشر– غير كاف لمعالجة آثار الاختلال الاقتصادي للعقد"[7]، ونفس الاتجاه ذهب إليه الأستاذ

---

[1] . « Dans le cas où le fournisseur serait amené a consentir à d'autres clients des conditions qui, dans leur ensemble, seraient plus favorables que celles prévues au présent contrat pour des quantités et une qualité comparables, le fournisseur s'engage à en faire bénéficier le client à client à compter de jour de leur application à un tiers. » V. Ibid., p. 296

[2] . R. ALACHKAR, Op.cit, p.98

[3] . P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.120

[4] . PH. FOUCHARD, Op.cit, p.67 et S.

[5] . R. ALACHKAR, Op.cit, p. 99

[6] . مثل الأساتذة: M. FONTAINE, M. VAN CAMELBEKE

[7] . « Elle -clause de hardship- peut très bien figurer dans un contrat qui contient déjà une autre clause d'adaptation telle qu'une indexation. Elle prendra alors le relais=

الأستاذ M.FONTINE لدى دراسته لشروط إعادة التفاوض مع مجموعة العمل التي ترَّأسَها، حيث يقول:"نلاحظ بالمقابل إمكانية وجود تكامل بين شروط إعادة التفاوض وباقي الشروط...فعلى سبيل المثال، الحالات التي تؤدي فيها الأحداث غير المتوقعة إلى تعطيل دور شروط الإبقاء على أساس المؤشر"[1].

من خلال ما تقدم يتضح الدور الايجابي الذي تلعبه شروط إعادة التفاوض بمعية الشروط الأخرى، خاصة شروط التعديل التلقائي، حيث أنّ إعمال هذه الأخيرة يعتمد على وجود مؤشر، أيْ عنصر مرجعي، من اختيار الأطراف –كما أشارت الدراسة– والذي يؤدي في حالة تحقق الحدث المتوقع إلى اعتماد آليات أداءات جديدة محل الأداءات الأصلية المتفق عليها في العقد.

ويبرز هذا الدور الإيجابي فيما إذا أدَّى الحدث المتوقع إلى اختلال في المؤشر(أ)، أو زواله وعدم جدواه(ب) في شروط التعديل التلقائي[2].

أ– **اختلال المؤشر**: le dérèglement de l'indice

يضرب الفقه عن اختلال المؤشر المثال الخاص بعقد شراء للوقود بين مؤسسة كهرباء فرنسا EDF وشركة Shell الفرنسية، حيث يمتد العقد لمدة 10 سنوات تقوم فيه EDF بالتزود بالوقود Fuel من شركة Shell.

ولقد تضمن هذا العقد شرط إبقاء على أساس المؤشر من أجل مراقبة سعر الوقود وأثره على العقد، وذلك وفق صيغة متفق عليها فيه، والمتمثلة في أنَّه لا يجب أنْ يقِّل الحد الأقصى

=lorsque celle-ci n'a pas jouée ou été insuffisante pour corriger complètement les effets d'un bouleversement économique »
V. M. VAN CAMELBEKE, Op.cit, p.177

[1]. «On relèvera par ailleurs la complémentarité pouvant exister entre les clauses de hardship et les autres clauses, par exemple dans les hypothèses où certains évènements inattendus viennent complètement fausser le jeu d'une clause d'indexation. »
V. M. FONTAINE, les clauses de hardship…Op.cit, p. 14

[2] . R. ALACHKAR, Op.cit, p.100

للثمن عن الحد المعمول به؛ لكن ابتداء من سنة 1973 ومع أزمة البترول وتوقف الإمدادات من الدول العربية، أدّت إلى تضاعف ثمن البترول بـ5 مرات، مما دفع شركة Shell إلى رفع سعر الوقود تماشيا مع هذا الارتفاع الكبير، في حين أنّ إعمال الصيغة المتفق عليها لرفع والزيادة في الثمن – أي المؤشر– لا يسمح إلاَّ بزيادة بسيطة في ثمن الوقود[1].

وتعليقا عل هذه القضية يرى الأستاذ Reine أنّه "كان من الممكن أنْ تعرف وضعية الأطراف في هذا العقد انسدادا، لولا وجود شرط إعادة تفاوض في العقد، إذْ ورد في العقد إضافة إلى شرط الإبقاء على أساس المؤشر، شرطُ إعادة تفاوض، مفاده أنّه على الأطراف الالتقاء في حالة ما إذا عرف الثمن زيادة أو نقصانا بـ 6 فرنكات للطن مقارنة بالثمن الأساسي لمناقشة التعديلات الواجب اتخاذها"[2].

ب– **انعدام المؤشر**: la disparition de l'indice

إنّ انعدام المؤشر نتيجة لعدم جدواه في تحديد الثمن التعاقدي من شأنه أنْ يؤدي إلى فشل الصفقة بين أطراف العقد، ممّا يزيد في تعقيد وضعيتهم العقدية، بمعنى آخر يؤدي ذلك إلى فراغ قانوني، لذا فإنَّه من المناسب أنْ يتضمن العقد ذاته شرط إعادة التفاوض يسمح للأطراف من إقرار مؤشر جديد لمواجهة اختلال تنفيذ عقدهم، من خلال ما تتّسم به هذه الشروط من مرونة وعمومية[3].

---

[1] C. A. Paris, 28 Sep.1976, Rev.arb, 1977, p.341

[2] . « La situation ci-dessus décrite pu aboutir a un blocage dans l'exécution sans la présence d'une clause de hardship dans le contrat. En effet, afin de prévenir toute variation anormalement importante du prix et qui ne pouvait être prévisible dès la conclusion du contrat, il était prévu, à coté de la clause d'indexation, une clause de hardship selon laquelle, si le prix du fuel subissait pas sa valeur initiale une hausse ou une baisse de plus de six francs à la tonne, les parties se rapprocheraient pour examiner les modifications à apporter aux stipulations défaillantes»
V. R. ALACHKAR, Op.cit, p.102

[3] . Ibid., p.103

وتبعا لذلك فإنَّه وإنْ كان إقرار شرط لإعادة التفاوض في هذه الحالة يتم على وجه تكميلي، أي أنّ إعمال هذا الشرط لا يتم إلاّ بعد أنْ تَثْبُت عدم جدوى شروط التعديل التلقائي في معالجة الاختلال الاقتصادي، إلاّ أنَّه يُشترط لذلك كما يرى الأستاذ F. CABAS ألاَّ يتم بوجود تقنيات قانونية أخرى، إذْ "أنّ إعمال شرط إعادة التفاوض تم في الأصل من أجل ملئ فراغ نتيجة غياب تقنية أخرى، لما تكون آثار الاختلال الاقتصادي غير متوقعة مما يجعل من غير المواَتي تحديد أساس لتعديل الثمن"[1].

يستنتج تبعا لذلك أنّ أهمية شروط إعادة التفاوض ليس فقط في تنظيم مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد الدولي بسبب أحداث غير متوقعة، وإنّما في تكملة ما يَشوب الشروط المنظمة لهذه المسألة في عقود التجارة الدولية من نقائص لا تحقق لإطرافها مشروعهم الاقتصادي، وذلك بما تتّسم به هذه الشروط من مرونة.

[1] . « Elle a été créée a l'origine pour pallier l'absence de toute autre moyen, quand les conséquences du bouleversement économique sont si imprévisibles. Qu'il est inconcevable de définir une base de révision de prix à priori. »
V. F. CABAS, les clauses de hardship, thèses, Doctorat 3ème cycle, Montpellier, 1981, p.71

أشار إليه: R. ALACHKAR, Op.cit, p.104

خلاصة الفصل

من خلال ما تقدّم في هذا الفصل يتّضح أنّ فكرة إعادة التفاوض جاءت تلبية لحاجات متعاملي التجارة الدولية، إذْ تَرِد بالأساس في شكل شروط عقدية تعمل على دفع الأطراف إلى الالتقاء من أجل مناقشة تغير ظروف تنفيذ العقد نتيجة أحداث غير متوّقعة.

كما يتّضح أنّ أهمية هذه الشروط تكمن في كونها جاءت نتيجة ممارسات عقدية، ما يُفهم منه مدى أهمية هذه الممارسات في ترتيب أحكام قانونية عقدية، إذْ أنَّ الدراسات القانونية الخاصة بهذه الشروط، وكما يبدو، لا تعدوا أنْ تكون محاولة للكشف عنها بداية من أول دراسة قامت بها مجموعة العمل تحت رئاسة الأستاذ M. FONTAINE، ولا زالت هذه الدراسات تحاول الكشف عن التطور الحاصل بخصوص هذه الشروط على الصعيد العملي بمعنى آخر تتّجلى من خلال فكرة إعادة التفاوض مدى سيادة مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الدولية في ترتيب المراكز العقدية، بل وفي تنظيم حياة هذه العقود على خلاف ما هو سائد في القوانين الوطنية.

كما أبانت الدراسة أنَّ فكرة إعادة التفاوض ليست التقنية الوحيدة المبتكرة لمواجهة مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقود الدولية، بل أفرزت الممارسات العقدية العديد من الشروط الخاصة بتنظيم هذه المسألة ممَّا استدعى سعي الفقه إلى التمييِّز بينها، الأمر الذي أبرز اختلاف الفقه في التعامل مع هذه الشروط، وذلك من خلال كثرة التصنيفات التي وضعها الأساتذة المهتمون بهذا المجال مما يبرز على ما يبدو إشكالية تعامل القانوني مع العنصر الاقتصادي، إذْ أنَّ محاولة الفقه إقرار هذه التصنيفات ما هو في الحقيقة إلا تعامل مع ميكانيزمات وتقنيات أقرّها متعاملون اقتصاديون استجابة لمتطلبات اقتصادية بحتة، تتمثل في سعي هؤلاء إلى تجاوز الصعوبات والمعوِّقات التي تعتري تنفيذ صفقة اقتصادية تمت في إطار قانوني هو العقد.

مهما يكن الأمر فإنَّ الدراسة قد أبانت كما تقدم مدى فعالية فكرة إعادة التفاوض، أولا كونها أداة سمحت بتفادي الحلول الوطنية التي لا تخدم المصالح الاقتصادية الكبيرة والهامة لمتعاملي التجارة الدولية، وثانيا في إيجاد حيِّز لها ضمن مجموعة كبيرة من التقنيات الأخرى–شروط التعديل وشروط المراجعة– بما يسمح لها من التَّميُّز عنها من جهة، وبما يسمح لها أيضا من أداء دور مكمل يتمثل في تغطية النقص الذي يشوب هذه الشروط من جهة أخرى.

وترتيبا على ما تقدم من محاولة لتحديد إطار نظري للتعريف بفكرة إعادة التفاوض يستدعي الأمر التعرض إلى كيفية سير عملية إعادة التفاوض وإجراءاتها، وهذا ما سيتناوله الفصل الموالي.

الفصل الثاني: الإطار التفاوضي.

إنَّ فكرة إعادة التفاوض كآلية قانونية تحتاج إلى إطار إجرائي يُكمِّل الإطار المفاهيمي المتمثل في تعريفها وتعداد مبرارات استحداثها، وكذا تميزها عن المفاهيم المشابهة لها، والتي تعالج معها نفس الفَرَض، حيث إذا كانت فكرة إعادة التفاوض تتميَّز بأكثر فعالية مقارنة ببقية التقنيات العقدية الأخرى، ولا سيما شروط القوة القاهرة، وذلك من خلال فاعليتها في المحافظة على القيمة الاقتصادية للعقد، وكذا من خلال مرونتها في تجاوز الأحداث المؤثرة سلبا على توازن العقد خلال مرحلة تنفيذه، إلاَّ أنَّها تضل استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد.

وتبعا لذلك فإنَّ إعمال فكرة إعادة التفاوض كاستثناء على القاعدة العامة القاضية بتنفيذ العقد وفقا لما تم الاتفاق عليه، يجب أنْ يتم وفق شروط محددة تتعلق بطبيعة الحدث المخل بالعقد، وأثره على توازن الأداءات العقدية(مبحث أول).

كما أنَّ إعمال فكرة إعادة التفاوض يجب أنْ يمر بمجموعة من المراحل، والتي يجب أنْ تُحترم فيها جملة من الإجراءات، إبتداءا من الإخطار والتقاء الأطراف، وصولا إلى احتمال تدخل الغير في عملية إعادة التفاوض، سواء كان هذا الغير محكما أو خبيرا أو موفقا(مبحث ثاني).

وتبعا لذلك فإنَّ دراسة الجانب الإجرائي لعملية إعادة التفاوض يساعد على فهم مدى فاعليتها ومدى تميزها عن باقي الحلول المبتكرة في إطار عقود التجارة الدولية، من خلال معرفة آليات إعمالها وطبيعة المتدخلين في هذه العملية.

المبحث الأول: شروط إعمال الالتزام بإعادة التفاوض

تتعلق شروط إعمال الالتزام بالحدث المخل بالعقد، حيث يتجلى ذلك من خلال ما تضمنته شروط إعادة التفاوض من معالجة لهذا الحدث المخل بتوازن العقد، أي حدث الـ hardship.

وتبعا لذلك فإنَّ دراسة شروط إعمال هذا الالتزام لا يتأتى إلاَّ من خلال دراسة حدث الـhardship (مطلب أول)، و كذا أثره على العقد (مطلب ثاني).

المطلب الأول : الحدث المخل مناط إعادة التفاوض .

إنَّ بحث محددات حدث الـ Hardship والذي من أجله يُعمَل الالتزام بإعادة التفاوض يستدعي التعرض إلى طبيعة هذا الحدث (أولا)، و مدى عدم توقعه واستقلاله عن إرادة أطراف العقد.

الفرع الأول: طبيعة حدث الـ Hardship.

إنَّ تعبير شرط إعادة التفاوض عن الحدث المتوقع، إما أنْ يكون بعبارات عامة ترد فيه ألفاظ الشرط بصيغة عامة دونما تحديد دقيق(أولا)، أو بعبارات خاصة يصف فيها الشرط الحدث بالتدقيق(ثانيا)، هذا وإنْ كان تطور التعبير عن الحدث قد رافق تطور شرط إعادة التفاوض، حيث كان متعاملوا التجارة الدولية يقتصرون في بادئ الأمر على وصف الحدث بعبارات عامة ثم تطور الأمر إلى تخصيصه وضبطه بعبارات أكثر دقة.

أولا–المخاطر العامة:

يميل المتعاقدون إلى وصف الحدث المخل بالعقد بعبارات عامة، بل إنَّ الأستاذ B.OPPETIT يرى أنَّ شرط إعادة التفاوض يأتي دائما بعبارات عامة، إذْ يقول:"شرط إعادة

التفاوض يأتي من الناحية العملية دائما في شكل صيغة عامة"[1]، غير أنَّه في الحقيقة بنى الأستاذ OPPETIT رأيه على أساس عيِّنَة من شروط إعادة التفاوض لا تعبر بأية حال عن كل التنظيم الإتفاقي لهذه الشروط.

ولقد ساق الفقه عدَّة أمثلة عن هذا النَّوع من التنظيم الإتفاقي لشرط إعادة التفاوض نذكر منها:

– "...كل حدث قد يؤدي إلى إعاقة التنفيذ الحسن للعقد..."، غير أنَّ هذه الشروط توحي أن هذا الشرط يتم فرضه بطريقة انفرادية من طرف أحد المتعاقدين ما يجعله شرطا فرديا une clause unilatérale يخول لهذا المتعاقد سلطة تحديد هذه الأحداث[2].

– "كل المعوقات...المتعلقة بالحصول على العملات الصعبة سواء بسبب السياسة التجارية أو الندرة أو احتكار السيولة النقدية"[3].

– "في حالة تغيير أساسي في الظروف مما يحمل أحد الأطراف العقد تكاليف غير عادلة بسبب هذا العقد"[4].

– "...إذا وقع حدث غير متوقع وخارج عن إرادة الطرفين وأدى إلى استفادة أحد الطرفين

---

[1] « La clause de hardship et pratiquement toujours prévue dans une formule d'une grande généralité ».
V : B. OPPETIT, Op.cit, P. 800.

[2] «... toutes fais qui pourraient mettre en péril la bonne foi du marché...».
V : FONTAINE et F. DELY Op.cit., p. 500.

[3] « Toutes difficultés...relatives à l'obtention de devises à des mesure de politique commerciale au contingentement à la manipulation monétaire ».
Ibid., p. 500.

[4] « En cas de modification fondamentale des circonstances imposant à l'une des parties une charge inéquitable d'coulant du présent protocole …. ».
V : D. PHILLIPPE, « Pacta Sunt Servanda » et « Rebus sic stantibus », in l'apport de la jurisprudence arbitrale, Séminaire le 7 et 8 Avril 1986, Publication de la CCI., p. 246.

من مزايا لا تتناسب مع التزاماته"[1].

– "إنَّ روح الاتفاق تقضي أنْ يُحفظ التوازن الحالي لأداءات المتعاقدين لذا من المناسب نتيجة لذلك أنَّه في حالة وقوع أحداث هامة تخل بشكل كبير بهذا التوازن أنْ يتفاوضوا"[2].

يتضح من خلال هذه الشروط أنَّه بالرغم من عدم تحديد الحدث المخل بالعقد تحديدا دقيقا إلاَّ أنَّه يكفي أنْ يُؤدي وقوعها إلى احتمال اختلال توازن العقد[3]، حيث يميل المتعاقدون إلى عدم تدقيق وصف الحدث لكون توقع جميع الأحداث التي يمكن أنْ تؤدي إلى الإخلال بالعقد في مرحلة تنفيذه يعد أمرا مستحيلا بسبب طول مدة تنفيذ العقد[4].

وتبعا لذلك فإنَّ تركيز شرط إعادة التفاوض على عمومية الحدث المخل بتوازن العقد le hardship يستتبع معه الإشارة إلى ما يؤدي إليه تحقيقه في مرحلة تنفيذ العقد من مساس بالأساس الاقتصادي، حيث ورد شرط يقضي بأنَّه:"يتفق الأطراف في حال عقد يتراخى تنفيذه في الزمن على أنَّه لا يمكن توقع جميع المخاطر التي من الممكن أنْ تقع في مرحلة التنفيذ لذا فإن الأطراف متفقة على العمل سوِّية وفقا للعدالة دون إضرار طرف بآخر، كما أنَّه في حالة وقوع مخاطر تضر بأحد المتعاقدين أثناء تنفيذ هذا العقد فعلى الأطراف بذل قصارى جهدهم من أجل القيام بكل ما هو ضروري لتجاوز هذا الضرر أو تخفيفه أو إزالته"[5].

---

[1] « … Si un événement imprévisible et étranger aux partie a pour effet que l'une d'elle retire du présent contrat des avantages hors de proportion avec ses obligations ».
V : D. PHILLIPPE, « Pacta Sunt Servanda…Op.cit, p. 245.

[2] أشار إليه، شريف محمد غانم، مرجع سابق، ص 41.

[3] PH. FOUCHARD, Op.cit, p. 71.

[4] P. ACCAOUI. LORFING, Op.cit, P. 104.

[5] « In entring in this long term agreement, the parties hereto agree that it is impracticable to make provision for every conting ency wich may arise during the terme therof and the parties hereby agree it to their intention that this agreement shall operate between then with fairness and without subtancial and disproportionate prejudice to the to the interests of either, and that if in the course of the performance of this agreement unfairness or substancial and disproportionate prejudice to either party is expected or disclosed, then the parties will use their best endeavors to agree upon such action as may be necessary to remove or modify such unfairness or prejudice ».=

يتضِّح من خلال هذا الشرط وغيره من الشروط[1] التي تتضمن وصفا عاما للمخاطر والأحداث المتوقع تأثيرها على التوازن العقدي أن تعميم وصف هذه المخاطر يرتبط أساسا بالإشارة إلى ما قد تؤدي إليه من اختلال في تنفيذ العقد، مما يدفع المتعاقدين إلى محاولة تجاوز هذه المخاطر عن طريق إعادة التفاوض مجددا.

إلاَّ أنَّه بالمقابل فإنَّ عمومية العبارات المستخدمة في وصف المخاطر الممكن توقعها غالبا ما يطرح مشكلة تفسيرها، إذ أنَّ على الأطراف الاتفاق على مدلول الأحداث التي يمكن أنْ تؤدي إلى عرقلة تنفيذ العقد[2]، فمصطلحات كـ"تغيير أساسي في الظروف" "غير عادل" الواردة في الشروط الآنفة الذكر تحتاج لاتفاق الأطراف على مدلولها.

أمام هذا الإشكال الذي يطرحه هذا النوع من التنظيم الإتفاقي لشرط إعادة التفاوض يتجه متعاملوا التجارة الدولية إلى التدقيق وتخصيص المخاطر التي يمكن أنْ تمس بتوازن عقودهم في مرحلة التنفيذ.

ثانيا: المخاطر الخاصة:

تختلف الحوادث التي من شأنها الإخلال بتوازن العقد في مرحلة التنفيذ لذا يلجؤ متعاملو التجارة الدولية إلى تعداد وحصر الحوادث والمخاطر التي قد يؤدي إلى إعمال الالتزام بإعادة التفاوض.

فتغير ظروف تنفيذ العقد الدولي قد يتمثل في تغير النظام النقدي أو المالي العالمي، كما ينص عليه الشرط التالي:"في حالة حدوث تغيُّرات هامة في النظام النقدي العالمي، والتي من شأنها أنْ تؤدي إلى اختلال في العلاقة بين العملات المعتمدة كمرجع في العقد على المشتري

=V. D. PHILIPPE, Pacta…Op.cit, p. 253.

[1] للإطلاع على المزيد من الأمثلة عن الأحداث العامة أنظر:

P. ACCAOUI. LORFING, Op.cit, p. 107 et s.

[2] Ibid., p. 108.

والبائع الالتقاء في أقرب وقت ممكن لبحث التعديلات الممكنة في إطار اتفاق مشترك، مع الإشارة إلى أنَّ هذه التعديلات ترمي إلى تفادي استفادة أحد الأطراف من ميزة في مواجهة الطرف الآخر جراء هذا الوضع الجديد"[1].

كما يحدد الحدث المخل بالعقد على أنَّه تغيُّر في سعر الصرف الرسمي بين العملات، حيث وردت عبارات شرط من شروط إعادة التفاوض كالتالي:"...في حالة وجود تغيُّر قانوني أو فعلي لسعر الصرف بين الفرنك البلجيكي والفلوران، أو تغير في النظام النَّقدي المعتمد في تحديد الثمن، وإذا توافرت محددات الثمن التي تمنح للأطراف توازنا عقديا شبيها بذلك الذي كان موجودا عند إبرام العقد ..."[2].

كما ورد شرط آخر مفاده:"إذا ما تغيَّرت ظروف العقد كتغيُّر قيمة النَّقد أو إجراءات تمييِّزية أو تغيَّرت اللوائح أو تغيَّرت الرسوم الجمركية بشكل غير ملائم مما يضر بعملية التوريد من طرف "أ" إلى الطرف "ب"، ممَّا يسبب استمرار هذا الوضع ضررا لأحد الطرفين، والذي عليه إخطار الطرف الآخر من أجل الاشتراك في تقييم الوضع، وذلك بُغيَّة الوصول إلى تعديل أحكام العقد بطريقة ملائمة وعادلة بالنَّظر إلى تغير الظروف"[3].

---

[1] « Dans le cas de modifications importantes pouvant affecter le système monétaire international, modifications notamment susceptibles d'entraîner des distorsions sérieuses dans les relations entre les monnaies auxquelles il est références dans ce contrat, l'acheteur et le vendeur conviennent de se rencontre le plus rapidement possible afin d'étudier les modifications éventuelles à apporter d'un commun accord au présent contrat. Il reste entendue que ces modifications auront pour but d'éviter que situations ainsi crée »

V . D. PHILLIPPE, Pacta …, Op.cit, p. 246.

[2] «…En cas de modification dans le système monétaire actuel qui auraient à s'entendre pour adapter le pris. Et s'il y a lieu les éléments de la formule d'indexation du prix de façon à relacer les parties dans une position d'équilibre comparable à celle qui existait au moment de la conclusion de contrat ».

V. Ibid.,. 253.

[3] « If owing to changed circumstances such as changes in monitory values or discriminatory action or regulation or differential customs duties unduly discriminating against the origin from which «A» is then supplying to «B», the=

وهناك من الشروط من يحصر تغيُّر الظروف الاقتصادية في مجال معين، كالشرط الذي يُحدد مجال تغيُّر هذه الظروف بمجال الصناعات البترولية، حيث ينص على أنَّه:"إنَّه من المتفق عليه إذا حدث طيلة مدة تنفيذ هذا العقد تغيُّر في الظروف الاقتصادية والمالية ذات العلاقة بالصناعة البترولية طبقا للظروف في غانا، وشروط التسويق العامة، والتي تمس بالأساس الاقتصاد لهذا العقد"[1]، وكذلك الشرط الذي ينص على أنَّه:"الاتفاق الحالي للقرض تم إبرامه على أساس معطيات قانونية ومالية مطبقة حاليا، وفي حالة تدخل قانون أو لائحة أو تفسير جديد للنصوص المعمول بها حاليا مُعدِّلا للمصطلحات المالية الموجودة في الاتفاق، أو يُؤمِم المؤسسة، فإنَّه على المقترض أنْ يُعلم المقرض بالحدث، ويجب على الأطراف أنْ يتفاوضوا في ثلاث أشهر التالية لهذا الإعلان لتعديل الاتفاق الحالي"[2].

كما قد يتعلق الحدث المفاجئ المؤدي إلى إعمال الالتزام بإعادة التفاوض بالجانب الضريبي، حيث ورد شرط يقضي بأنَّه "تتفق الحكومة والشركة على الالتقاء كل 05 سنوات من أجل تعديل محتمل للنظام الجبائي الخاضعة له الشركة"[3]، أو الشرط الذي يحصر نطاق إعادة التفاوض في مجال عملية الإنتاج وتكاليفها، حيث ورد شرط يقضي بأنَّه:"...إنَّ تغيِّير التكاليف

=continued operation of which is causing undue hardship to either party, that party shall have the position with a view to determining wither revision or modification of the provisions hereof is required and if so what revision or modification would be appropriate and equitable in the circumstances ».

V. D. PHILLIPPE, Pacta…Op.cit, p. 98.

[1] « It is herby agreed that if during the term of this agreement there should occur such change in the finical and economic circumstance relating to the petroleum industry operating conditions in Ghana and marketing condition general as to materially affect fundamental economic financial basis of this agreement ».

V : P. ACCAOUI - LORFING, Op.cit, p. 99.

[2] أشار إليه: شريف محمد غانم، مرجع سابق، ص 42.

[3] «…The government and the company agree to meet evry 8 years with a view to a possible revision of fiscal system applicable to the company ».

V : P. ACCAOUI - LORFING, Op.cit, p. 99.

مهما كانت طبيعتها ... كالزيادة في أسعار المواد الأولية أو أي سبب يؤدي إلى زيادة هامة في تكاليف الإنتاج"[1].

وقد ينحصر نطاق المخاطر في الشرط في مجال المؤسسات المالية للدول، حيث نص شرط من شروط إعادة التفاوض على ما يلي:"...إنَّ وقوع أيَّة حوادث من شأنها المساس بالوظيفة العادية للمؤسسات المالية للدولة (أ)، أو تُعيق عملية الدفع الدوري الخارجي لهذه الدولة"[2].

وبالمقابل قد يتفق الأطراف على حصر المخاطر المتوقعة في جانب قانوني، إذْ ورد شرط يقضي أنَّه: "يعني –تغيُّرات قانونية–:

أ– اعتماد أو إصدار أو تعديل أو إلغاء أو إعادة تفسير بعد تاريخ نفاذ هذا القانون من قبل أية جهة حكومية لأي قانون يتضمن من غير تحديد قرارا يتعارض مع القوانين السارية المفعول بعد تاريخ نفاذ هذا القانون.

ب– فرض جهة حكومية بعد تاريخ نفاذ القانون لأي آجال أو شروط لها علاقة بإصدار أو تجديد أو تمديد أو استبدال أو تعديل أية موافقة، والذي في كافة الأحوال يؤدي إلى زيادة في التكاليف، ويتطلب تعديلا قانونيا ممَّا يجعل المستندات المالية غير قانونية أو غير قابلة للتنفيذ أو باطلة أو غير مفيدة أو تفرض قيودا على بناء أو تشغيل أو صيانة أو تمويل أو ملكية المجمع أو الشركة أو على الثمن المدفوع الذي يصبح أكثر إرهاقا من الحد المعقول، 1/ في الواقع بعد تاريخ النفاذ. 2/ أو المحدد في التطبيقات أو غيرها من المستندات المودعة المتعلقة بمثل هذه

---

[1] « Les modifications des charges de toutes natures, les chausses des matières premières au autres causses conduisant à une aggravation importante des couts de fabrication … ».
M : FONTAINE et F. DELY, Op.cit., P. 503.

[2] « …La survenance d'évènements susceptibles de perturber le fonctionnement normal des institutions financières « du pays x » ou de tout fait pouvant entraver le déroulement ponctuel des payements extérieurs « du pays x » … ».
Ibid., P. 503.

التطبيقات، لأي موافقة تقدمت بها الشركة في أو قبل تاريخ الصفقات التجارية طالما أنّ هذه المتطلبات تتماشى مع قوانين –الدولة– اعتبارا من تاريخ النفاذ. 3/ أو المتفق عليها من قبل الشركة في إطار جملة الضمانات"[1].

بالمقابل توجد من الصيغ التي يتُفَق عليها ما يمزج بين الأخذ بالمخاطر العامة والمخاطر الخاصة، حيث ورد شرط مفاده:"في حالة وقوع أيَّة حوادث مفاجئة غير متوقعة لا تدخل في الإطار الذي توقعه الأطراف، والذي يؤدي إلى اختلاف الأسس الاقتصادية لهذه الصفقة، ممَّا يسبب ضررا لأحد الأطراف، فيجب أنْ يُعالجَ بنفس الروح التي أُبرم فيها العقد من أجل الوصول إلى اتفاق لتعديل الثمن من شأنه وضع الأطراف في توازن مشابه لذلك المحقق أثناء إبرام العقد، ونفس الأمر كذلك في حالة إقرار حقوق جديدة على التصدير أو الاستيراد أو تغيِّير قانوني كان أو فعلي في أسعار الصرف الرسمي الحالية بين الدولار الأمريكي والفرنك البلجيكي

[1] « A « change in law » means :
a) The adoption promulgation modification repeal or re-interpretation after the effective date by any governmental entity of any law « country », without limitation a dicision of a governmental entity after the effective date which (or the effects of wich) amends or confliats with the law of « country » established or in effect as of the effective date, or
b) The imposition after the effective date by a governmental entity or condition in connection with the issurance renwal extension replacement or modification of any consent that in either case contributes to a change in costs, requires a statutory modification, renders the financing documents unlawful, unenforceable, invalid or void or establishes requirements for, or imposes restrictions on the construction, operation, maintenance, financing, insurance or ownership of the complexe or the company, or the prices payable under the agreement, that are more restrictive or more onerous than the most restrictive or most onerous requirement in effect as of effective date, (ii) specified in any applications, or other documents filed in connection with such application, for any consent fild by the company on or before the commercial operations date, so long as such requirements are consistent with the laws of « country » in effect as of the effective date (iii) agreed to by the company in any agreement in the security package »
V.M. FONTAINE et F. DELY, Op.cit., P. 502.

والفلوران...أو تغيير في النظام النقدي الحالي والذي يؤدي إلى اختلال اقتصاد العقد"[1]، فمن خلال هذا الشرط يتضح المزج بين المخاطر العامة والخاصة، حيث تم النص بأسلوب عام تدخل فيه جميع الحوادث غير المتوقعة، والتي تؤدي إلى اختلال توازن العقد في مرحلة تنفيذه، ثم تلاه التخصيص على حوادث أخرى تدخل في دائرة المتوقع من قبل أطراف العقد؛ وإنْ كان بعض الفقه[2] يرى الشرط موضوع المثال يدخل في خانة الشروط التي يورد فيها الأطراف مخاطر خاصة لتطبيق مخاطر عامة.

وبمقابل هذا التركيز على المخاطر والأحداث التي من المتوقع إخلالها بتنفيذ العقد قد يلجؤ المتعاقدون إلى مقاربة أخرى تمكنهم من إعادة التفاوض في العقد، وذلك بالتركيز على درجة تأثير الحدث hardship على توازن العقد في مرحلة التنفيذ.

الفرع الثاني: عدم توقع الحدث و استقلاله عن إرادة أطراف العقد.

إنَّ إعمال شرط إعادة التفاوض يقتضي ألا يتم توقع الحدث المخل بالعقد من قبل أطراف العقد عند إبرامه(أولا)، كما يُشترط فيه أنْ يكون مستقلا عن إرادة هؤلاء الأطراف(ثانيا).

---

[1] « En cas de survenance d'événements imprévisibles ou exclus par les prévisions qu'ont admises les parties, qui auraient pour effet de bouleverser les bases économiques du présent marché au préjudice de l'une ou l'autre des parties, celle-ci auraient dans le mêmes esprit que celui à présidé à la conclusion des présentes, à se mettre d'accord sur une adaptation du prix existait au moment ainsi en cas d'application de nouveau droit d'exploitation ou d'importation et en cas de modification de droit ou de fait dans les parties officielles actuelles de Dollar USA du Franc Belge et du Florin…ou de changements dans le système monétaire actuel qui auraient pour effet de bouleverser l'économie du contrat ».
D. PHILLIPPE, Op.cit, p. 252.

[2] P. ACCAOUI - LORFING, Op.cit, p. 93.

أولا– عدم توقع الحدث .

إنَّ عدم التوقع كشرط في الحدث المخل بتوازن العقد عرفته القوانين الداخلية، كما عرفه قانون التجارة الدولية، إذْ أنَّ العديد من شروط إعادة التفاوض الواردة في عقود التجارة الدولية أشارت إلى خاصية عدم التوقع الحدث المخل بالعقد عند إبرامه.

وإذا كان عدم التوقع يعني أنَّ وقت حدوث الحدث يلي مرحلة إبرام العقد، فإنَّ غرفة التجارة الدولية في شرطها النموذجي لإعادة التفاوض لسنة 2003، أجازت لأطراف العقد أنْ يُدرجوا الأحداث التي من شأنها الإخلال بتوازن العقد بالرغم من حدوثها وقت إبرام العقد، شريطة عدم علمهم بها[1].

وتبعا لذلك فإنَّه يُشترط أنْ يخرج الحدث من دائرة توقع الأطراف عند إبرام العقد[2]، وذلك باعتبار العقد أداة للتوقع، حيث أنَّ هذه الفكرة ليست غريبة عن القوانين الداخلية[3]، إذْ يعمد متعاملوا التجارة الدولية إلى تضمين شروط إعادة التفاوض الإشارة إلى عدم توقع الأحداث التي تمس بتوازن عقدهم في مرحلة تنفيذه، حيث قضى شرط بأنَّه:"يعتبر الأطراف بأنَّه بالنظر إلى المدة التي يستغرقها تنفيذ هذا العقد فإنَّ ظروفا غير معروفة عند إبرام العقد..."[4].

---

[1]-« l'application de la clause n'est pas limité aux situations dans lesquelles l'événement rendant excessivement onéreuse l'exécution survient après la conclusion de contrat. Ici encore, le groupe de travail n'a pas souhaité une telle limitation, en raison du fait qu'une partie peut vouloir invoquer la clause à raison d'un événement dont telle ne connaissait pas, et n'aurait pu connaitre, l'existence au moment de la conclusion du contrat. »

V. clause de force majeure, clause de hardship ICC 2003, publication CCI2003, p .17.

[2] . N-E, TERKI, les clauses de force majeure et de hardship, RASJEP, 2010/2, p. 12

[3]- يعتبر القانون الفرنسي من أكثر القوانين تركيزا على فكرة "العقد أداة للتوقع"، ما أدى به إلى تجاهل فكرة تغير ظروف تنفيذ العقد، كما ستشير إليه الدراسة لدى التعرض إلى معوقات تبني فكرة إعادة التفاوض في القوانين الداخلية، انظر الصفحة المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الثاني.

[4]- «….les parties considèrent qu'en raison de la durée pendant laquelle le présent accord sera en vigueur, des circonstances inconnues des parties au moment de signature…»

V. M. ALMEIDA PRADO, le Hardship…Op.cit, p. 132

أو الشرط الذي قضى بأنَّه:"في حالة تغير النظام الاقتصادي أو المالي كما هو عليه في 01 جانفي 1998، بطريقة غير متوقعة في 01 جانفي 1998 ..."[1]

وإنْ كان هذان الشرطان قد أشارا صراحة إلى ضرورة عدم توقع الحدث، فإنَّ بعض شروط إعادة التفاوض تتضمن عبارات أخرى تفيد معنى عدم التوقع، كعبارة "غير معقول" "raisonable"، حيث قضى شرط إعادة تفاوض بأنَّه:"إذا طرأ أيُّ حدث خارج عن إطار رقابة كل من الوزارة والشركة صاحبة الامتياز بغض النظر عما إذا كان هذا الحدث قوة قاهرة أو عمل حكومي مادي سلبي كما هو موضح في الشرط رقم 18.4، أين يجب ألاَّ يكون من المعقول توقعه عند إبرام عقد الامتياز"[2].

أو الشرط الذي قضى بأنَّه:"من المسَّلم به أنَّ تغييِّرا أو تقويما كهذا أمر ضروري للأخذ بعين الاعتبار أي تغيُّر ناتج عن ظروف كان من غير المعقول توقعها من قبل الأطراف في حالة أول مراجعة منذ إبرام هذا العقد..."[3].

كما قضى شرط آخر بأنَّه: "عند استلام هذا الإشعار على المستخدم إنْ رأى أنَّ أيَّ معوّقات أو ظروف ليس من المعقول توقعها من قبل متعاقد خبير..."[4]، حيث يتضح من خلال

---

[1]- « en cas de modification des conditions d'ordre économique ou financier telle qu'elles existent au 1er janvier 1998 (une modification des conditions économiques), imprévisibles au 1 janvier 1998…»
V. M. ALMEIDA PRADO, le Hardship…Op.cit.,p 132

[2]-« should the occurrence of any event beyond the reasonable contrôle of either the ministry or the concession company, otherthan an event of force majeure and otherthananymaterial adverse gouvernmental action, as such terme is defined in clause 18.4, wich occurrence could not have been reasonably foreseen on the effective date of the concession contract, » V. Ibid, p.192.

[3]- «providedthatsuch change, or ad justement is necessary in order to take in accountany change as a result of circumstances wich could not have been reasonably anticipated by the parties, in the case of the first review at the time of entering into this agreement,… »V. Ibid,p. 132.

[4]- « on receipt of such notice, the employer shall, if in his opinion such obstructions or conditions could not have been reasonably foreseen by an experienced contractor … »
V. Ibid, p .133.

ذلك، وكما لاحظ الأستاذ OPPETITE أنَّ:"الصيغ المعتمدة في الشروط تهدف إلى تقدير سلوك المتعاقد الذي يثير مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد، أي في الحقيقة النظر إلى مدى إمكانية الطرف المعني في تفادي الحدث أو على الأقل تفادي آثاره، وذلك بالنظر إلى سلوك المتعاقد الحذر والعقلاني"[1].

وبالمقابل فإنَّ مسألة عدم توقع الحدث المخل بالعقد تعرَّضت له غرفة التجارة الدولية CCI من خلال الشرط النموذجي الذي وضعته لشرط إعادة التفاوض، إذْ نصت في البند الأول من مقترحاتها على أنَّه:"في حالة وقوع أحداث غير متوقعة من الأطراف من شأنها أنْ تُعدِّل بشكل أساسي توازن العقد،..."[2]، بمعنى وقوع أحداث لم يكن بوسع أطراف العقد توقعها أثناء إبرام العقد.

كما تعرَّضت اتفاقية فينا لسنة 1980 الخاصة بالبيع الدولي للبضائع إلى هذا الشرط ولكن فقط للإعفاء من المسؤولية بسبب القوة القاهرة من خلال نص المادة 1/79.[3]

وبدوره فإنَّ القضاء التحكيمي قد أشار إلى شرط عدم التوقع، حيث أنَّ غرفة التجارة الدولية في القرار رقم 2708 الصادر سنة 1986، وإنْ كانت رفضت فيه تأثير تغير ظروف العقد باعتبار أن القانون الفرنسي لا يعترف بهذه المسألة لكونه القانون الواجب التطبيق، إلاَّ أنَّ الأستاذ Y.DERAINS في تعليقه على هذا القرار رأى أنَّ:"القراءة المتأنية لتسبيب هذا الحكم توضح أنَّ دور القانون الفرنسي في هذه القضية كان محدودا، ويرجع ذلك إلى أنَّ المحكمين قد أشاروا إلى أنَّ ضرورات وواقع التجارة الدولية لا يسمحان بمخالفة مبدأ القوة الملزمة

---

[1]- « les formules employées par les clauses étudiées tendent à objectiver l'appréciation du comportement de la partie qui invoque la survenance de « hardship », en effet, on vérifiera si véritablement la partie intéressé se trouvait ou non en mesure de parer au changement de circonstances ou tout au moins aux conséquences de ce changement par référence à la conduite qu'aurait eu en pareil cas un opérateur prudent et raisonnable »
V. B.OPPETIT,Op.cit,p.802et p.803.

[2]-أشار إليه: محمد شريف غنام، المرجع السابق، ص 235

[3]. 1/79المادة:" وأنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد..."

للعقد–مهما تطورت الظروف الخارجية–الأمر الذي لا يجب ترجمته على أنه تفسير للقانون الفرنسي بل على أنّه تبرير منفصل للحل الذي تم أقراره...

فمن بين الاعتبارات التي أشار إليها القرار في ذلك أنّ توقع بعض تطورات الظروف أمر ليس بالغريب في مرحلة إبرام العقود ذاتها، حيث توقع الأطراف أنّ سعر المنتوج المباع أو قيمة بعض العملات ستكون محل تغيرات بما يعود عليهم بالفائدة، إذن تندرج في ظل هذا النوع من العمليات ذات الطابع المفاجئ في تغيرات إطار تنفيذ العقد في النطاق التعاقدي لمفاوضاتها–قبل إبرام العقد–"[1].

إلاَّ أنَّ شرط عدم التوقع المطلوب لإعمال الالتزام بإعادة التفاوض قُوبِل بالانتقاد[2] على أساس صعوبة تحديده، إذْ أنَّ عدم توقع حدث ما من قبل المتعاقدين قد يتم توقعه من قبل متعاقدين آخرين لهم نفس الصفة وفي نفس الظروف التي تم فيها إبرام العقد[3]، غير أنَّ عدم التوقع المشترط في الحدث المخل بالعقد ليس المراد به وجود حدث متوقع وآخر غير متوقع بطبيعته فعدم التوقع أمر نسبي و ليس مطلق[4].

---

[1]. « Une lecture attentive de la motivation de la décision montre cependant que droit français n'y joue qu'un rôle réduit. Le souci qu'ont les arbitres de souligner que les nécessités et les pratiques de la vie commerciale ne permettent pas que soit porté atteinte au principe sacro-saint de la force obligatoire des contrats- quelle que soit l'évolution des circonstances extérieures- ne doit pas être interprété comme une explication du droit français, mais comme une justification autonome de la solution qui en découlé,…

L'une des ces considérations, exprimée en premier dans la sentence, est qu'une certaine prévision de l'évolution des circonstances n'est pas toujours étrangère à la conclusion même des contrats. Les parties ont eu l'espoir que le prix du produit vendu ou le cours de certaines monnaies serait l'objet de variations dont elles tireraient un avantage. Dans ce type d'opération de caractère spéculatif, les modifications du cadre d'exécution du contrat entrent indiscutablement dans le champ contractuel de sa négociation. »

V. Sentence de la CCI n°. 2708/1976, Rec.sent.arb., de la CCI 1974-1985, p. 297-298

[2]. مثل الأستاذين A.GORNI و M.BOUGHABA

[3]. M.ALMEID PRADO, le Hardship…Op.cit, p. 133

[4]. رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1944، ص473

ثانيا– استقلال الحدث عن إرادة الأطراف Extériorité

إنَّ استقلال الحدث المخل بالعقد عن إرادة الأطراف العقد أمر مسلم به في قانون التجارة الدولية[1]، حيث أنَّ شروط إعادة التفاوض التي تمت دراستها تستعمل غالبا عبارة "أحداث خارجة عن إطار رقابة الأطراف[2]"، إذْ قضى شرط بأنَّه:"في حالة تغيُّر الظروف الاقتصادية أو السياسية أو التقنية غير متوقعة من قبل الأطراف عند إبرام العقد، وخارجة عن إطار رقابتهم..."[3]، كما قضى شرط آخر بأنَّه:"يتفق الأطراف أنَّه طيلة مدة تنفيذ هذا العقد فإنَّه من الممكن أنْ تتغير الظروف التقنية والاقتصادية تغيرا جوهريا ودائما...خارجة عن إطار رقابة الأطراف وغير متوقعة عند إبرام العقد..."[4].

ولقد ترجم الفقه[5] شرط استقلالية الحدث بفرض التزامين اثنين على أطراف العقد الأول، يتمثل في وجوب أنْ يتخذ الطرف المتضرر من تغير ظروف العقد نتيجة حدث الـ hardship للإجراءات المعقولة من أجل تفادي هذا الحدث أو تفادي آثاره، بينما يتمثل الالتزام الثاني في عدم توقف هذا المتعاقد من تنفيذ التزاماته بالرغم من وقوع الحدث[6].

وبالرغم من بساطة شرط استقلالية الحدث عن إرادة أطراف العقد، إلاَّ أنَّه قد أثار التساؤل عن كيفية تقديره هل يتم ذلك بالرجوع إرادة الطرف المتضرر (المعيار الشخصي) أم بالنظر إلى نشاطه (المعيار الموضوعي).؟[7]

---

[1]- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص272.

[2]- « Echappent au contrôle des partie »
V. R.ALACHKAR, Op.cit, p. 117.

[3]- « Au cas de circonstances économiques politiques ou techniques imprévisible pour les parties au moment de la conclusion du contrat et échappent à tout contrôle de leur part …»
V.M.ALMEIDA PRADO, Op.cit, p 134.

[4]- « The parties are aware that during the terme of this contract there maybe substantial lasting technical and economical changes beyond the parties contrôl, … »V.Ibid,p. 134.

[5] B. OPPTITE, Op.cit, p.801

[6]- R.ALCHKAR, Op,cit, p.117.

[7] .محمد شريف غنام، مرجع سابق، ص . 284

فالمعيار الشخصي يقوم على استقلالية الحدث عن إرادة الأطراف، إذْ لا تشارك هذه الإرادة بأي شكل وفي أي وقت في إحداث الفعل المخل بتوازن العقد في مرحلة تنفيذه، حيث قضى شرط إعادة التفاوض بأنَّه:"تعتبر بمقتضى هذا الشرط مستقلة عن إرادة الأطراف الأحداث غير الناتجة عن خطأ الطرف المتمسك به"[1].

أما المعيار المادي فيقوم على أساس عدم ارتباط الحدث المخل بالعقد بنشاط الطرف المدين، أيْ"أن يكون الحدث مستقلا عن أنشطة المدين بالالتزام، وهذا ما يعكس أهمية شرط الاستقلالية وفعاليته في مجال المسؤولية العقدية "[2].

وتميل قواعد قانون التجارة الدولية إلى الأخذ بالمعيار الشخصي لما في إعمال المعيار الموضوعي من تضييق لمجال تطبيق شرط التفاوض، إذْ يستلزم هذا المعيار استقلالية الحدث عن إرادة المدين إضافة إلى استقلاليته عن ميدان عمل هذا الأخير[3]، وهذا ما تضمنه الشرط النموذجي لغرفة التجارة الدولية بخصوص الـ hardship، وكذا اتفاقية فينا لسنة 1980 بخصوص القوة القاهرة، ومبادئ القانون الموحد Unidroit.

وتبعا لذلك فإنَّ استقلال الحدث عن إرادة المدين أو الطرف الذي يتمسك به يُترجَم بعدم ارتكاب أي خطأ من شأنه التسبب في حدوثه، إذْ لا يُتصور أنْ يستفيد المتعاقد من تغيُّر الظروف بسبب خطئه لإعمال إعادة التفاوض[4]، ولقد عبَّر عن هذا المعنى الأستاذ REINE بقوله أنَّه:"يجب على المتعاقد الذي يتمسك بتغير ظروف تنفيذ العقد أنْ يتصف

---

[1] « Sont indépendantes de la volonté des parties au sens de cette clause les circonstances qui ne résultent d'une faute de la partie qui les invoque »
V.R.ALACHKAR, Op.cit, p. 118.

[2] محمد شريف غنام، المرجع السابق، ص. 284

[3] نفس المرجع، ص.284

[4] نفس المرجع، ص.288

بالحذر والعقلانية"[1]، أي أنْ يسلك سلوكا سلبيا يتمثل في عدم التسبب في هذا التغير، وسلوكا ايجابيا يتمثل في عدم ارتكابه أي خطأ من شأنه أنْ يؤدي إلى وقوع هذا الحدث[2].

يُشار إلى أنَّ الفقه الأمريكي يميل إلى استعمال مصطلح الاستحالة Impossibility للتعبير عن شرطي عدم توقع واستقلالية الحدث[3].

بالمقابل فإنّ إعمال إعادة التفاوض بشأن العقد في مرحلة تنفيذه لا يستدعي فقط تغير ظروف تنفيذه فحسب، بل أن يؤثر هذا التغير على توازن العقد.

المطلب الثاني: أثر تغير ظروف تنفيذ العقد.

لقد وردت عدّة شروط لإعادة التفاوض تُظهر وجود صيغ تعاقدية يميل فيها متعاملو التجارة الدولية إلى التركيز على أثر الحدث المخل بتوازن العقد أثناء تنفيذه، إذْ أنَّ إعمال الالتزام بإعادة التفاوض طبقا لهذه المقاربة يتوقف على تحديد مدى هذا التأثير.

غير أنَّ شروط إعادة التفاوض التي تمت دراستها من قبل الفقه[4]، تُبيِّن عدم وحدة المعايير المعتمدة من قبل متعاملي التجارة الدولية في تحديد مدى هذا الأثر، فمن الشروط ما يعمد إلى الإشارة إلى "اختلال توازن العقد" كمحدد لهذا الأثر(أولا)، ومنها ما يُؤسس هذا التأثير على مدى صيرورة التزام أحد الأطراف مرهقا له(ثانيا).

الفرع الأول– اختلال توازن العقد.

تعتمد شروط إعادة التفاوض في العقود الدولية الحديثة على الإشارة إلى أثر حدث الـ hardship، ومن أمثلة هذه الشروط:

---

[1] حياة محمد أبو النجا، الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2004، ص.217

[2] R.ALLACHKAR, Op.cit, p. 118.

[3] H. ULLMANN, Op.cit, p. 894.

5 إنَّ الدراسة التي قام بها الأستاذ M. ALMEIDA تعد الأحدث من خلال جدية شروط إعادة التفاوض المدروسة، ذلك أنَّه اعتمد على جمع أكبر قدر من هذه الشروط من خلال طرح استبيان على متعاملي التجارة الدولية.

- "في حالة تغيرات في الظروف...مما ينتج عنه اختلال اقتصاد المشروع..."[1].
- " في حالة وقوع أحداث...تخل بتوازن العلاقات بين الأطراف"[2].

من خلال هذه الشروط يبدوا أنّ أهم ما يترتب عن وقوع حدث الـ hardship هو اختلال توازن العقد الذي يوصف بأنه اختلال جوهري la substantialité du bouleversement contractuel يمس اقتصاد العقد[3]، إذْ أنّ من شأن ذلك أنْ يؤدي إلى ضرر يلحق بأحد المتعاقدين من جراء هذا الظرف يتجاوز الحد المعقول الذي من المفترض أن يكون قد قَبِلَه عند إبرام العقد[4]، بل إنَّ من شروط إعادة التفاوض ما يشير إلى كفاية أنْ يتسبب تغير الظروف في اختلال العقد بغض النظر عما إذا كان متوقعا[5].

---

[1]- « En cas de modification des conditions…ayant pour conséquence de bouleverser l'économie du projet…»
V. M.ALMEIDA PRADO, le Hardship…Op.cit, p. 136.

[2] «Au cas où des circonstances…bouleversaient l'équilibre des relations entre les parties »
V. Ibid, p. 136

[3]. عرَّف الأستاذ D. PHILIPPE اقتصاد العقد على أنه "مجموعة القواعد التي تحكم تركيبة العقد"
« L'ensemble des loi-aux sens matériel- qui régissent la structure du contrat. »
V. D.PHILLIPPE, changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle, Bruxelles, Bruylant, 1986, p.638
وانظر كذلك في هذا المعنى:
F. MAGAR, ingénierie juridique: pratique des clauses de rencontre et renégociation, RD, 2010, p. 1959 et S.

[4]-تقوم فكرة العقد سواء في قانون التجارة الدولية أو في القوانين الداخلية على فكرة مؤداها أن المنفعة التي تعود على المتعاقدين جراء هذا العقد ليست متساوية إذ يتحمل أطراف العقد ذلك التفاوت البسيط في الربح الناتج عن العقد.

[5]. :« Au cas ou se produisent des variations très importantes dans les conjoncture ou des modifications très notables dans les conditions économiques »
V. P. MOISON, Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrat internationaux, « les cas de force majeure et d'imprévision », les cahiers de droit, VOL.35,N°2,1994, p.322

غير أنَّه وإنْ كان اختلال توازن العقد كأثر لتغير ظروف التنفيذ أمر مسلم به في شروط إعادة التفاوض التي تشير إليه، إلا أنَّها لم تتضمن معيارا محددا في تقدير مدى هذا الاختلال[1]، إذ قد تعمد إلى إعمال معيار شخصي(أ) أو إلى معيار موضوعي(ب).

أولا–المعيارالشخصي في تقدير اختلال توازن العقد:

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

- "يجب إعادة التفاوض عندما يؤدي التنفيذ الحالي للعقد إلى نتائج غير عادلة بالنسبة لأحد المتعاقدين"[3].
- "...إنَّ تطبيق هذا الاتفاق كما هو عليه يؤدي إلى نتائج غير عادلة بالنسبة للمتعاقدين أو لأحدهما..."[4].
- "...إذا تحمل أحد الأطراف ما لم يكن بشكل عادل أنْ نطلب منه تحمله...سوف يتفق الأطراف على تعديل شروط العقد الحالي ليلاءم الموقف الجديد بشكل عادل للطرفين"[5].
للطرفين"[5].
- "...مشقة أو عدم عدالة غير مبررة..."[6].

---

[1]. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.80.

[2]. . محمد شريف غنام، مرجع سابق، ص.152

[3]. أشار إليه: محمد شريف غنام، المرجع السابق، ص159

[4] «…telle que l'application de la présente convention aboutirait à des conséquences inéquitable pour l'une ou l'autre des parties…»
V. M.FONTAINE et F.DELY, Op.cit, p. 508.

[5] . أشار إليه: شريف محمد غانم، المرجع السابق، ص.160
كما أشار إليه:
B.OPPETIT, Op.cit, p.803. «…l'une des parties aurait à subir des rigueurs que l'on ne pourrait pas équitablement lui demander de supporter,…les parties se mettraient d'accord pour adapter les conditions du présent contrat à la nouvelle situation d'une façon équitable pour les deux contractants. »

– "...من أجل الحفاظ على الطابع العادل لهذا الاتفاق"[1].

وإلى جانب هذه الشروط فقد أشارت القرارات التحكيمية إلى المعيار الشخصي، إذْ قضت هيئة تحكيم أنَّ:" اختلال التوازن الذي يجيز تعديل العقد يشير إلى ظروف مختلفة، منها تغيرات جوهرية في الظروف المحيطة بالعقد تؤثر في التنفيذ المتبادل لالتزامات المتعاقدين أنفسهم، بحيث تجعل التزامات أحدهم غير معقولة وغير عادلة بالنسبة لالتزامات المتعاقد الآخر"[2].

وتبعا لذلك فإنَّ المعيار الشخصي يقوم على النَّظر إلى الظروف الشخصية للمتعاقد المتضرر من تغير ظروف تنفيذ العقد، وذلك من خلال إعادة التفاوض لرفع عدم العدالة الظاهرة فهو لا يُراد به إعادة التوزيع الحسابي لالتزامات المتعاقدين[3]، إذْ يُعبَّر عنه غالبا بعبارة "عدم عدالة" لما في هذا المصطلح من احتواء لهذه الظروف الشخصية.

ثانيا–المعيار الموضوعي في تقدير اختلال توازن العقد.

يقوم المعيار الموضوعي على عدم النظر إلى الظروف الشخصية للمتعاقد المتضرر بسبب اختلال توازن العقد و إنما على مدى التغير الذي طرأ على شروط العقد ككل، أي أنْ يكون هذا الاختلال "معتبرا"[4]، إذْ يُقاس ذلك "بمعيار مجرد in Abstracto قِوَامُه وضع شخص معتاد في نفس ظروف المدين المتعاقد لمعرفة قدر الضرر الذي أصابه من جراء اختلال توازن العقد"[5].

وتبعا لذلك فقد أعملت العديد من شروط إعادة التفاوض هذا المعيار في تقدير اختلال توازن العقد، عددها الأستاذ FONTAINE وDELY، منها[6]:

---

[6] «…undue hardship or inequety...»
V. M.FONTAINE et F.DELY, Op.cit, p.508

[1] « … in order to restore the equitable charachter of this agreement ».
V.B.OPPETIT, Op.cit, p.803.

[2] أشار إليه: شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص. 159

[3] نفس المرجع، ص. 159

[4] أنظر في هذا المعنى:
M.FONTAINE et F.DELY, Op.cit, p.507

[5] شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص. 157

[6] M.FONTAINE et F.DELY, Op.cit, p. 507.

- "...اختلال أساسي للمراكز المرتبطة بالأطراف..."[1].
- "...تكاليف جد معتبرة مقارنة بتلك التي توقعها عند إبرام العقد الحالي..."[2].
- "...اختلال أساسي في اقتصاد..."[3].
- "... ضرر أساسي وغير ملائم لكلا الطرفين..."[4].
- "...من أثره أن يستفيد أحد الأطراف من مزايا لا تتناسب مع التزامه..."[5].
- "...ضرر مادي فادح..."[6].
- "...من أثره الإخلال باقتصاد العقد..."[7].

وتبعا لذلك يظهر من خلال هذه الشروط أنَّ المعيار الموضوعي، المتمثل في تقدير الاختلال توازن العقد، يستند على قِيَّم حسابية في الموازنة بين التزامات أطراف العقد لمعرفة مدى الضرر الذي لحق بأحدهما أو كلاهما، فكما يقول الأستاذ BARBIERT:"إنَّ الحساب السالب في ميزان الأداءات يعتبر نقطة البداية لتبرير إعادة التوازن"[8].

وبالمقابل قد يلجؤ متعاملو التجارة الدولية إلى تحديد مدى اختلال توازن العقد بنسب عددية، كالشرط الذي يقضي بأنَّه:"في حالة ارتفاع الزيت بنسبة أكثر من ستة فرنكات للوحدة

---

[1]- «…une rupture appréciable de la position relative des parties…»
[2] «…des changes sensiblement plus lourds que celles prévues à la signature de présent contrat…»
[3] «… substantial économic hardship…»
[4] «…substantial and disproportionate préjudice to either party…»
[5] «…pour effet que l'une des parties retire de présent des contrat des avantages hors de de proportion avec ses obligations…»
[6] «…un préjudice matériel exagéré…»
[7] «…pour effet de bouleverser l'économie…»
[8] في قضية SHELL ضد EDF.
أشار إليها:
شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص. 157

الأساسية سوف يتفاوض الأطراف لفحص أثر هذه الزيادة على شروط العقد، سواء تعلق الأمر بشرط الثمن أو بأي شرط آخر"[1]، وفي بعض الحالات تقتصر شروط إعادة التفاوض على تحديد البند الذي قد يرد عليه التغيير دونما تحديد لنسبة معينة، وإنْ كان هذا التغير يتم حسابيا، كالشرط الذي نص على أنَّه:"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 للإعادة التوازن"[2].

ويظهر من خلال هذين الشرطيْن ميل متعاملي التجارة الدولية إلى الاتفاق على تقدير درجة الاختلال العقد تفاديا لترك تقدير ذلك إلى القضاء، إذْ أنَّ عدم وحدة واختلاف المعايير–المعيار الموضوعي والمعيار الشخصي– يؤدي إلى فتح المجال أمام قضاة الموضوع لاعتماد أحدهما[3].

وتبعا لذلك وأمام تعدد هذه المعايير فإنَّ جانبا من الفقه[4] يرى أنَّ صفة "الجوهرية" التي يتصف بها اختلال توازن العقد la substantialité de la rigueur يجب النَّظر إليها من خلال مجمل الأداءات العقدية، وكذا بالنَّظر إلى ظروف كلا المتعاقدين، إذْ أنَّ اختلال توازن العقد، وإنْ أضر بأحدهما، فإنَّه أيضا سيتسبب في منفعة للمتعاقد الآخر؛ ومن ناحية أخرى فإنَّ

---

[1] D.PHILLIPPE, les clauses relatives au changement de circonstances dans les contrats à long terme, Après midi d'étude du 27 janvier 2009, publiée sur le site :www.phillippe.law.En, p18 :« les parties se rapproche pour examiner éventuellement les modifications à apporter au contrat (prix ou autre clause) si le fuel.oil ordinaire rendue à destination venait à subir une hausse de six francs par rapport à la voleur initiale ».

[2] أشار إليه: محمد شريف غنام، المرجع السابق، ص.160

[3]. يرى الأستاذ PASCAL.ACCAOUI-LORFING أن درجة تقدير اختلال توازن العقد كأثر لحدث Hardship يجب أن يترك لقضاة الموضوع.

«Il s'agit d'une question de fait laissé à la seul appréciation des juges du fond.»

V. P.ACCAOUI-LORFING, Op.cit., p.79

[4]. مثل الأستاذ R.ALACHKAR والأستاذP.ACCAOUI-LORFING

مسألة تقدير اختلال توازن العقد نتيجة تغير ظروف تنفيذ عرفتها التشريعات الداخلية التي أخذت بنظرية الظروف الطارئة[1].

وبالرغم من اعتماد نظرية الظروف الطارئة على المعيار الموضوعي فإنَّ فقه التجارة الدولية يقوم لدى معالجته لمسألة أثر حدث الـ hardship، أي تقدير اختلال توازن العقد لإهمال الالتزام بإعادة التفاوض، بتقريب ذلك إلى نظرية الفشل التعاقدي في القانون الإنجليزي the frustration، واستحالة التنفيذ في القانون الأمريكي the impractieability of performance، واللتان تعتمدان أيضا على المعيار الموضوعي في تقدير اختلال توازن العقد[2].

ويبدوا أنَّ سبب ذلك يرجع إلى كوْن نظرية الظروف الطارئة تقيم تدخل القاضي لمعالجة اختلال توازن العقد على العدالة وحسن النية[3]، وهي مقاربة لا تنبني عليها فكرة إعادة التفاوض وإنْ احتوتها، إذْ أنَّ أساس معالجة اختلال توازن العقد في إطار إعادة التفاوض أساس اقتصادي، والذي يمثل بدوره أساسا لنظريتي الفشل التعاقدي واستحالة التنفيذ في النظام الأنجلوسكوني، حيث يقول الأستاذ B.OPPETIT أنَّه:"لا تُقدَم نظرية الفشل التعاقدي على أنَّها نظرية أساسها العدالة، إذ لا يتعلق الأمر بإنقاذ أحد المتعاقدين الذي تضرر بفعل تغير ظروف تنفيذ العقد، بل يجب بصورة موضوعية أن يؤدي تغير الظروف إلى الإخلال الظاهر باقتصاد العقد بحد ذاته..."[4].

---

[1] . نص المادة 107ف3 ق م ج والمادة 147 ف2 ق م م، وسيتم الرجوع إلى هذه النصوص لدى مناقشة فكرة إعادة التفاوض في القوانين الداخلية، انظر الفصل الأخير من الباب الثاني من هذه الدراسة.

[2] .سيتم تناول هذين النظريتين لدى التعرض إلى معوقات الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في القوانين الداخلية، انظر المبحث الثاني من الفصل الأخير من هذه الدراسة.

[3] . يرى الأستاذ تركي نور الدين أنه كان أساس نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري يقوم على أساس ضمان سير المرفق العام، فإن أساسها في نطاق عقود القانون الخاص هو مبدأ حسن النية و العدالة، انظر:
N.TERKI, l'imprévision et contrat international dans le code civil Algérien, D.P.C.I., 1982, T.8, N° 1, p.12

[4] « la doctrine de "la frustration of the contract" ne vaut pas se présenter comme une doctrine d'équité, il ne s'agit pas de porter secours à une partie, que les circonstances =

وتبعا لذلك تبدوا أهمية الممارسة التعاقدية في تقرير فكرة إعادة التفاوض من خلال الأخذ بعين الاعتبار الأساس الاقتصادي، وذلك ما يُقرِّبها من نظرية الفشل التعاقدي واستحالة التنفيذ، على عكس نظرية الظروف الطارئة التي تقوم على فكرة العدالة، إذْ تعد أساسا منطقيا لتدخل القاضي، ولكن على أساس تشريعي، أي نص المادة 107 ق م ج[1] و147 ق م م.

وبذلك يبدوا مدى تأثر قانون التجارة الدولية بالأسس التي تُعتمد في القانون الأنجلوسكسوني في نطاق مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد، والقائمة على الأخذ بعين الاعتبار الحلول الاقتصادية الواردة في شكل ممارسات عقدية من قبل المتعاقدين، كآلية لإيجاد حل عادل لهذه المسألة، على خلاف القوانين ذات النزعة اللاتينية التي تسعى إلى إيجاد حل لمشكلة تغير ظروف العقد خارج أطراف العلاقة العقدية، بإتاحة الفرصة للقاضي من أجل تحقيقها، كما هو عليه الحال بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة.

الفرع الثاني: التنفيذ المرهق للالتزامات العقدية L'excessive onérosité

قد يشترط لإعمال الالتزام بإعادة التفاوض أنْ يترتب عن تغير ظروف تنفيذ العقد الدولي أنْ تصير التزامات أحد الأطراف مرهقة له، إذْ لا يمكنه تفادي الحدث المخل بتوازن العقد، ويتم تحديد مدى إرهاق المتعاقد في تنفيذه لالتزاماته بالنظر إلى محددين اثنين: إما بزيادة تكاليف تنفيذ الالتزامات، أو بانخفاض قيمة مقابل الأداء.

وتشير الكثير من الشروط إلى أنَّ أثر الحدث المخل بالعقد يتمثل في أنْ يصير تنفيذ العقد مرهقا لأحد أطرافه نذكر منها[2]:

=ont mise l'embarras et risque conduire à la ruine. Il faut que objectivement le changement intervenu affect la signification économique même du contrat »
V. B.OPPETTIT, Op.cit, p. 804.

[1] . الأمر 75-58، المؤرخ في 26، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج رع 78، سنة 1975

[2] . ذكرها الاستاذ آلميدا في إطار استبيانه الذي قام به:
M. AMEIDA PRADO, Op.cit, p.p 137et 138

-"...وإذا أدَّت هذه التغيُّرات إلى عبء اقتصادي جوهري ومستمر لأحد أو كلا المتعاقدين على الأطراف التحادث..."[1].

- "يحدد الحدث الذي يتسبب في تأخير تنفيذ الالتزام طبقا لهذا العقد كالتالي:

أ-....

ب- الحدث الذي ليس من المعقول توقعه ولا تفاديه من قبل المتعاقد بدون أن يحمّله تكاليف غير معقولة..."[2]

-"...وأيُّ سبب من شأنه زيادة التزامات المصنع بأكثر من 20% مقارنة بالتزامه الأصلي، لذا فإنَّه على المصِّنع أنْ يطلب مراجعة مناسبة..."[3].

-« يمكن لمالك المقاولة في أي وقت بين 01 جانفي و31 جانفي من كل سنة، أو في أي وقت من السنوات التالية 1993،1998،2003، تقديم تقرير مفصل يبرز فيه التغيُّر...

جـ الزيادة في الوحدة المرجعية للثمن.

من الضروري على الطرف الذي يدّعي التغيير أو التعديل أو الزيادة أنْ يتقدم من أجل الأخذ بعين الاعتبار، أي تغير في خريطة الألغام كأثر لتغير الظروف التي لم يتم توقعها من قبل

[1] « …and if these changes result in a substantial and sustained économic burden to one or both of the parties, the parties will discuss.. »

[2] « A delay in the performence of on obligation under this contract, which is caused by an event characterized by all of the following :
A)…
b) one that could not have been reasonably foroseen and prevented by the contract or without incurring unreasonable costs… »

[3] « … and wich reason is such as to render the manufacturer's obligations excessively onerous in relation to the contractual obligations originally agreed upon, in any event, is such as to increase the manufacturer's obligations by more then 20% (twenty percent) compared to the value of such obligation originally foreseen, then the monufacturer shall be entitled to request appropriate révision… »

الأطراف عند إبرام هذا العقد، أو عند المراجعة المسبقة لوحدة الثمن بالطن أو زيادة الوحدة المرجعية للثمن »[1].

يتضح من خلال هذه الشروط أنَّ فكرة إعادة التفاوض تفترض أنَّ تغير ظروف تنفيذ العقد نتيجة حدث مفاجئ وغير متوقع يؤدي إلى جعل التزامات أحد الأطراف أو كليهما مرهقة له، أي بمفهوم المخالفة لا تدخل في دائرة أثر هذا الاختلال في توازن العقد الأحداث التي يمكن تحملها أو تفاديها.

وتبعا لذلك فإنَّ التنفيذ المرهق للالتزامات يستدعي عدم إمكانية المدين مقاومته له، إذْ أنَّ مسألة مشقة التنفيذ تعني أنّ الحدث المخل بالعقد لا يمكن بأي حال تفاديه ولا تجاوزه، وهذا ما يُفسِّر لجوء أطراف العقد إلى إعادة التفاوض.[2]

غير أنَّ إعمال فكرة إعادة التفاوض يستدعي إذا ما تم من خلال شروط عقدية –شروط إعادة التفاوض– أنْ تكون هذه الشروط على قدر كبير من الوضوح، إذْ لاحظ الفقه ورود شروط إعادة تفاوض مبهمة «Lacunaire»كالشرط الذي ينص على أنَّه:"يتفق الأطراف أنَّه في إطار الهيكلة الجارية للصناعة الأوروبية لـ....، فمن الممكن استثناءا على القواعد السابقة

[1] « At any time between january 1 and january 31 in each year or the years 1993, 1998, and 2003, the owner of the contractor may submit a detailed proposal showing any change : (…)
C) the price component formulae.
Wich sad change or adjusment or addition the party submitting thinks necessary in order to take account any change in the mine plan as a result of circumstances wich were unticipated by the parties at the time the entering into this agreement or of a previous review of the price components of price per tone or price component escalation formulae »

[2] P.ACCAOUI-LORFING,p.p. 76et 77.

أنْ يقبلوا أنْ يتفاوضوا بحسن نية"[1]، حيث أنَّ هذا الشرط لا يحدد بدِّقة شروط إعمال الالتزام بإعادة التفاوض، وهذا من شأنه خلق مشكلات في تطبيقه، بل يتساءل الفقه عن مدى اعتبار مثل هذا الشرط كشرط إعادة تفاوض، إذْ يرى الأستاذ PRADO:"أنَّ من شأن هذا أنْ يؤدي إلى غموض وتردد في مدى اعتبار شرط كهذا، شرطا لإعادة التفاوض..."[2].

كنتيجة لذلك يرى غالبية فقه التجارة الدولية[3] أنَّه يجب أنْ تُصاغ شروط إعادة التفاوض بصورة دقيقة[4]، إذْ أنَّه إذا كان التنظيم الإتفاقي لهذه الشروط يعد ميزة لضمان أكثر فعالية لهذه الشروط، فإنَّ عدم الاتفاق الدقيق على عناصر شروط إعمال الالتزام بإعادة التفاوض قد يُعرِّض تطبيق العقد إلى قواعد القوانين الوطنية، الأمر الذي تسعى أحكام العقد الدولي بشأن مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد الدولي إلى تفاديه[5].

وبالمقابل فإنَّ مسألة إعمال فكرة إعادة التفاوض لا يتم فقط وفق الشروط التي تم تناولها، بل يجب المرور عبر مجموعة من الإجراءات تقتضي تعاون الأطراف واحترامهم لها.

المبحث الثاني: سير عملية إعادة التفاوض.

إنَّ الأصل أن تُباشر عملية إعادة التفاوض من قبل المتعاقدين ذاتهم(مطلب أول)، كون أنَّ هذه التقنية العقدية جاءت في أصلها لتفادي اللجوء إلى حلول أخرى تسمح بتدخل طرف ثالث في العلاقة العقدية، وبالأخص القضاء الوطني في القوانين الوطنية؛ غير أنَّه قد يحدث في

---

[1]« Les parties reconnaissent que dans le cadre des restructurations en cours de l'industrie européenne de…, elles peuvent être amenées à accepter des exceptions aux règles qui précédent qu'elles s'engagent à négocier de bonne foi »
V.M.ALMEIDA PARADO, le Hardship…Op.cit, p. 139.

[2]« Ces aspect suscitent des doutes sur le fait de pouvoir vraiment considérer cet exemplaire comme une clause de hardship...»
V.Ibid, p. 139.

[3] مثل الأستاذ BARNIERI والأستاذ PAULSSON

[4] شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص. 40 وما بعدها

[5] لقد أبانت الدراسة أنَّ من بين أسباب استحداث فكرة إعادة التفاوض كآلية لمعالجة تغير ظروف تنفيذ العقد الدولي، هي اختلاف الحلول المستقاة من القوانين الوطنية مثل نظرية الظروف الطارئة ونظرية استحالة التنفيذ ونظرية انهيار الأساس التعاقدي، انظر المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الثاني.

بعض الأحيان أن يتدخل أحد من الغير بصفته محكما أو خبيرا أو حتى قاضيا في عملية إعادة التفاوض(مطلب ثاني).

المطلب الأول: إعادة التفاوض من قبل المتعاقدين.

إنَّ أولى مراحل عملية إعادة التفاوض تنطلق من خلال تشخيص الحدث أو الأحداث المخلة بتوازن العقد (فرع أول)، وذلك إبتداءا من خلال إخطار أحد المتعاقدين، والذي غالبا ما يكون المدين الذي صار التزامه مرهقا له، للمتعاقد الثاني، تمهيدا لالتقاء كلا الطرفين من أجل التباحث عن سبل تجاوز هذه الأحداث، وهذا ما يدفع إلى التساؤل عن مضمون ونطاق الالتزام بإعادة التفاوض (فرع ثاني).

الفرع الأول: تشخيص الحدث المخل بالعقد. حدث الhardship[1]

لا يكفي أنْ تتوافر شروط إعادة التفاوض المتمثلة في توقع الحدث واستقلاله عن إرادة الأطراف وأثره على توازن العقد لإعمال الالتزام بإعادة التفاوض[2]، بل يجب أنْ يُشخص الحدث المخل بالعقد من قبل كلا الطرفين، أيْ يجب الاتفاق على أنَّ هذا الحدث يمثل تغيُّرا في ظروف تنفيذ العقد، وذلك يؤسس لإعادة التفاوض بشأنه، إذْ أنّه من الممكن أنّ الطرف المستفيد من تغير الظروف ينكر بحسن أو بسوء نية وجود حدث الـ hardship.

وتبعا لذلك فإنّ هذا الاتفاق بين أطراف العقد لا يتأتى إلاّ من خلال الإعلام المتبادل بشأن وقوع الحدث المخل بالعقد(أولا) تمهيدا لعقد اجتماع تمهيدي من أجل تشخيص هذا الحدث(ثانيا)، والذي من شأنه أنْ يفضي إلى إعادة التفاوض بشأن العقد.

[1]. لقد تمت الإشارة إلى طبيعة حدث الـ HARDSHIP سواء كان عبارة عن حوادث عامة أو أخرى خاصة.
[2] .سبق التعرض إلى شروط إعمال الالتزام بإعادة التفاوض في المطلب الثاني من المبحث الأول من هذا الفصل.

أولا: الإخطار بوقوع الحدث المخل بتوازن العقد.

إنّ الالتزام بالإخطار وإن كان يقع أساسا على عاتق المدين المتضرر(أ)، إلا أنّه يجب على دائنه الرد على هذا الإخطار(ب).

أ/ التزام المتعاقد لمتضرر بالإخطار.

يقع على عاتق المدين الذي تضرر جراء تغير ظروف تنفيذ العقد التزام بإخطار دائنه بوقوع الحدث، وذلك لما له من أهمية لتفعيل عملية إعادة التفاوض(1)، حيث يترتب عن إخلاله بهذا الالتزام فقدانه لحقه في التمسك بإعادة التفاوض(2).

1- مضمون وأهمية التزام الطرف المتضرر بالإخطار.

لا يكفي أن يقع الحدث المخل بتوازن العقد لتفعيل آلية إعادة التفاوض بشأنه بل يجب أنْ يتم إخطار الطرف المتضرر[1] من تغير ظروف التنفيذ للطرف الثاني، حيث يرى الأستاذ OPPETIT أنّ:"شروط إعادة التفاوض تفترض في الأصل أنْ يقوم الطرف الذي يقدر أنّ شروط التعديل قد توافرت بإخطار المتعاقد الثاني بوقوع الحدث المؤدي إلى حدوث التغير المزعوم وكذا حجم الضرر الذي أصابه والآليات التي تقترحها لتجاوزه وعلى المتعاقد الثاني أنْ يُعبر عن موقفه في أسرع وقت"[2].

---

[1] . ذهب الأستاذ REINE إلى تبني تعريف الأستاذ CABAS للطرف المتضرر على أنّه:" المتعاقد الذي يُمس أولا ومباشرة بوقوع الحدث المخل بالعقد، كما أنّه معرض أنْ يجد نفسه في وقت قصير في وضعية تمنعه من تنفيذ التزامه الرئيسي، مما يسبب مخاطر كبيرة بالنسبة لتنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته."
La partie victime « c'est le contractant qui, touché le premier et directement par la survenance de l'évènement déstabilisateur, risque de se trouver à court terme, dans une situation susceptible de l'empêcher d'exécuter son obligation, entrainant éventuellement des risques graves quant à l'existence même de son partenaire ».
V. R. ALACHKAR, Op.cit, p.132

[2]. « En général, les clauses de hardship prévoient que la partie qui estime réunies les conditions de la réadaptation doit aviser son cocontractant de la survenance de l'évènement à l'origine du changement allégué ainsi que l'étendue de la rigueur subie=

وكنتيجة لذلك فإنَّ الإخطار بتغير ظروف التنفيذ هو التزام شكلي يقع على عاتق المدين المتضرر، حيث يسمح ذلك للمتعاقد الآخر "الدائن" أنْ يحيط علما بهذا الاختلال في توازن العقد مما بمكنه أن يتخذ الإجراءات التي يتفادى بها الخسائر التي قد تلحقه نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه[1]، وهذا تنفيذا لمقتضيات مبدأ حسن النية الذي تقوم عليه العقود[2].

غير أنَّه بالرغم من أهمية الإخطار بوقوع الحدث المخل بالعقد، إلاّ أنَّه يلاحظ أنَّه نادرا ما تشير شروط إعادة التفاوض إليه[3]، ويفسِّر بعض الفقه[4] ذلك بعدم الحاجة إلى الإشارة إليه حيث يرى الأستاذ PHILLIPE أنَّ سبب عدم الإشارة إلى الالتزام بالإخطار في شروط إعادة التفاوض من الممكن أنْ يرجع إلى أنَّ الأحداث غير المتوقعة غالبا ما تكون ذات طبيعة اقتصادية، حيث أنّه من السهل معرفتها من قبل الجميع لذا ليس هناك من حاجة للإشارة إلى التزام المدين بالإخطار[5].

ومن الشروط التي أشارت إلى الالتزام بالإخطار، الشرط الذي قضى بأنّه:"في حالة ما إذا حدث يعد تاريخ سريان العقد، تغير في التشريعات أو اللوائح...حينئذ يُخطر المقاول الهيئة بهذا التشريع أو اللائحة."، وقد ورد هذا الشرط تحت رقم 19 من الترخيص الصادر لوزير البترول في التعاقد مع هيئة البترول وشركة " أيوك كو إنك" وهيئة التمويل الدولية بشأن البحث عن الغاز بشأن البحث عن الغاز واستعماله[6].

=et de moyens proposés pour y remédier; l'autre partie doit alors faire sa position dans un bref délai » V. B. OPPETIT, Op.cit, p.805

[1] . شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص.461

[2] . D.PHILLIPE, Pacta…op.cit, p.223

[3] . شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص.462

[4] . مثل الأستاذ: Denis PHILLIPE

[5] . « Peut-être les phénomènes d'imprévision fort souvent de nature économique, sont-ils plus facilement connus de tous…»
V. D. PHILLIPE, Pacta …Op.cit, p.224

[6] . أشار إليه: شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص.463

كما قضى شرط آخر بأنْ:"يلتزم كل طرف بالدخول في المفاوضات لإعادة التوازن الأساسي للعقد وإخطار الطرف الآخر كتابة بالصعوبات التي تواجه التنفيذ..."[1].

كما أورد الأستاذ Marcel [2] بعض الشروط التي تتضمن الإخطار بالحدث المخل بالعقد تتمثل في:

-" على الطرف أن يخطر الطرف الآخر كتابة للالتقاء ومراجعة شروط العقد على ضوء تغير ظروف الصفقة."[3].

-"إذا وقع حدث الhardship على الطرف أ أنْ يخطر الطرف ب به خلال 30 يوما التالية على حدوثه مبينا طبيعته وأثره عليه"[4].

-" في حالة وقوع حدث اقتصادي غير عادل، على الطرف الذي يقترح التفاوض أنْ يخطر الطرف الآخر مقترحا حلا لتجاوز هذا الوضع غير العادل..."[5].

ومن الشروط التي أشارت إلى ضرورة الإخطار بوقوع الحدث المخل بالعقد ما أورده الأستاذ Almieda[6]، والتي منها:

-" يجب أنْ يُقدَم إخطار للوزارة خلال مدة ثلاثين (30) يوما التالية عن وقوع مثل

هذا الحدث، متضمنا وصفا لحدوثه وآثاره الاقتصادية السلبية على الشركة المناولة..."[1].

---

[1] . شريف محمد غنام، مرجع سابق ، ص.472

[2]. M. FONTAINE, droit des contrats…Op.cit, p.p. 512 et 513

[3]. « That party may notify the other in writing that it wishes to meet and review the conditions of the agreement in the light og the changed business condition. »

[4]. « If the hardship occurs, A shall notify B thereof within thirty (30) days of becoming becoming aware thereof together with a discription of the event and its consquences for A. ».

[5]. « In case of an inequitable economic hardship, the party proposing a change or negotiations shall give notice to the other party. Setting forth a proposal for resolving the inequity ».

[6]. M. ALMEIDA PRADO, le hardship…Op.cit, p.141.

-" على هذا الطرف أنْ يُخطر الطرف الآخر خلال مدة...تبدأ من لحظة علمه بوقوع الحدث، مبينا إياه بالتدقيق ومبينا أسباب خضوعه لهذا البند -أي شرط إعادة التفاوض- وعلى هذا الطرف أنْ يقدِّم فورا للطرف الآخر جميع العناصر التي دفعته إلى هذا التشخيص."[2].

وتبعا لذلك فإنَّ فعالية شرط إعادة التفاوض تقتضي أنْ يتم الإخطار بسرعة وفي أقرب الآجال بعد وقوع الحدث المخل بالعقد[3]، حيث يرى الأستاذ PHILIPPE أنَّه" يجب أثناء ذلك استبعاد مطالبة الطرف الذي يتأخر في إثارة مسألة تغير الظروف بإعمال آثار الشرط- أي شرط إعادة التفاوض-، بأثر رجعي لعدَّة أشهر قبلا "[4].

ويبرز الأستاذ REINE أهمية الإسراع في الإخطار بقوله:"إنَّ فرض مثل هذا الإخطار العاجل للمتعاقد الثاني، يشير بصورة مؤكدة، إلى روح شرط إعادة التفاوض كآلية تهدف إلى المحافظة على وجود العقد، على أية حال يتيح ذلك أولا للطرف المتضرر من الحد من خسائره، وذلك بإيجاد بديل مناسب في أقرب الآجال، كما يصب ذلك أيضا في مصلحة المتعاقد الثاني، حيث أنَّه وإنْ كان هذا الأخير يستفيد في أول الأمر من اختلال توازن العقد، إلاَّ

---

[1]. «It shall give notice to the ministry within thirty (30) days of the occurrence of such event, containing a discription of the event and its likely economic consequences to the concession company…»

[2]. « La dite partie a l'obligation d'en aviser l'autre partie dans un délai de…à dater du moment où elle a connaissance de l'évènement en décrivant celui-ci avec précision et en expliquant pourquoi il entre dans les prévisions du présent article. Elle communiquera sans délai à l'autre partie tous les éléments d'appréciation dont telle dispose… »

[3]. R. ALACHKAR, Op.cit, p.133

[4]. « Il faut cependant éviter qu'une partie, invoquant tardivement un changement de circonstances, ne veuille faire rétroagir plusieurs mois auparavant, les effets de la clause. »

V. D. PHILLIPE, Pacta…Op.cit, p.224

أنّه شيئا فشيئا سيتضرر بدوره عندما يتوقف عن تلقي مقابل الأداء المرجو من الصفقة، إذْ يمثل له هذا المقابل، بالنَّظر إلى طبيعة وأهمية هذا النوع من العقود مصلحة ضرورية"[1].

إنّ اتجاه الفقه إلى تبرير أهمية الإخطار بوقوع الأحداث المخلة بتوازن العقد لا يبدو أنّه يعود فقط لعدم التنصيص عليه في الكثير من شروط إعادة التفاوض، وإنَّما كذلك في عدم التنصيص عليه في الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية[2]؛ كما أنّه من الفقه[3] من أقام الإخطار بوقوع الأحداث المخلة بتوازن العقد على أساس الإخطار بوقوع القوة القاهرة، إذْ أنَّ النصوص الدولية التي عالجت مسألة الإخطار في القوة القاهرة،كالشرط النموذجي الذي أعدته غرفة التجارة الدولية CCI الخاص بالقوة القاهرة، والذي قضى بنده الرابع على أنّه:"مع الأخذ بعين الاعتبار

الفقرة رقم 6، يُعفى الطرف الذي يثير الشرط موضوع الحال في حالة تطبيقه من واجبه بتنفيـــذ

---

[1]. « Une telle exigence d'information rapide du partenaire témoigne, sans conteste, de l'esprit de la clause de hardship entant que mécanisme visant à sauver l'existence du contrat. En effet, elle permettra d'abord à la partie victime de limiter ses pertes en trouvant un substitut adéquat dans les plus brefs délais. De même elle profitera au partenaire au contrat car, si ce dernier bénéficie dans un premier temps du déséquilibre, il tend, peu à peu, à devenir victime à son tour dès lors qu'il ne peut plus recevoir la contrepartie espérée de l'opération, or, une telle constitue pour lui, en égard à la nature et à l'importance de ce genre d'engagement, un intérêt vital. »
V. R. ALACHKAR, Op.cit, p.133

[2] . حيث لم يرد في الشرط النموذجي لغرفة التجارة الدولية الخاص بإعادة التفاوض ولا في مبادئ القانون الموحد unidroit

[3] . مثل الأستاذ شريف محمد غنام، حيث رافع في رسالته، كما تم الإشارة إليه في هذه الدراسة، من أجل دمج شرط إعادة التفاوض وشر القوة القاهرة في إطار واحد، غير أنّ الدراسة أبانت عن الفروقات الجوهرية بين الشرطين وأنّ التقارب الحاصل بينهما في نطاق عقود التجارة الدولية مرده طغيان الممارسة التعاقدية في تضمين العقد الشروط التي يراها المتعاقدون أكثر تحقيقا لمصالحهم بغض النظر عن الإطار القانوني النظري لهذه الشروط.

التزاماته العقدية من لحظة حدوث القوة القاهرة، شريطة أنْ يُخطِر في أقرب الآجال الطرف الآخر..."[1]، وكذلك نص المادة 3/7.1.7 من مبادئ القانون الموحد Unidroit، والتي قضت أنَّه:" على المدين أنْ يخطر الدائن بوجود العائق"القوة القاهرة" وآثاره على قدرته على التنفيذ..."[2].

كما أقر التحكيم الدولي أهمية الإخطار بوقوع ما يُعيق تنفيذ العقد أو بما يؤدي إلى استحالة تنفيذه مؤقتا، إذْ قضت غرفة التجارة الدولية في قرار صادر لها سنة 1985 "أنَّ التزام الأطراف بالتعاون من أجل التنفيذ الحسن للعقد، يحمِّلُهم بالأخص التزاما بالاستعلام...على المدين، في حالة ما إذا أدت ظروف غير متوقعة إلى تعديل شروط العقد الواجب تنفيذه طبقا لها، أنْ يفكر في مصلحة الدائن وأنْ يُعلمه بجميع مبادراته."[3]، وفي قرار آخر قضت بأنّه:" بالرغم...من أنّ المدعى عليها التي أظهرت إرادة في التعاون لكنها لم تنجح في تقديم المعلومات

[1] « 4. Une partie invoquant la présente clause avec succès est libérée, sans réserve du paragraphe 6 ci-après, de son devoir d'exécuter ses obligations contractuelles, et ce à compter du moment où l'évènement de force majeure empêche cette exécution, à la condition qu'une notification en soit donnée sans délai à l'autre partie…»
V. Clause de force majeure et clause de hardship, Op.cit, p.10

[2]. « 7.1.7/3 : le débiteur doit notifier au créancier l'existence de l'empêchement et les conséquences sur son aptitude à exécuter… »
V. Principes Unidroit, , p. 165

[3]. « L'obligation des parties de collaborer en vue de la bonne exécution du contrat met donc à la charge de l'une et l'autre, en particulier, une obligation de renseignement….le débiteur, au cas ou des circonstances imprévues viennent à modifier les conditions dans lesquelles le contrat doit s'exécuter, doit agir au mieux des intérêt du créancier et rendre compte à ce dernier de toutes les initiatives qu'il met en œuvre ».
V. P.ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.276

المطلوبة من قبل الطرف الإيطالي في الوقت المناسب، لذا عليها أن تتحمل نتائج سلوكها."[1].

2- جزاء عدم تنفيذ الالتزام بالإخطار.

يعد إخطار المتعاقد المتضرر(المدين) للمتعاقد الآخر(الدائن) فورا بالأحداث التي من شأنها الإخلال بتوازن العقد التزاما بتحقيق نتيجة[2]، ولقد قاس الفقه جزاء عدم تنفيذ المدين لالتزامه بالإخطار فيما يخص إعادة التفاوض على الإخطار بخصوص القوة القاهرة، إذْ يترتب عن ذلك أثرين: الأول يخص المدين(ا)، والثاني يخص الدائن(ب).

ا-أثر عدم الإخطار على المتعاقد المتضرر (المدين):

لقد أشار قضاء التحكيم إلى أنّ عدم تنفيذ المدين لالتزامه بالإخطار بالسرعة المطلوبة يفقده حقه في التمسك به، إذْ قضت غرفة التجارة الدولية CCI في قرارها رقم 2478 بسقوط حق شركة رومانية في التمسك بتغير ظروف تنفيذ العقد"القوة القاهرة"، بعد توقفها عن إمداد شركة فرنسية بشحنات من البترول، بعد إلغاء السلطات الرومانية لتراخيص استغلال البترول بحجة أنّ" قرار السلطات الرومانية بتاريخ 10 ماي 1973 لم يبلَّغ إلى الطرف الآخر إلا مرفقا برسالة بتاريخ 29نوفمبر 1973 عن طريق محكمة التحكيم لـ CCI، ولهذا لم يعد للمدعى عليها -الشركة الرمانية- الحق في لتمسك بها – أي القوة القاهرة-، فيما يخص بالشحنات المتعلقة بالثلاثي الثاني والثالث لسنة 1973"[3].

---

[1]. « Pourtant…la défenderesse qui avait manifestée une volante de coopération mais qui n'avait pas réussie à fournir les renseignements demandés par la partie italienne en temps utile, devrait subir les effets de son comportement »
V. P.ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.276

[2] . R. ALACHKAR, Op.cit, p.133

[3]. « La décision des autorités Roumaines en date du 10 Mai 1973, n'a été communiquée à l'autre partie, par l'entremise de la cour d'arbitrage de la CCI, qu'en annexe à une lettre datée du 29 Nov. 1973. La défenderesse a ainsi perdu la possibilité de s'en prévaloir en ce qui concerne les livraisons dues pendant le deuxième et le troisième trimestre 1973 »
V. Sentence CCI N° 2478/1974, précité, p.234

أشار قرار تحكيمي آخر صادر عن غرفة التجارة الدولية سنة 1985 غير منشور حول قضية تتمثل في" أنّ شركة سويسرية أبرمة عقدا مع شركة أفريقية لإنشاء مجمع صناعي، وتنفيذا لالتزاماتها الناتجة عن هذا العقد اتفقت الشركة السويسرية مع أخرى فرنسية بعقد من الباطن عهدت إليها بمقتضاه بأعمال الهندسة المدنية في المجمع الصناعي، توقفت الشركة الفرنسية عن العمل بعد فترة لعدم حصولها على مستحقاتها المالية ثم استكملت الأعمال مرة أخرى عندما قامت الشركة السويسرية بسداد جزء من هذه المستحقات، وأخذت على عاتقها مخاطر التأخير في التنفيذ، ولكن نظرا لعدم حصول الشركة الفرنسية على كامل حقها، قدَّمت طلب تحكيم خاصمت فيه الشركة السويسرية، وطالبت بإلزامها بالتعويض عما أصابها من ضرر. دفعت الشركة السويسرية طلب الشركة الفرنسية بأنَّها تعسفت في طلبها التحكيم، وأنّ عدم سدادها المستحقات المالية إنَّما يرجع لعد وفاء الشركة الإفريقية رب العمل بالتزاماته المالية، وأنّ هذا يشكل حالة قاهرة بالنسبة لها..."[1].

ولقد قضت غرفة التجارة الدولية في هذه القضية بعدم أحقية تمسك الشركة السويسرية بالقوة القاهرة، نظرا لعدم إخطارها للشركة الفرنسية بأسباب عدم تنفيذها لالتزاماتها في وقت مناسب لكي يتسنى لها أنْ تتخذ ما تراه مناسبا[2].

ولقد قاس الفقه ما ورد في مثل هذه القرارات التحكيمية بشأن الإخطار بالقوة القاهرة على الإخطار في إعادة التفاوض، حيث يقول الأستاذ Reine أنّ مثل هذه القرارات "وإن كانت تخص حالة القوة القاهرة، إلاَّ أنَّها تجد تطبيقا واسعا في حالة إعادة التفاوض، إذْ أنّ الالتزام بالإخطار يتماشى مع مقتضيات التضامن وحسن النية والتعاون، الذي يطبع تنفيذ الالتزامات العقدية"[3].

---

[1] .أشار إليه: شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص. 470

[2] مرجع نفسه، ص.471

[3]. «L'illustration proposé, si elle concerne une situation de force majeure, trouve largement application en présence d'un cas de hardship dès lors que l'obligation

وتبعا لذلك تبرز أهمية الالتزام في الإخطار من قبل المدين في تفعيل فكرة إعادة التفاوض، إذْ يتوقف حقه قي التمسك بمسألة تغير ظروف التنفيذ –كخطوة أولى– لإثارة إعادة التفاوض بشأن العقد على مدى علم المتعاقد الثاني بوقوع الأحداث المخلة بتوازن العقد في أسرع وقت.

ب–أثر عدم الإخطار على المتعاقد الآخر (الدائن).

للدائن الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يلحقه عن عدم تنفيذه لالتزاماته إذا كان ذلك مرده عدم تنفيذ مدينه لالتزامه بالإخطار بوقوع الحدث المخل بتوازن العقد أو تأخره في ذلك[1].

ب/ التزام الدائن بالرد على الإخطار.

يلتزم الدائن بالرد على الإخطار الذي وصله من قبل المدين المتضرر، مُبيِّنا رؤيته في تجاوز مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد(1)، لذا فإنَّ هذا الإجراء من الأهمية بمكان، إذْ أنّ عدم الرد على إخطار المدين له يفتح المجال لمجموعة من التفسيرات(2).

1– مضمون الالتزام بالرد على الإخطار.

يلتزم المتعاقد الدائن بعد إخطاره من قبل المدين بالرد عليه تمهيدا لعقد اجتماع تمهيدي لبحث مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد طارحا الحلول التي يراها كفيلة بتجاوز أثر هذا التغير في الظروف على تنفيذ العقد[2]، إذْ أن إعمال إعادة التفاوض يتوقف على اتفاق أطراف العقد على ما يرتبه تغير ظروف التنفيذ على التزاماتهم، ويبدأ ذلك من خلال أولا إخطار المدين المتضرر لدائنه ثم بطرح هذا الأخير لرؤيته.

=d'information va de paire avec l'exigence de loyauté, de bonne foi, et de coopération qui accompagne normalement l'exécution des obligations contractuelles.»
V. R.ALACHKAR, Op.cit, p. 134

[1] وهذا ما تضمنته القواعد العامة للعقود المتعلقة بالتعويض عن الضرر الذي يسببه أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر نتيجة عدم تنفيذه لالتزاماته.

[2]. B. OPPETIT, Op.cit, p.805

2- جزاء عدم الرد على الإخطار.

إنّ عدم رد الدائن على إخطار مدينه له بالإيجاب أو السلب والتزامه الصمت لا يتماشى ومقتضيات التجارة الدولية، مما دفع المحكمين الدوليين إلى اتخاذ موقف صارم حيال تفسير هذا الصمت، خاصة إذا ما اقترن عدم الرد بملابسات معينة، مما يشكل سكوتا ملابسا[1]، ويُفسر ذلك كون عدم الرد على الإخطار يشكل حالة غامضة تسمح للدائن بالتلاعب والتحايل كونه ليس المتضرر من تغير ظروف تنفيذ العقد.

وتطبيقا لذلك يرى الأستاذ Reineأنّه"من أجل الكشف عن رضا ونية المتعاقد، وبدون الميل إلى حد معارضة المبدأ القائل "من لم يقل كلمة فهو راض"، فإنَّ المتعاقدين يلجؤون إلى تحليل دقيق للظروف المحيطة بهذا السكوت؛ كما أنّ طول مدة العلاقات التعاقدية المبرمة بين المتعاقدين لا تسمح بتفسير بسيط على أنَّه توقف دائم ببساطة، وتطبيقا لذلك فإنَّ الإمضاء المسبق على الوثائق المتضمنة لمبدأ التعديل يمكن حمله على أنّه قبول ضمني للتعديل البَعدي من قبل المتعاقد الساكت"[2].

---

[1] لقد تناولت القوانين الداخلية السكوت الملابس، إذ نصت المادة 68 من ق.م.ج. مثلا على أنّه: "إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أنّ الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في الوقت المناسب.
ويعتبر السكوت الملابس على الرد قبولا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه."
لمزيد من التفصيل فيما يخص السكوت الملابس انظر المراجع التالية:
رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص.42
محمد شريف أحمد، مرجع سابق، ص.59
نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، 99

[2] . « Pour déduire l'assentiment du partenaire, las parties, sans pour autant aller jusqu'à contredire la maxime « Qui ne dit mot conscient », procèdent à une analyse méticuleuse des circonstances du fait qui entourent ce silence. Ainsi, les longues relations contractuelles entretenues par les parties ne permettent pas de déduire du simple silence d'une partie une abstention pure est simple. Dans le même ordre d'idées, la signature préalable de documents reconnaissant le principe de la révision peut être considérer comme une acceptation tacite de la révision ultérieure par le contractant silencieux »
V. R. ALACHKAR, Op.cit, p.136

ثانيا– التقاء الأطراف:

في حالة تحقق الخطر أو الحدث المخل بتوازن العقد وبعد إخطار الطرف المتضرر من هذا الحدث للطرف الآخر يُفترض التقاء المتعاقدين من أجل التحقق وتقدير جسامة اختلال العقد، وإنْ كان من غير الضروري أنْ يتم هذا اللقاء حضوريا[1].

غير أنَّ بعض شروط إعادة التفاوض سمحت بأنْ يُعهد أمر تقدير الحدث المخل بتوازن العقد إلى أحد أطراف العقد، كالشرط الذي قضى:"...حدث أو تغييِّر، والذي طبقا لتقدير المقرض من الممكن أو من المحتمل أنْ يرتب أثرا سلبيا هاما على..."[2]، إلا أنَّ مثل هذا التقدير كما يرى الأستاذ Marcel تقدير أحادي الجانب، أي منوط بأحد المتعاقدين لا كليْهما، مما قد يجعله يتعسف في ذلك[3].

ومن شروط إعادة التفاوض التي أشارت إلى التقاء المتعاقدين، ذكر الفقه عدة أمثلة، منها:

– "...تتفق الأطراف على البحث معا..."[4].

– "...لهذا الطرف الحق في مطالبة الطرف الآخر المشاركة في تشخيص الموقف..."[5].

– "...يبذل الأطراف جهدهم للاتفاق على الإجراء الضروري..."[6].

---

[1] . بمعنى أنّ اجتماع أطراف العقد يمكن أن يتم بوسائل الاتصال الحديثة فليس شرطا أنْ يتم فعليا، انظر في ذلك:
P.ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.278

[2]. « Un évènement ou un changement qui, selon l'appréciation de prêteur, a ou pourrait/ est susceptible d'avoir un effet important sur…»
V. M.FONTAINE, les contrats…Op.cit, p.510

[3]. Ibid., p. 510

[4]. «…les parties conviennent de rechercher en commun.. »
V. D.PHILLIPE, Pacta…Op.cit, p.251

[5] . « …that party shall have the right to require the other party to participate in a joint examination of the position…»
V. Ibid., p.250

[6].«…then the parties will use their best endeavours to agree upon such action as maybe necessary… »
V. Ibid., p.247

– "...يتفق البائع والمشتري على الالتقاء في أسرع وقت ممكن..."[1].

وإذا كان التقاء الأطراف يعد الخطوة الأولى من أجل تعديل العقد من خلال إعادة التفاوض، فإنّ ذلك يستدعي اتفاق الأطراف على توافر شروط إعمال الالتزام بإعادة التفاوض (ب) من عدمه (أ).

أ– عدم اتفاق الأطراف على توافر شروط إعمال إعادة التفاوض.

قد يُفضي التقاء أطراف العقد بعد إخطار الطرف المتضرر للطرف الآخر إلى عدم الاتفاق، وذلك برفض هذا الأخير –باعتباره مستفيدا من الوضعية الجديدة للعقد[2]– لتوافر شروط إعمال إعادة التفاوض[3]، كأن لا يمثل الحدث الطارئ حدث الhardship المشار إليه في شرط إعادة التفاوض، أو أنْ ألا يُرتب هذا الحدث إخلالا بتوازن العقد بالجسامة المحددة في العقد، وفي هذه الحالة يكون رفضه مبررا (1)، كما أنّه قد يحدث أنْ يتعسف هذا المتعاقد المستفيد من تغير ظروف التنفيذ في رفضه المضي في عملية إعادة التفاوض(2).

1– الرفض المبرر.

إذا كان التقاء الأطراف يُمثل التزاما بتحقيق نتيجة يقع على عاتق الأطراف، إلاَّ أنَّ هذا لا يعني بالضرورة أنْ تتم مباشرة عملية إعادة التفاوض، إذْ يحدث أن يرفض الطرف المخطَر ذلك لعدم توافر شروط إعمال الالتزام بإعادة التفاوض.

---

[1]. « …l'acheteur et le vendeur conviennent de se rencontrer le plus rapidement possible…»
V. D.PHILLIPE, Pacta…Op.cit., p.250

[2] . تحمل مسألة اختلال العقد شقين فهو اقتصادي لأحد المتعاقدين وحمائي اجتماعي للطرف الآخر، انظر:
A.S. BARTHEZ, crise économique et contrat : les remèdes. RDC, 2010/1, p.469

[3] لقد تناولت الدراسة شروط إعمال إعادة التفاوض في الفصل الأول من هذه الدراسة.

وتبعا لذلك يُعد رفض هذا الطرف مباشرة عملية إعادة التفاوض رفضا مبرر قانونا إذا ما عرض أسباب ودواعي ذلك[1].

وبالقابل فإنَّ على الطرف المتضرر من تغير ظروف التنفيذ أنْ يثبت اختلال توازن العقد، وذلك باللجوء إلى التحكيم[2]، بمعنى آخر إثبات أنّ المتعاقد المستفيد قد تهرب من التزامه العقدي المتمثل في إعادة التفاوض بشأن العقد، نتيجة حوادث استثنائية[3].

2- الرفض غير المبرر.

قد يتعسف الطرف المخطَر في رفضه لتعديل العقد عن طريق إعادة التفاوض، وذلك بالنظر إلى كونه سيستفيد من تغير ظروف التنفيذ، إذْ أنّ اختلال توازن العقد يتحمله الطرف الآخر[4]، ممَّا يجعل هذا السلوك التعاقدي يتنافى ومقتضيات التجارة الدولية بشأن العقود الطويلة الأجل، والقائمة على مبدأ حسن النية والتعاون قصد إنجاح المشروع الاقتصادي المتضمن في العقد[5]، مما يُعرِّض الهدف الاقتصادي لهذا الأخير للفشل، لذا تشير بعض شروط إعادة التفاوض إلى حق المتعاقد المتضرر في اللجوء إلى الغير "محكم أو خبير اقتصادي"، من أجل معالجة هذا الفَرَض[6].

ب- اتفاق الأطراف على مباشرة عملية إعادة التفاوض.

إذا ما اتفق الأطراف على كون التغير الحادث في ظروف تنفيذ العقد يمثل حدثا كافيا لإعمال الالتزام بإعادة التفاوض، كما هو مُشار إليه في العقد، فإنّه تتم مباشرة المحادثات من أجل تعديل العقد، وذلك وفقا لنفس المبادئ التي سادت عملية إبرام العقد وتنفيذه وكذا

---

[1]. R. AlACHKAR, Op.cit, p.139

[2] . سيتم التعرض إلى دور التحكيم في هذه المرحلة وأثناء سير عملية إعادة التفاوض في المطلب الموالي.

[3] . R. ALACHKAR, Op.cit, p.139

[4]. Ibid., p.139

[5] . لقد أشارت الدراسة إلى أنّ العقد الدولي لا يمثل إطارا قانونيا فقط للمتعاقدين بل كذلك وسيلة اقتصادية تجتمع فيه مصالح أطرافة، بحيث يصير إنجاح الصفقة الاقتصادية مصلحة مشتركة بالنسبة لهم.

[6]. R.ALACHKAR, Op.cit, p.139.

تفسيره، كما تحرص أطراف العقد إلى الإشارة إليه في العديد من شروط إعادة التفاوض[1]، حيث يسعى أطراف العقد إلى إخضاع عملية إعادة التفاوض إلى مبادئ التعاون وحسن النية، وذلك بغية تحقيق نتائج مرضية في ظل هذه العملية[2].

وتطبيقا لذلك وردت العديد من شروط إعادة التفاوض التي تشير إلى أهمية السعي إلى إنجاح عملية التفاوض في ظل أسس من التعاون وحسن النية التي تطبع العلاقات التجارية الدولية في جميع مراحلها، ومن بين هذه الشروط التي أوردها الفقه تلك التي قضت:

- "...بعدالة وبنفس الروح الموضوعية والتضامن التي تمثل أساس العلاقات القائمة بين الأطراف"[3].
- "...على هؤلاء –المتعاقدين– وطبقا لنفس مبدأ حسن النية الذي أُبرم وفقه العقد موضوع الحال..."[4].
- "...ينتج عن ذلك تعبير الأطراف عن نيتهم بأن هذا الاتفاق يسري طبقا لروح العدالة، وبدون أن يترتب عن ذلك أي ضرر مادي لا بالنسبة للمشتري ولا بالنسبة للبائع، وإذا كان مثل هذا الضرر محتمل أو وقع فعلا فعلى الأطراف أن يبحثوا معا..."[5].

---

[1]. P.ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p. 276

[2]. Ibid., p.279

[3]. «…équitablement dans l'esprit d'objectivité et de loyauté qui est à la base des relations existantes entre les parties.»
V. M. FONTAINE et F. DELY, Op.cit, p.514

[4]. «…celle-ci aurait dans le même esprit de bonne foi que celui qui a présidé à la conclusion de la présente convention…»
V. D.PHILLIPE, L'apport…Op.cit, p.246

[5] . «…en conséquence les parties déclarent, que leur intention est que cette convention se déroule dans un esprit d'équité et sans qu'un préjudice matériel exagéré puisse en résulter, ni pour l'acheteur ni pour le vendeur. S'il advenait qu'une telle situation préjudiciable soit à craindre ou vienne à se réaliser, les parties conviennent de rechercher en commun…»
V. Ibid., p.252

وتبعا لذلك فإنَّ عملية إعادة التفاوض يجب أنْ تندرج في نفس الإطار الذي يحكم العلاقات التجارية الدولية، والمتمثلة في ضرورة سعي الأطراف في جو من التعاون من أجل تحقيق مشروعهم الاقتصادي، إذْ يمثل هذا العقد مصلحة اقتصادية مشتركة بينهم، مما يحذو بهم إلى مراعاة مبدأ حسن النية والعدالة، حيث أنَّ هذه المبادئ هي التي تسوس عملية إعادة التفاوض.

الفرع الثاني: مضمون ونطاق الالتزام بإعادة التفاوض.

تختلف شروط إعادة التفاوض في تحديدها للمعيار المتوخى من قبل أطراف العقد لما سيتم التفاوض بشأنه (أولا)، كما تختلف حول أي مدى يمكن متابعة عملية إعادة التفاوض (ثانيا).

أولا– مضمون الالتزام بإعادة التفاوض.

إنّ مضمون أو هدف الالتزام بإعادة التفاوض هو أساس وجوهر تعريفه، إذْ أنَّ الالتزام بإعادة التفاوض يقوم على"تبادل الأطراف للعروض والاقتراحات ممَّا يفرض على كلا الطرفين تنازلات متبادلة، وهذا يهدف بالنسبة للقانوني الوصول من خلال التفاوض إلى اتفاق ملزم لعاقديه"[1]. غير أنَّ التقاء الأطراف بعد اختلال توازن العقد نتيجة حادث مفاجئ لا يعني بالضرورة محاولتهم لإيجاد توازن شبيه بذاك الذي ساد العقد أثناء إبرامه[2].

كما أنّ قضاء التحكيم أقر في إحدى قراراته أنّ "الالتزام بالتفاوض ليس فارغ المحتوى، وعندما يُفرغ في إطار قانون جِدُّ محدد، يُمكن أنْ ينطوي على مطالب محددة وعادلة"[3].

---

[1]. « Les individus à un échange de propositions et de contrepropositions impliquant éventuellement des concession réciproques, et dont le but, pour le juriste, est de parvenir précisément à un negotium, décision contraignante pour ses auteurs ».
V. J. CEDRAS, Op.cit, p.215

[2]. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.280

[3] . « The obligation to negotiate is not devoid of content and when it exists within a well-defined juridical framework, it can well involve fairly precise requirements » V. R. ALACHKAR, Op.cit, p.150

وتبعا لذلك فإنَّ الفقه لدى دراسته لشروط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية لاحظ اختلافا في طرق تعبير الأطراف عن مضمون أو هدف عملية إعادة التفاوض، إذْ تم تصنيف هذه الشروط وفقا لأحد المعياريْن: المعيار الموضوعي(ب) أو المعيار الشخصي (ج)، باستثناء بعض الشروط التي ترد بصيغة العموم (أ).

أ– شروط إعادة التفاوض العامة.

قد تأتي بعض شروط إعادة التفاوض بصيغة العموم فيما يخص كيفية تسير عملية إعادة التفاوض في حالة اختلال توازن العقد، ومن بين هذه الشروط أورد الفقه[1]:

–"...الاتفاق على الآليات المناسبة"[2].

–"... على الأطراف الالتقاء من أجل مناقشة أنسب الإجراءات اللازم اتخاذها"[3].

–"...تتفق الأطراف على القيام بالتعديلات الضرورية"[4].

–"على الأطراف...بذل جهدهم للوصول إلى اتفاق معقول"[5].

–"...البحث المشترك عن الوسائل اللازمة لمعالجته –أي الاختلال–"[6].

–"...من أجل بحث التعديلات المفترضة للعقد الحالي في إطار اتفاق مشترك"[7].

---

[1]. D. PHILLIPE, L'apport…Op.cit, p. 257 ; P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.280

[2]. «…convenir des mesures appropriées. »
V. D. PHILLIPE, L'apport…Op.cit, p. 257

[3]. «…aurait à se rencontrer pour examiner les meilleures mesures à prendre. »
V. Ibid., p257

[4]. «…se mettre d'accord pour y apporter les aménagements nécessaires. »
V. Ibid., p.250

[5]. «the parties…will do their utmost to come to a reasonable agreement »
V. Ibid., p.251

[6]. «…rechercher en commun les moyens aptes à y remédier » V. Ibid., p.251

[7]. «… afin d'étudier les modifications éventuelles à apporter d'un commun accord au présent contrat. »
V. Ibid., p.250

غير أنّ مثل هذه الشروط العامة لإعادة التفاوض من شأنها أنْ تقلل من نجاعة وفعالية هذه الأخيرة، إذْ يجب أنْ تتم عملية إعادة التفاوض في إطار محدد المعالم يتضمن النتائج المفترض الوصول إليها[1].

ب- المعيار الموضوعي.

يقوم المعيار الموضوعي في تحديد كيفية سير عملية إعادة التفاوض على إعادة التوازن العقدي المختل[2]، إذْ تقوم عملية مراجعة العقد على أساس حسابي عادة ما يكون إعادة تقييِّم الثمن نظرا لارتفاع التكاليف[3]، ومن الشروط التي تضمنته تلك التي قضت بأنَّه:

-"...بطريقة تضع الأطراف في موضوع توازن شبيه بذلك الذي كان قائما لحظة إبرام العقد الحالي"[4].

غير أنَّه وكما لاحظ الأستاذ ALMEIDA من خلال استقرائه للشروط المتحصل عليها في استبيانه الذي قام به[5]، أنّ اتفاق الأطراف على إعادة التوازن العقدي في الشروط المدروسة ليس ليس على حد سواء، إذْ منها من يقضي بضرورة البحث عن توازن كالذي كان قائما لحظة إبرامه، كالشروط التالية:

-"...على الأطراف في حالة وقوع مثل هذه الأحداث الاجتماع من أجل الوصول إلى حل معقول لمعالجة آثارها، ولكن ليس قبل 19 شهرا من تاريخ حدوثها شريطة أنْ يحافظ مثل هذا

---

[1]. لقد أشارت الدراسة فيما تقدم إلى ضرورة أنْ تتصف شروط إعادة التفاوض بالدقة، إذْ أنّ هذه الصفة هي التي من شأنها أنْ تضمن فاعليتها، انظر مبررات استحداث فكرة إعادة التفاوض ، المبحث الأول من الفصل الأول من هذا الباب

[2].M. FONTAINE, les clauses de hardship…Op.cit, p. 31

[3]. R. ALACHKAR, Op.cit, p.149

[4]. «…de façon à remplacer les parties dans une position d'équilibre, comparable à celle celle qui existait au moment de la conclusion du présent contrat. » V. M. FONTAINE, les clauses de hardship…Op.cit, p. 32

[5]. سبقت الإشارة إلى أنّ الدراسة التي قام بها الأستاذ Almieda استندت على استبيان قام به لمدة 5 سنوات جمع فيه جملة من شروط إعادة التفاوض، وذلك بهدف الوصول إلى ما تمثله اليوم هذه الشروط من أهمية في نطاق عقود التجارة الدولية.

الحل على الأساس الاقتصادي لمصالح الأطراف، كما هي مبينة عند تاريخ إبرام هذا العقد..."[1].

-"...يجتمع الأطراف من أجل بحث آثار الوضعية الجديدة والاتفاق على الإجراءات الواجب اتخاذها من أجل إعادة التوازن العقدي طبقا للنوايا والروح الأساسية للعقد بالنسبة للكميات غير الموزعة بعد، وكذا بالنسبة لتلك غير المحصلة"[2].

ومن شروط إعادة التفاوض ما يفترض سعي الأطراف إلى العودة إلى التوازن العقدي الذي كان قائما قبل تغير ظروف تنفيذ العقد وليس لحظة إبرامه، ومن بين هذه الشروط:

-"3.16 يجب على الأطراف خلال 7 أيام التالية للإخطار بحدث الhardship الاجتماع فورا وبحسن نية للوصول إلى حل يضع الشركة MNTC في وضعية مشابهة لتلك التي كانت قائمة قبل حدوث الحدث المخل بالعقد..."[3].

-"...على حكومة 'جانكسي' Guangxi بعد حصولها كتابة على إخطار يتضمن تعديلات لبنود الاتفاق، والذي يُبقي الشركة في نفس الوضعية الاقتصادية التي كانت قائمة قبل التعديلات في القانون..."[4].

---

[1]. «…upon occurrence such changes, but not before ninety months after the startup date, the parties shall meet in order to find any reasonable solution with could correct= =the above effects. Such solution shall in any case maintain the basic economic and commercial interests of the parties at the date of signature of this contract. »
V. M. ALMEIDA PRADO, le HARDSHIP…Op.cit, p.143

[2]. «…les parties se rapprochent pour examiner les conséquences de la situation nouvelle et convenir des mesures à prendre pour rétablir l'équilibre contractuel dans les intentions et selon l'esprit initial du contrat pour les quantités non livrées, ainsi que pour les quantités non encore encaissées. » V. Ibid., p.143

[3].«16.3. Consultation. Within 7 days following notification of hardship, the parties shall forthwith together in good faith to find a solution to put MNTC in the position it was in priori to the occurrence of hardship...»
V. Ibid, p.144

[4]. «Guangxy government may by written notice obtain adjustments to the terms of this agreement so the company remains in substantially the same economic position as it was priori to such changes in law. ».
V. Ibid., p.144

وهناك من شروط إعادة التفاوض ما يسعى من خلالها المتعاقدون إلى إيجاد توازن عقدي جديد تماما بهدف المحافظة على العقد، ومن بين هذه الشروط:

-"...كذلك في حالة تحقق هذه الحـالة على الأطراف بذل ما في وسعهم من أجل تعديل أو تكملة العقد أو العقود الحالية والاتفاق على ما يقتضيه ذلك بُغيَّة السماح بالمحافظة على علاقاتهم..."[1].

-"...على الوزارة والشركة المناولة الاجتماع خلال 10 أيام بعد الإخطار بُغيَّة الوصول إلى حل للوضعية يُرضي الطرفيْن..."[2].

إلاّ أنّه يبدو أنّ مثل هذا التصنيف حول طبيعة التوازن العقدي المراد الوصول إليه من خلال عملية إعادة التفاوض يجد مرجعه في طبيعة شروط إعادة التفاوض باعتبارها شروط تعاقدية أي اتفاقية، إذْ وكما أبانت الدراسة أنّ هذه الطبيعة الاتفاقية أدّت إلى اختلاف الأنماط التي ترد فيها فضلا على الأحكام التي تخضع لها، وذلك وفقا لما تُمليه المصلحة الاقتصادية لأطراف العقد.

وبالمقابل فإنّ إعمال المعيار الموضوعي لتحديد مضمون عملية إعادة التفاوض وهدفها انتُقد على أساس الطريقة الحسابية التي يقوم عليه البحث عن إعادة التوازن، إذْ أنّ ذلك يقضي أنّ عملية تعديل العقد يجب أنْ تتم في إطار معالم واضحة ومحددة، يتضمنها شرط إعادة التفاوض منذ إبرام العقد، وهذا ما يتعارض مع ما يطبع مرحلة تنفيذه من عدم توقع للمخاطر المتزايدة التي قد تعترضه، بالرغم من أنّ هذا المعيار يُعزز الأمن القانوني للعقد[3].

---

[1]. « …aussi, si un tel cas se produisait, les parties se consulteront et emploieront leurs meilleurs efforts pour, en commun, modifier ou compléter le présent accord ou les contracts et accords que celui-ci prévoit, afin de permettre la poursuite de leur relations… » V. M. ALMEIDA PRADO, le HARDSHIP…Op.cit, p.144

[2]. « …the ministry and the concession company shall consult within ten (10) days after notice with a view to reaching a mutually satisfactory resolution of the situation…» V. Ibid., p.144

[3]. R. ALACHKAR, Op.cit, p.151

ج_ المعيار الشخصي.

يقوم المعيار الشخصي في سير عملية إعادة التفاوض من خلال ضرورة استنادها على فكرة العدالة والتعاون والتضامن، حيث قضت عدَّة شروط إعادة تفاوض بذلك، منها:

-"بعدالة وبنفس الروح الموضوعية والتضامن والتي تمثل أساس العلاقات القائمة بين الأطراف..."[1].

-"...على هؤلاء- المتعاقدين- وطبقا لنفس مبدأ حسن النية الذي أُبرم وفقه العقد موضوع الحال..."[2].

-"...بغية أنْ يتم كل شيء على أكمل وجه للتضامن المتبادل..."[3].

-"...في ظل روح التفاهم والعدالة..."[4].

-"...بعدالة للأطراف..."[5].

وتبعا لما تقدَّم من هذه الشروط فإنَّ المعيار الشخصي يقوم على أساس العدالة الاقتصادية على خلاف المعيار الموضوعي الذي يستند على فكرة الأمن القانوني، وبالرغم من الانتقاد الموّجه لهذا المعيار على أساس عدم إمكانية ضبط مفهوم العدالة[6]، إلاّ أنّ متعاملي التجارة الدولية يميلون إلى الأخذ بالمعيار الشخصي، حيث يقول الأستاذ Marcel:"بُغيَّة إعادة النظر في العقد في حدود معينة، فإنَّ أغلب الشروط المحصل عليها تقدم بعض المعايير لحكم عملية إعادة التفاوض، كما بالنسبة إلى فرضية تصنيف الاختلال الذي مس العقد، هنا نجد اتجاهيْن: بعض الشروط تستند على معايير موضوعية في الغالب تقوم على إعادة التوازن

---

1. سبقت الإشارة إلى هذا الشرط.
2. سبقت الإشارة إلى هذا الشرط.
3. «…afin que tout passe en parfaite loyauté réciproquement. »
V. M.FONTAINE, les contrats…Op.cit, p.514
4. « …dans un esprit de compréhension et d'équité. »
V. Ibid., p .514.
5. « …in fairness to the parties…»
V. Ibid., p.514.
6. R. AlACHKAR, Op.cit, p.151

الأصلي لأداءات الأطراف، لكن غالبية الصيغ المحصل عليها- أي شروط إعادة التفاوض- تختار المعايير الشخصية ذات الصلة بالتضامن والعدالة. وأحيانا يتم الجمع بينهما"[1].

وانطلاقا من الملاحظة الأخيرة للأستاذ Marcel المشار إليها، فإنَّ بعض شروط إعادة التفاوض تميل إلى الجمع بين المعياريْن الشخصي والموضوعي لتلافي النقائص الناتجة عن إعمال أحدهما دون الآخر، إذْ يمكن ذكر على سبيل المثال ما أورده الفقه من الشروط التي قضت بأنَّه:

-"...وبنفس الروح القائمة على مبدأ حسن النية المماثلة لتلك التي سادت إبرام العقد...بطريقة تضع الأطراف في وضعية توازن شبيهه بالذي كان قائما لحظة إبرام هذا العقد"[2].

-"...بعدالة وبدون التسبب بضرر كبير ومتزايد لمصالح كل طرف"[3].

وكنتيجة لما تقدم فإنّ أيًّا من المعياريْن يهدفان إلى ضبط عملية إعادة التفاوض، وذلك بتحديد مضمونها من أجل الوصول إلى الهدف المحدد في العقد، والمتمثل في تحقيق الهدف الاقتصادي أو المصلحة الاقتصادية للأطراف المتعاقدة.

---

[1].« En vue de contenir la remise en cause du contrat dans certaines limites, la plupart des clauses reçues proposent certains critères devant guides la renégociation. Ici encore, comme de l'hypothèse, à-propos de la qualification du bouleversement subi par le contrat, en rencontre deux tendances : quelques clauses retiennent des critères objectifs, généralement axés sur le rétablissement de l'équilibre initial des prestations des parties, mais la plupart des formulations rencontrées optent pour des critères subjectifs, relatifs à la loyauté et à l'équité. Les deux types de critères sont parfois combinés.»

V. M. FONTAINE, les contrats…Op.cit, p.514

[2]. «…dans le même esprit de bonne foi que celui qui a présidé à la conclusion de la présente convention…de façon à remplacer les parties dans une position d'équilibre comparable à celle qui existait au moment de la conclusion de la présente convention. »

V. R. AlACHKAR, Op.cit, p.153.

[3].«…with fairness and without substantial and disproportionate prejudice to the interests of either.»

V. M. FONTAINE, les clauses…Op.cit, p.32

ثانيا– نطاق الالتزام بإعادة التفاوض.

إنّ دراسة نطاق عملية إعادة التفاوض تساعد في فهم إلى أي حد يمكن إعادة التفاوض بشأنه[1]، وذلك بتحديد طبيعة الالتزام بإعادة التفاوض الذي يُشكل التزاما ببذل عناية(أ)، كما أنَّ من الفقه ما يعتبره أكثر ميولا إلى الالتزام بتحقيق نتيجة(ب)، فمثل هذا التحديد لطبيعة هذا الالتزام يساعد في تحديد المسؤولية التعاقدية في حالة فشل المفاوضات في تعديل العقد وتجاوز الصعوبات التي واجهها تنفيذ العقد.

أ– الالتزام بإعادة التفاوض، التزامٌ ببذل عناية[2].

يرى بعض الفقه[3] أنَّ الالتزام بإعادة التفاوض بشأن العقد حال اختلال الأداءات العقدية لا يُمثل سوى التزاما ببذل عناية، إذْ لا تثور المسؤولية العقدية لأحد المتعاقدين في حالة عدم الاتفاق على تعديل العقد تماشيا مع الوضعية الجديدة إلاّ في حالة إثبات الطرف الآخر لعدم بذل شريكه المتعاقد الجهد الكافي لإنجاح عملية إعادة التفاوض.

وتبعا لذلك يتساءل الأستاذ OPPETIT فيما يخص مدى اعتبار الالتزام بإعادة التفاوض التزاما بتحقيق نتيجة، إذْ يقول:" هل يجب الذهاب إلى أبعد من ذلك واعتبار أنّه لا يقع فقط على عاتق الأطراف التزام بمباشرة عملية إعادة التفاوض، وإنّما أيضا بالوصول إلى اتفاق حول التعديل؟ يبدو أنّه يَصعب إلزامهم بذلك بالنظر إلى أنّه في الوضعية الجديدة المترتبة عن تغير ظروف تنفيذ العقد يمكن أنْ تُفضي عملية إعادة التفاوض التي سادها التضامن إلى عدم اتفاق

---

[1]. R. AlACHKAR, Op.cit, p.154

[2]. يُعرف الالتزام ببذل عناية عل أنّه الالتزام الذي يُطالب فيه المدين باتخاذ الحيطة والحذر في تنفيه وبدون أنْ تكون غايته تحقيق وتنفيذ هذا الالتزام، وإنّما بذل الجهد اللازم لتنفيذه، انظر في ذلك المراجع التالية:
محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، دار الهدى، ط.4، 2007، الجزائر، ص.24.
نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص.15.

[3]. مثل الأستاذيْن: Marcel FONTAINE و Bruno OPPETIT

الأطراف بدون أنْ يُرتكب أيُ خطأ من قبل أحدهم"[1]، وهذا ما يُؤكده الأستاذ FONTAINE، حيث يقول:"يبدو أنّ الالتزام بالمشاركة في البحث عن اتفاق جديد بيس سوى التزام ببذل عناية."[2].

وكنتيجة لذلك فإنّه لا تثور المسؤولية العقدية في حالة عدم الوصول اتفاق بشأن تعديل العقد إلاَّ في حالة إثبات أحد المتعاقدين لارتكاب المتعاقد الآخر لخطأ في سعيه لإنجاح عملية إعادة التفاوض[3]، ولا يثور الالتزام بتحقيق نتيجة إلاّ بخصوص التزامهم بمباشرة عملية إعادة التفاوض لا بخصوص إفضاء هذه العملية عن تعديل العقد[4]، والذي يبقى هدفا يسعى أطراف العقد إلى تحقيقه.

كما أنّ اعتبار تعديل العقد نتيجة لإعمال الالتزام بإعادة التفاوض، أمر لم تشر إليه شروط إعادة التفاوض المدروسة من قبل الفقه، بل من العكس من ذلك تفيد هذه الشروط بأنّ هذا الالتزام إنَّما هو التزام ببذل عناية، إذْ قضى شرط إعادة تفاوض بأنّه:"...على الأطراف بذل جهدهم وبحسن نية من أجل تجاوز المشاكل الاقتصادية بتفاهم مشترك. وبأية حال لا يقع على عاتق الأطراف التزام بعقد اتفاق بذلك."[5].

---

[1] . «Faut il aller plus loin et considérer que les parties ont l'obligation, non seulement de se prêter à une renégociation du contrat, mais encore d'aboutir à un accord sur la réadaptation? Il parait difficile de mettre à leur charge une obligation de parvenir à un tel résultat, car, dans la situation nouvelle provoquée par la survenance du HARSHIP, un désaccord sur l'aménagement du contrat persistant après une renégociation menée loyalement reste en éventualité possible, sans qu'il puisse être imputé à faute à l'un des partenaires. »
V. B.OPPETIT, Op.cit, p.807

[2]. « …, l'obligation de participera la recherche d'un nouvel accord semble pouvoir être qu'une obligation de moyens ».
V. M. FONTAINE, les clauses…Op.cit, p.34

[3]. Ibid., p.34

[4]. كما أشارت إليه الدراسة بخصوص تشخيص حدث الـhardship .

[5]. «...the parties shall make good faith efforts to resolve economic difficulties on mutually acceptable terms; however they shall be no obligation hereunder for the parties to reach agreement hereon. »
V. R. ALACHKAR, Op.cit, p.157

ب- الالتزام بإعادة التفاوض، التزام بتحقيق نتيجة[1].

إنَّ بعض الفقه يميل إلى أنّ الالتزام بإعادة التفاوض وإنْ لم يكن التزاما بتحقيق نتيجة، إلا أنَّه يحمل بعض خصائصه[2]، مبررا ذلك أنّ المبادئ التي تحكم العقد ليس فقط لحظة إبرامه، وإنَّما في جميع مراحله، إذْ أنَّ مبادئ كحسن النية والتعاون والتضامن وإنْ كانت هي التي تدفع المتعاقدين للتعاون من أجل إنجاح مشروعهم الاقتصادي، فإنَّها هي نفسها التي تحكم سير عملية إعادة التفاوض، وبالتالي يجب أنْ يقضي التزامهم في هذه العملية بتجاوز الأزمة التي يُواجهها العقد بُغيَّة الإبقاء والمحافظة على علاقاتهم الاقتصادية[3].

ويستند هذا الفقه[4] على المعطيات الاقتصادية على حساب الإطار القانوني لعملية إعادة التفاوض والطبيعة القانونية لمصالح المتعاقدين، والتي لا يُتصور معها-الطبيعة القانونية- أنْ يتم الحفاظ على علاقات الأطراف الاقتصادية على حساب مصلحة أحدهما، ممّا يجعل الالتزام بإعادة التفاوض التزاما ببذل عناية، ما لم يُشر الأطراف إلى عكس ذلك صراحة في شرط إعادة التفاوض[5]؛ إلاّ أنَّه من المنظور المنطق القانوني الأنجلوسكسوني الذي يقوم على فكرة "العقد التشاركي"[6] le contrat relationnel، الذي يستبعد أية أطر قانونية لا تتماشى والقيمة

---

[1]. الالتزام بتحقيق نتيجة هو التزام يتعهد المدين بمقتضاه بتحقيق نتيجة محددة، حيث إذا لم تتحقق هذه النتيجة يكون مسؤولا أمام الدائن لكونه لم ينفذ التزامه، انظر في ذلك المراجع التالية:

علي فيلالي، مرجع سابق، ص.27
محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص.24
نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص.15

[2]. R. ALACHKAR, Op.cit, p.157

[3]. Ibid., p.158.

[4]. مثل الأستاذ ران الأشقر.

[5]. M.ALMEIDA PRADO, Op.cit, p.145

[6]. إن الترجمة الذاتية في هذه الدراسة لمصطلح le contrat relationnel بـ"العقد التشاركي" مستندة على المفهوم الذي يُعبر عنه، والمتمثل في أنّ العقد إطار يجمع مصالح الأطراف الاقتصادية الدائمة والتي يجب أنْ يتشاركوها ويجب أنْ يتشاركوا تحقيقها. انظر في ذلك:

H. BOUTHINON-DUMAS, les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision, RIDC, 2001/3, p.339; J. BELL, rapport Anglais, in « le contrat aujourd'hui » Op.cit, p.252

والقيمة الاقتصادية التي يتضمنها العقد، حيث أنَّ العقد لا يعبر عن مصالح أطرافه فقط بل أكثر من ذلك فإنّ الأهمية الاقتصادية لمحل العقد تمس قطاعا أو مجموعة من المتعاملين الاقتصاديين الناشطين في الميدان الذي تم التعاقد بشأنه أطراف العقد[1].

ويُضرب للتدليل على إمكانية تجاوز الأطر القانونية لصالح الأهمية الاقتصادية المشتركة للعقد مثال العقد الذي يكون موضوعه تصنيع آلات جِدُّ متخصصة، والتي لا يمكن استعمالها فيما بعد إلاَّ للغرض الذي تضمنه هذا العقد، بحيث لا يمكن أنْ تكون محل صفقة أخرى غير تلك التي أُبرم العقد بشأنها؛ فالمعطيات الاقتصادية لمثل هذا العقد تُجبر أطرافه على السعي الحثيث من أجل الحفاظ عليه من خلال إعادة التفاوض في حالة تغير ظروف تنفيذه، ولو على حساب إنهاء العقد كحل قانوني مطروح لمواجهة هذا الفرض[2].

وتبعا لذلك فإنَّ هذا التحليل قد تأثر بالنقاش الفقهي الذي ساد القانون الداخلي بخصوص تقسيم الالتزام ببذل عناية وآخر بتحقيق نتيجة، والذي اِنْتُقِدَ باعتباره غير كاف باستناده على إرادة الأطراف، حيث يصل بعض الفقهاء إلى ضرورة اعتماد تصنيف ثالث إلى جانب الالتزام ببذل العناية والالتزام بتحقيق نتيجة، يتمثل في الالتزام ببذل العناية المشددة أو الالتزام بتحقيق نتيجة المخفف[3]. L'obligation de moyens renforcée ou du résultat allégée

وتطبيقا لذلك فإنّ الالتزام بإعادة التفاوض يمثل التزاما هجينا une obligation Hybride، إذْ يُعتبر نتاج قانون التجار أو ما يُعرف بـ La lex mercatoria للتوفيق بين مصالح الأطراف الاقتصادية[4]، والمستندة على التطبيقات التحكيمية، حيث يرى

---

[1]. R.AlACHKAR, Op.cit, p.160

[2]. J. BELL, Op.cit, p.236 et S.

[3]. من بين هؤلاء الأساتذة: F.TERRE, PH. MALAURIE, L. AYNES
انظر في ذلك:
A.PLANQUELLE, Obligation de moyens, obligation de résultat, RTD.civ, 1972, p.334

[4]. RALACHKAR, Op.cit, p.165

الأستاذ OPPETIT أنَّه وإنْ كان"من المناسب على أية حال الإشارة إلى الدور المميَّز الذي يلعبه المحكمون حاليا في العقود الدولية المرتبطة بعمليات الإنتاج والتموين، حيث تكون مصالح معتبرة على المحك، إذْ لا يأْمل المتعاقدون في ظل هذه العقود الطويلة الأجل إنهاء العقد، الأمر الذي يُرتب آثار جد سلبية بالنسبة لهم؛ بل بالعكس يجتهدون من أجل الحفاظ على العلاقة العقدية، وذلك بتعديل أداءاتهم وفقا للتغيرات الطارئة، والذي يدل على ذلك كثرة شروط إعادة التفاوض وكذا تلك المرتبطة بأسباب الإعفاء..."[1].

كما أنّ نجاح عملية إعادة التفاوض كحتمية اقتصادية يجد له مثالا آخر في عقود التبعية les contrats de dépendance، التي يُمكن فيها لأحد المتعاقدين أنْ يُعدِّل مضمون العقد دون الرجوع إلى المتعاقد الآخر، أيْ بإرادته المنفردة[2] unilatéralement، إذْ أنّه في هذه العقود "تُعوَّض عدم العدالة العقدية التي تُميز هذا النوع من العقود، والمتمثلة في سلطة أحد المتعاقدين في تحديد أو تطوير مضمون العقد من جانب واحد، في التزام الطرف القوي بتعديل العقد وفقا لتغير الظروف على الأقل، إذا كان هو السبب في ذلك"[3]؛ بمعنى آخر إذا كان الالتزام بإعادة

---

[1]. «…il convient en tout cas de souligner l'évolution très intéressante du rôle jouer par les arbitres à l'époque actuelle dans les contrats internationaux relatifs à des opérations de production ou d'approvisionnement; dans ces contrats de long durée, mettant en jeu des intérêts considérables, les parties ne souhaitent pas aboutir à une rupture, trop lourd de conséquences pour elles, et s'efforcent au contraire de maintenir le lien contractuel en adaptant leurs prestations aux changements intervenus, ainsi qu'en témoignent tant les clauses de hardship que celles relatives aux causes d'exonération.»
V. B.OPPETIT, Op.cit, p.810

[2]. P.ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.296.

[3]. «Dans les contrats de dépendance, la contrepartie de l'inégalité contractuelle, qui caractérise ce type de convention et se traduit par le pouvoir unilatéral d'un contractant sur la détermination ou l'évolution du contenu du contrat, pourrait résider dans l'obligation pour le contractant dominant d'adapter le contrat au changement de circonstance, au moins quand celui-ci lui imputable.»
V. Observations sous CCI n° 5953 (1989), Rec.Sen.Arb, CCI 1986-1990, p.437
أشار إليه:.P.ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.296

التفاوض يجد إطاره في شرط إعادة التفاوض فإنَّ الالتزام بالتعديل في هذه الحالة يجد سنده في كون الطرف القوي هو سبب الاختلال العقدي[1].

المطلب الثاني: تدخل التحكيم في عملية إعادة التفاوض.

إنَّ عملية إعادة التفاوض من قِبَل المتعاقدين قد تفضي إلى إحدى النتيجتيْن التاليتيْن: إما تعديل العقد ممَّا يعني نجاح هذه العملية، أو فشلها وبالتالي إنهاء العقد؛ أو الاستمرار في تنفيذه رغم تغير ظروف هذا التنفيذ[2].

غير أنَّ رغبة الأطراف في المحافظة على العقد[3] تدفعهم إلى اللجوء إلى التحكيم، وذلك من خلال شروط إعادة التفاوض ذاته أو من خلال شرط التحكيم La Clause Compromissoire(فرع ثاني)، كما قد يتدخل المحكم في عملية إعادة التفاوض برغم من سكوت المتعاقدين بشان ذلك(فرع ثالث)، غير أنَّ الفقه لاحظ أنَّ شروط إعادة التفاوض لا تُقْصِر هذا التدخل في عملية إعادة التفاوض على المحكم بل قد يعهد ذلك إلى أحد من الغير Tiers، ممَّا يستدعي التعرض إلى طبيعة هذا الغير سواء أكان محكما أو خبيرا أو وسيطا، لما في هذا التحديد من أهمية في تحديد القيمة القانونية للقرار الصادر عنه(فرع أول).

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لمركز الغير المتدخل في عملية إعادة التفاوض.

إنَّ شروط إعادة التفاوض وإنْ كانت قد أشارت في بعضها إلى تدخل الغير في عملية إعادة التفاوض، إلاَّ أنَّ الفقه[4] لاحظ اختلافا في طبيعة هذا الغير، محكما كان أو قاضيا أو خبيرا أو وسيطا (أولا)، ممَّا حدى به إلى البحث عن معايير لتحديد الطبيعة القانونية لمركز الغير في عملية إعادة التفاوض (ثانيا).

---

[1]. D. MAZEAUD, renégocier…Op.cit, p.765

[2] سيتم التعرض إلى مصير العقد أثناء المفاوضات وبعدها، أنظر المبحث الأول من الفصل الأول للباب الثاني.

[3] أشارت الدراسة إلى أهمية المحافظة على العقد كوسيلة لتحقيق الهدف الاقتصادي للأطراف إذْ أن الاعتبار الاقتصادي هو الذي يحدد سلوك المتعاقدين القانوني.

[4] مثل الأستاذ: M. ALMEIDA PROADO, B. OPPETIT, M. FONTAINE

أولا: اختلاف الطبيعة القانونية لمركز الغير.

تتعدد الأوجه التي يرد فيها تدخل الغير في عملية إعادة التفاوض، فقد يشير أطراف العقد إليه على أنَّه مصلحا(أ) أو خبيرا(ب) أو محكما(ج) أو قاضيا(د)[1].

أ. **الغير: المُوَّفِق** Le Conciliateur.

ليس هناك الكثير من شروط إعادة التفاوض التي أشارت إلى كون الغير المتدخل في عملية إعادة التفاوض حال فشل المتعاقدين في تعديل العقد بعد إعادة التفاوض مُوِّفِقا[2]، ومن بين هذه الشروط الشرط الذي قضى أنَّه:"يتفق الأطراف على أنَّه في حالة عدم وصولهم إلى حل لتجاوز الصعوبات التي تعترضهم يمكنهم اللجوء إلى المساعي الحميدة لأحد من الغير، يختار لتخصصه في هذا المجال، بحيث تكون مهمته طرح التوصيات التي يراها مفيدة، أو على الأقل التوفيق بين وجهات نظرهم، وفي حالة عدم الوصول إلى أي حل معقول يمكن للطرف المتضرر إنهاء العقد"[3]، أو الشرط الذي قضى:"... يحتكم الأطراف إلى قرار المؤَفِق أو المصلح..."[4]، أو الشرط الذي قضى:"... يُعيَّن باتفاق مشترك مُوَّفِق وحيد..."[5].

---

[1] للتفصيل في هذه المفاهيم، أنظر:
PH. FOUCHARD, E. GAILLARD, et B. GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, Paris, p. 14 et S.

[2] M. ALEIDA PRADO, le hardship...Op.cit, p. 155.

[3] « au cas où les parties ne parviendraient par une solution à leur difficultés, elles fraient appel aux bons offices d'un tiers choisi de commun accord pour sa compétence dans les matières en cause. Ce tiers aura pour mission de faire aux parties des recommandations qu'il jugerait utiles et, le cas échéant, de concilier leurs vues. Si aucune solutions ne peut être trouvée, il pourra être mis fin au contrat par la partie préjudiciée » V. M. ALEIDA PRADO, le hardship…Op.cit, p. 155.

[4] «… les parties s'en remettraient à la décision d'un conciliateur…»
V. M. FONTAINE, les contrats…Op.cit, p. 520.

[5] «… un conciliateur unique à designer de commun accord…»
V. Ibid, p. 521.

وتبعا لذلك فإنَّ المؤَّفِق لا تعدو مهمته أنْ تكون طرح رؤيته لتجاوز مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد، والتوفيق بين مواقف ووجهات نظر الأطراف، بحيث لا يكون لرأيه أية قوة إلزامية اتجاههم[1]، إذْ أنَّ نجاعة دوره تتوقف على قبول هؤلاء الأطراف لتوصياته وأراءه[2].

ب. الغير: خبير Expert

قد يشير المتعاقدون إلى كون الغير خبيرا في المجال الذي تم التعاقد بشأنه، كالشرط التي قضت بأنَّه:"... يمكن لأي طرف أن يقترح على الطرف الآخر تحديد خبراء..."[3]. أو الشرط الذي قضى:"... يُعيَّن الخبراء طبقا لما هو وارد في البند 18 على أنَّ تعيِّين الخبير الثالث المشار إليه في الشرط 1.ج من هذا البند يجب أنْ يتم على أية حال من قبل ..."[4].

وتبعا لذلك فإنَّ مهمة الخبير في عملية إعادة التفاوض إما أنْ تكون في شكل مستشارا للأطراف أو أنْ يُعهد إليه تعديل العقد[5]، ففي الفرضية الأولى أين يكون الخبير مجرد مستشارا لأطراف العقد ليس لقراره أو رأيه بخصوص تجاوز مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد أية قوة إلزامية اتجاه الأطراف[6]، فدور الخبير هنا مشابه لدور الموفق أو المصلح؛ أما في الفرضية الثانية يَعْهد الأطراف إلى خبير بمهمة تعديل العقد التي فشلوا فيها، إذْ يُكيِّف دور الخبير على أنَّه وسيط أو وكيل مشترك mandataire للطرفين، بحيث يكون قراره ملزما لهما، بمعنى أنَّه في حالة عدم قبول أحد المتعاقدين لما توصل إليه هذا الخبير من حدود يُرتب مسؤوليته التعاقدية[7].

---

[1] R. ALACHKAR, op.cit, p. 169.
[2] J.M. MOUSSERON, Technique contractuelles, éd. Le Fêbre, Paris, 1988, p. 547.
[3] «…either party may be refered by either party for determination by experts…»
V. FONTAINE, les contrats … op.cit, p. 520.
[4] «…experts to be appointed in the manner set out in the article XVIII hereof save that appointement of the third experts reffered to in clause 1.c of that article in any event be made by…»
V. Ibid, p. 521.
[5] R. ALACHKAR, Op.cit, p. 167.
[6] M. ALMEIDA PRADO, Op.cit, p.150
[7] Ibid., p.156.

ج. الغير: قاضيا.

يمكن أنْ يتدخل القاضي في عملية إعادة التفاوض بناء على شرط عام لتسوية النزاعات بين الأطراف المتعاقدة، وليس بالاستناد إلى اتفاق أو شرط خاص، وبالتالي فدور القاضي إزاء عملية إعادة التفاوض يختلف باختلاف النظام القانوني الذي يخضع له، إذْ يحدد القانون الواجب التطبيق هذا النظام[1].

ومن أمثلة ذلك حكم محكمة الاستئناف بباريس في قضية E.D.F مؤسسة كهرباء فرنسا ضد شركة SHELL، حيث تتعلق القضية بعقد تموين بالوقود Fuel لمدة عشرة سنوات؛ فإضافة إلى شرط الإبقاء على أساس المؤشر clause d'indexation، الذي لم يتم إعماله نتيجة توقف نشر المؤشر، كما كان هناك شروط أخرى تقضي بالتقاء الأطراف من أجل مناقشة الوضعية في حالة ارتفاع سعر الوقود، إلاَّ أنَّ المفاوضات فشلت ممَّا اقتضى اللجوء إلى القضاء.

وتبعا لذلك فإنَّ المحكمة دعت الأطراف إلى التفاوض من جديد، وبذلك تحت إشراف مراقب، حيث نجح هؤلاء في الاتفاق على ثمن جديد للوقود[2]، ولقد اعتمدت هذه المحكمة هذا الحل إقرارا لما هو جاري العمل به في القانون الإداري[3].

غير أنَّ الفقه تناول دور القاضي في عملية إعادة التفاوض بحذر شديد، إذْ يميل إلى استبعاد سلطته عن العقد حتى في شروط إعادة التفاوض التي يسكت فيها المتعاقدون عن مصير العقد حال فشلهم في تعديل العقد، حيث يذهب هذا الفقه إلى تفسير مثل هذا السكوت على أنَّه قبول للأطراف لمتابعة تنفيذ العقد، إذْ يقول الأستاذ ALMEID:"إنَّ تدخلات القاضي

---

[1] إن قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق على اعقد ومن هنا تختلف الأنظمة القانونية في التعاطي مع مسألة إعادة التفاوض فمنها ما لا يعترف بها كالقانون الفرنسي وأخرى تعد حلولا مختلفة لهذه المسألة.

[2] M. FONTAINE, les contrats…Op.cit, p. 163.

[3] أشارت الدراسة إلى أن فكرة إعادة التفاوض ظهرت نتيجة عدم تجاوب الأنظمة القانونية مع مقتضيات التجارة الدولية، إذِ أنَّ هذه الأنظمة تقر أدوارا مختلفة للقاضي اتجاه مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد بين مستبعد لمثل هذا الدور وصولا إلى تباين مهامه بخصوص هذه المسألة، كما سيتم تناوله في آخر فصل من هذه الدراسة، أنظر الصفحة ...

يجب على الأقل أنْ تؤخذ بحذر شديد، ذلك أنَّه يجب كما تمت ملاحظته في حال فشل التفاوض كأثر لإعمال شرط إعادة التفاوض سكت فيه الأطراف عن مصير العقد حال فشل علية إعادة التفاوض، ألاَّ يتم ربط هذا الشرط بشرط عام لحل النزاع في العقد، حيث أنَّه في ظل هذه الظروف يبدو أنْ التفسير الأكثر عقلانية لسكوت الأطراف هو أنَّ الأطراف أرادوا متابعة تنفيذ العقد كما اتُفِق عليه أول الأمر"[1].

د. الغير: محكما l'arbitre.

هناك الكثير من شروط إعادة التفاوض التي تشير إلى كون الغير محكما، كالشروط التي قضت بأنه:"...تعرض مسألة...على التحكيم..."[2]، أو"...التعديلات...سيتم إقرارها من قبل المحكم أو المحكمين..."[3].

إلاَّ أنَّ الأستاذ ALMEID من خلال استبيانه لاحظ اختلافا في المهمة المعهودة إلى التحكيم[4]، فمن شروط إعادة التفاوض ما يعهد إلى المحكمين مهمة إصدار قرار ملزم للأطراف، كالشروط التي قضت بأنَّه[5]:

---

[1] « Ces intervention de juge doivent néanmoins être considérées avec une grande prudence puisque, comme nous avons déjà remarqué, suit à l'échec des négociations (réalisées dans le cadre de l'application d'une clause de hardship silencieuse sur le sort du contrat), il n'est pas possible de faire une connexion directe et automatique entre une telle clause et la clause générale de solution de conflit du contrat. Dans ces circonstances, il est plus raisonnable d'interpréter que les parties ont voulues établir la poursuite de l'exécution du contrat telle qu'elle était prévue originairement »
V. M. ALMEID PRADO, le hardship…Op.cit, p.163.

[2] «…la question est…soumise à l'arbitrage»
V. M. FONTAINE, les contrats … Op.cit, p. 520.

[3] «…(Les modification)…seraient arrêtées par l'arbitre ou les arbitres …»
V. Ibid, p. 520.

[4] لقد تمت الإشارة إلى أنَّ هذه الدراسة تستند على أحداث الدراسات التي تناولت مدى التطور الحاصل بشأن فكرة إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، ومن بين هذه الدراسات تلك التي قام بها الأستاذ ALMEIDA، إذْ دام استبيانه مدة 05 سنوات راسل فيها العديد من متعاملي التجارة الدولية.

[5] M. ALMEIDA PRADO, le hardship…Op.cit, p. 159.

-"إذا فشلت المفاوضات في هذا الأجل يمكن للطرف المتمسك بهذا البند طلب تعيين مشترك لمحكم واحد في أجل 15 يوم، وفي حالة الفشل في تعيين هذا المحكم يُعيَّن من قبل رئيس غرفة التجارة الدولية حيث يعطي هذا المحكم قراره في أجل...والذي يتفق الأطراف على قبوله مسبقا"[1].

-"إذا لم يصل الأطراف بعد أشهر من المفاوضات المبنية على حسن النية إلى اتفاق لتجاوز تغير الظروف تحال المسألة إلى غرفة التجارة الدولية ICC طبقا للقسم رقم...من هذا الاتفاق، حيث يحاول المحكمون تضمين قرارهم الحفاظ على أكبر قدر من المصالح الاقتصادية للمشاريع، وذلك لصالح الأطراف"[2].

وبالمقابل قد يكون دور المحكم مجرد إعطاء النصائح لأطراف العقد، إذْ لا يكون لرأيه أيَّة صفة إلزامية لهم، ومن أمثلة الشروط التي أشارت إلى ذلك[3]:

"...في هذه الحالة يكون دور المحكمين:

1. .....

2. اقتراح إذا كان ممكنا على الأطراف الحلول التي تسمح بمتابعة تنفيذ العقد

[1] « Si les négociations n'aboutissent pas dans ce délai la partie qui invoque le bénéfice du présent article pourra demander la désignation conjointe d'un article unique à désigner dans un délai de 15 jours. A défaut d'entente l'arbitre sera nommé par le président de la chambre du commerce international. Il aura un délai de…jours pour rendre sa sentence à laquelle les parties acceptent par avance de se mettre ».
M. ALMEIDA PRADO, le hordshp … Op.cit, p. 158.

[2] « If after six (6) months of good faith negotiations the parties cannot agree on how best to modify this to accommodate the changed circumstances, the matter will be rebered to ICC arbitration in accordance with section … of this agreement. In reaching their conclusion, the arbitrators will attempt to presarve to the extent possible the economics benefits of the projects for the parties ».

[3] Ibid., p. 158.

للمحكمين مهلة 03 أشهر لإكمال مهمتهم، كما للطرف المتضرر في حال إقرار المحكمين للظروف والأحداث المذكورة في البند 1 من هذا الشرط، الإنهاء الفوري للعقد ورفض المقترحات المفترضة للمحكمين كما هو مُشار إليه في البند 02 أعلاه"[1].

يتضح من خلال الشروط السابقة الذكر أنَّ دور الغير يختلف باختلاف الدور المنوط به من قبل أطراف العقد، وهذا ما دفع الفقه للسعي إلى إيجاد معيار يحدد طبيعة مركز الغير المتدخل في إعادة التفاوض.

ثانيا: معيار تحديد طبيعة مركز الغير.

لقد أثار اختلاف شروط إعادة التفاوض في وصف مهمة الغير في عملية إعادة التفاوض جدلا فقهيا، حيث يرى الأستاذ FONTAINE أنَّ الأمر يتجاوز اختلاف في المصطلحات[2]، إذْ يقول:"منذ النقاشات الأولى للمجموعة في السبعينات من القرن الماضي[3]، فإنَّ طبيعة تدخل الغير تبدو أحد أبرز المشاكل الأساسية التي تتمخض عن شروط إعادة التفاوض، فبالرغم من قلة من الشروط المحصل عليها، "حوالي الربع" أشارت إلى مثل هذا التدخل، إلاَّ أنَّ المسألة القانونية المتعلقة بهذا الجانب تبدوا مهمة على الخصوص"[4].

---

[1]« … dans ce cas les arbitres auront pour mission :

1) ….

a. De proposer aux parties, si faire peut, des solutions permettant la poursuite de leurs relations.

- Les arbitres auront trois mois pour accomplir leur mission. S'ils reconnaissent l'existence des circonstances et des faits indiqués au point 1) ci-dessus, la parties supportant le préjudice aura la possibilité de résilier immédiatement de plein droit le présent accord en rejetant les éventuelles propositions des arbitres telles que mon mentionnées au point 2) ci-dessus.

[2]« Il pourrait y avoir en jeu beaucoup plus qu'une question de mots ».

V. M. FONTAINE, les contrats…Op.cit, p. 520.

[3] أي الدراسة التي قام بها فوج العمل تحت رئاسته ونشرت سنة 1976، أنظر:

M. FONTAINE, les clauses de hardship…Op.cit, p. 7.

[4]« Lors des premiers débats du groupe dans les années soixante-dix du siècle dernier la nature de l'intervention du tiers avait paru constituer l'un des problèmes Fondamentaux que soulevaient les clauses de hardship bien que seul une minorité des=

ويواصل الأستاذ MARCEL عن الاختلاف والتردد في اختيار المصطلحات إلى حد التساؤل عن تأثير ذلك على مفهوم التحكيم كآلية لتسوية النزاعات العقدية، حيث يقول: "أليست مصطلحات: محكمين، خبراء، موفقين، تردد اصطلاحي من طرف محرري الشروط يُضفي الحيرة اتجاه تدخل المحكم الجد مختلف عن ذلك التدخل التقليدي للتحكيم التجاري؟"[1].

وانطلاقا من هذا التساؤل يشرح نفس الأستاذ هذه المسألة التي اختلف شأنها الفقه، حيث يرى أنَّه:"تظهر الحاجة إلى التفرقة بين الدور الحقيقي للمحكم المكلف بالفصل في نزاع قانوني عن دور أحد من الغير المكلف بتعديل العقد طبقا لظروف جديدة، حيث لا يتعلق الأمر بالتحكيم بأتم معنى الكلمة، وإنَّما بخبرة نهائية أو تحكيم اقتصادي أو تنظيم العقد.

فالتفرقة يجب أنْ تكون بعيدة عن المفهوم الأكاديمي، حيث أنَّ التحكيم بالمفهوم الكلاسيكي يتم طبقا لإجراء محدد، إذ أن قرار المحكم يمكن تنفيذه بالقوة عن طريق أمر التنفيذ، بينما الخبير النهائي لا يخضع لنفس القواعد، حيث الإجراء المطبق من الوارد عدم احترامه، وتعتبر قرارات الغير جزءا من العقد وأيَّة اعتراضات بشأنها يمكن أنْ تكون موضوعا للطعن أمام المحاكم"[2].

=clauses reçues (un quart) aient prévues une telle intervention, les questions juridiques en jeu semblaient particulièrement importantes ».
V. M. FONTAINE, les contrats…Op.cit, p. 528.

[1]« Arbitres, expert, conciliateurs. Les hésitations terminologiques des auteurs des clauses ne trahissent elle pas l'embarras ressenti devant une intervention d'une portée sensiblement différente de celle de l'arbitrage commercial traditionnel ? »
V. Ibid, p. 528.

[2]«La distinction aurait été loin d'être purement académique. Un arbitrage au sens classique se déroule suivant une procédure déterminée; la sentence de l'arbitre est susceptible d'exécution forcée moyennant le recours à l'exequatur. L'intervention d'un expert irrévocable n'est pas soumise aux règles la procédure applicable est incertaine si les partes n'ont rien prévu…; les conclusions de l'expert s'intègrent au contrat et toute contestation qui s'urgerait à leur égard paraît susceptible d'un recours devant les tribunaux ».
V. M. FONTAINE, les contrats…Op.cit, p. 528.

وانطلاقا من هذا التشخيص ثار إشكال قانوني يتمثل في مدى اعتبار الغير محكما من عدمه؟[1]، إذْ أنَّ المفهوم التقليدي للتحكيم يقتضي وجود نزاع قائم بين أطراف العقد الأمر غير المتوفر بأتم معنى الكلمة في حالة فشل المتعاقدين في تعديل العقد عقب عملية إعادة التفاوض[2].

وتبعا لهذا الاختلاف في تحديد مركز الغير القانوني في عملية إعادة التفاوض حاولت غرفة التجارة الدولية CCI تجاوز هذه المسألة بإقرار نظام règlement سنة 1978، يسمح لمتعاملي التجارة الدولية بتنظيم تدخل الغير الذي ليس له صفة محكم، بحيث يمكن أنْ يكون مجرد مستشارا للأطراف، وإما أنْ يكون لقراره قوة إلزامية للأطراف[3]؛ غير أنَّ عزوف متعاملي التجارة الدولية إلى اللجوء إلى مثل هذا النظام دفع غرفة التجارة الدولية إلى إلغائه سنة 1994[4].

كما سعت ذات الغرفة إلى تجاوز إشكالية تحديد طبيعة الغير من خلال الشرط الذي أقرته، والذي قضى بأنَّه:"في حالة فشل الأطراف في الوصول إلى اتفاق بخصوص تعديل العقد في أجل 90 يوما من تاريخ تقديم الطلب فلأي منهما الحق في إحالة القضية إلى اللجنة الدائمة لتنظيم العلاقات التعاقدية التابعة لغرفة التجارة الدولية، وذلك من أجل تعيِّين أحد من الغير أو لجنة من ثلاثة أعضاء طبقا لأحكام النظام الخاص بتنظيم العلاقات التعاقدية لغرفة التجارة الدولية، ويحدد هذا الغير لصالح الأطراف ما إذا كانت شروط التعديل المذكورة في الفقرة 1

---

[1] لقد أشارت الدراسة في عدة مواضع إلى كون فكرة إعادة التفاوض عبارة عن ممارسة تعاقدية من قبل متعاملي التجارة الدولية، الذين لهم صفة اقتصادية وليست قانونية، إذْ أنَّ هذه الصفة أدَّت إلى اختلاف أنماط تنظيم فكرة إعادة التفاوض من عقد لآخر، مما أدى إلى اختلاف الأطر القانونية التي ترد فيها.

[2] R. ALACHKAR, Op.cit, p. 169.

[3] أشار إليه:

PH. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMEN, Op.cit, p. 24.

[4] R. ALACHKAR, Op.cit, p. 169 ; PH. FOUCHARD, Op.cit, p. 73.

وفيما يخص المحاولات الأخرى لحل هذا الإشكال من قبل مراكز التحكيم الأخرى كـ CNUDCI ونماذج FIDIC، أنظر:

PH. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMEN, Op.cit, p. 17 et S.

متوافرة، وفي حالة توافر هذا الشرط، يقوم هذا الغير بتعديل العقد على أساس من العدالة دون أنْ يتحمل أي طرف ضررا فاحشا"[1].

كما أنَّ الفقه تناول هذه المسألة، حيث يرى الأستاذ OPPETIT أنَّ أهمية تحديد طبيعة مركز الغير، تتمثل في مدى تمتع قراره بالقوة الإلزامية اتجاه الأطراف، إذْ يقول:"إذن يثور إشكال دقيق بخصوص طبيعة وقيمة القرار الذي سيتم اتخاذه–أي من قبل الغير–، حيث من الممكن التساؤل عن مدى كون الاتفاق الذي يسمح للغير بتعديل العقد هو اتفاق تحكيم أو اعتباره اتفاق مغاير، إذْ أنَّ أهمية التفرقة معروفة، وتكمن أساسا في فعالية القرار المتخذ من قبل هذا الغير، ذلك أنَّه إذا كان اتفاق تحكيم فإنَّ القرار الذي يتخذه الغير سيكون قرارا تحكيميا، تنفيذه لا يحتاج سوى أمر بالتنفيذ، وبالعكس من ذلك إذا لم يكن القرار قرارا تحكيميا فإنَّه يُضاف كلية وببساطة إلى العقد ولا يلزم الأطراف إلا في الحدود القوة الملزمة للعقد، وبالتالي لا يمكن تنفيذه في حالة عدم التنفيذ الطوعي كما العقد، إلاَّ باللجوء إلى الطرق القضائية المعتادة"[2].

---

[1]« 5. A défaut d'un accord des parties sur la révision du contrat dans un délai de 90 jours après la demande, chacun des parties pourra saisir de l'affaire le comité permanent pour le régulation des relations contractuelles de la CCI. Le tiers décidera pour le compte des parties si les conditions de révision stipulées au paragraphe 1 sont réunies. S'il est ainsi, il révisera le contrat sur une base équitable afin de garantir qu'aucune des parties ne souffre un préjudice excessif ».

أشار إليه:

M. ALMEIDA PRADO, le hardship … Op.cit, p. 157.

[2] « Un délicat problème surgit alors concernant la nature et la décision qui sera prise. Il est en effet permis de se demander si la convention chargent un tiers de remodeler un contrat relève bien de l'arbitrage où bien doit être considérée comme étrangère à la matière. L'intérêt pratique de la distinction est bien connu et concerne principalement l'efficacité de la décision du tiers est une sentence arbitrale dont l'exécution sera seulement subordonnée à l'obtention de l'exequatur. Dans le cas contraire, la décision n'est pas un acte juridictionnel, elle s'incorpore purement et simplement à la convention, et ne s'impose aux parties qu'au titre de l'effet obligatoire du contrat, si bien que, à défaut d'exécution volontaire, elle ne pourra être exécutée que comme la convention elle-même par les voies judicaires habituelle ».

V. B. OPPETIT, Op.cit, p. 808.

ويقترح الأستاذ OPPETIT لتحديد طبيعة مركز الغير معيارا يتمثل في البحث عن نية المتعاقدين ومدى انصرافها إلى اعتبار الغير كمحكم، حيث يقول:"إنَّ التفرقة...تتم في النهاية من خلال فحص نفسي بالأخص، إذْ أنَّ تحديد طبيعة الغير تستند على معرفة ما إذا كان لجوء الأطراف إلى الغير من أجل التعاون على تسوية ودية لعدم اتفاقهم المفترض أو على العكس من ذلك أنْ تكون ادعاءاتهم متعارضة تحتاج معها إلى قرار تحكيمي"[1].

وعلى العكس من ذلك يرى الأستاذ FOUCHARD أنَّ التفرقة بين التعديل وحل نزاع كأساس لاعتبار الغير محكما تفرقة غير مجدية، إذْ أنَّ في كلتا الحالتين يعتبر عدم اتفاق الأطراف سببا للجوء إلى التحكيم[2].

وتبعا لذلك من الأنسب أنْ يكون هذا الغير محكما بسبب القوة الإلزامية التي يكتسبها قراره، وذلك تماشيا مع المنطق الذي يقوم عليه عقد التجارة الدولية المتمثل في السعي الجدي وبذل الجهد من أجل إنجاح العقد، ولا سبيل في ذلك في حالة عدم اتفاق الأطراف في عملية إعادة التفاوض إلا باللجوء إلى التحكيم، لما له من دور في فض خلاف الأطراف من خلال قرارته الملزمة[3]؛ لذلك فإنَّه في نطاق دراسة دور الغير في عملية إعادة التفاوض يظهر جليا أهمية دراسة دور التحكيم في هذه المسألة لما للقرارات التحكيمية من قوة إلزامية اتجاه الأطراف[4].

---

[1] « La distinction...procède finalement d'une investigation exclusivement psychologique, la qualification dépend du : point de savoir, si les parties en recourant un tiers entendent réellement coopérer et faire aplanir à l'amiable leurs éventuels désaccord, ou si au contraire elles veulent opposer leurs prétentions et obtenir une décision juridictionnelle suit ces dernières ».
V. B. OPPETIT, Op.cit, p. 809.

[2] PH. FOUCHARD, Op.cit, p. 73 et S.

[3] R. ALACHKAR, Op.cit, p. 172.

[4] لقد ذهب كل من الأستاذ Pascal ACCAOUI-LORFING و Harold ULLMANN مباشرة في دراستهما إلى اعتبار الغير محكما، لما لهذا الأخير من أهمية في إنجاح الصفقة الاقتصادية التي تضمنها العقد بعد فشل عملية إعادة التفاوض في تعديل العقد بسبب تغير ظروف تنفيذه، أنظر:
H. ULLMANN, Op.cit, p. 900; P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p. 300.

ويبدو أنَّ الاختلاف الفقهي بخصوص تحديد مركز الغير في إطار عملية إعادة التفاوض مرده عدم دقة شروط إعادة التفاوض وعموميتها[1]، إذْ أنَّ محرري هذه الشروط ليسوا سوى متعاملين اقتصاديين، وبذلك تكون فكرة إعادة التفاوض ممارسة تعاقدية أكثر منها قانونية بالمعنى الضيق[2].

الفرع الثاني: دور التحكيم في حالة وجود شرط إعادة التفاوض[3].

قد يتدخل المحكم في حالة وجود شرط إعادة التفاوض على مستويَيْن: الأول يتمثل في مراقبة شروط إعمال الالتزام بإعادة التفاوض (أولا)، والثاني يتمثل في تعديل العقد في حالة فشل الأطراف في ذلك (ثاني).

أولا: دور المحكم في فحص عملية إعادة التفاوض.

إنَّ فحص المحكم لشروط إعمال إعادة التفاوض في حالة وجود شرط يقضي بذلك، يمس جانبيْن: الأول يتمثل في مدى جسامة اختلال توازن العقد الذي من أجله تمت عملية إعادة التفاوض (أ)، والثاني يخص فحص مدى التزام الأطراف وجدِّيَّتهم في عملية إعادة التفاوض (ب).

أ. فحص شروط إعمال إعادة التفاوض:

من أجل فحص مدى توافر شروط إعمال إعادة التفاوض على الهيئة التحكيمية فحص مدى جسامة اختلال توازن العقد بعد تغير ظروف تنفيذه، وكذا الآليات المتفق عليها من قبل الأطراف في شرط إعادة التفاوض، إذْ تسعى الهيئة التحكيمية من أجل ذلك إلى تكيِّيف الشرط

---

[1] PH. FOUCHARD, Op.cit, p. 71; M. ALMEIDA PRADO, le hardship …Op.cit, p. 160.

[2] لقد أشارت الدراسة إلى كون فكرة إعادة التفاوض تجد أصلها في القانون الأنجلوسكسوني أين الممارسة التعاقدية صادرة من متعاملين اقتصاديين وليس قانونيين، ذلك أنَّ هذا القانون يقيم أهمية كبيرة للممارسات التعاقدية في ترتيب الأحكام التي يخضع لها العقد.

[3] سيتم الاقتصار والتركيز فقط على دور التحكيم باعتبار أنَّ له دورا مؤثرا، سواء فيما يخص فحص شروط إعمال الالتزام بإعادة التفاوض دون بقية التي قد يلعبها الغير، أو سواء كان موفقا أو وسيطا. أنظر الفرع السابق فيما يخص مختلف الأدوار التي يلعبها الغير في نطاق العقد.

الوارد في العقد إذا ما كان يمثل شرط إعادة التفاوض، وذلك من خلال تحليله ودراسته إضافة إلى فحص توافر الشروط المتفق عليها لإعمال إعادة التفاوض[1].

وتطبيقا لذلك وبخصوص شرط عدالة clause d'équité –وارد في عقد بيع نفط خام – قضية BOMAR ضد ETAP غير منشورة[2]،والذي قضى بأنَّه:"على البائع والمشتري إعادة التحادث بشأن الثمن في حالة التغيُّر الهام في السوق، والذي يجعل من ثمن الوارد في العقد غير متماشي مع الوضعية الجديدة، وتنطلق هذه المحادثات على أقصى تقدير في 06 سبتمبر 1983، وفي حالة عدم الاتفاق على ثمن جديد لا يصير هذا العقد ملزما لا للمشتري ولا للبائع"[3].

وفي تحليلها لهذا الشرط كيَّفَته المحكمة التحكيمية على أنَّه شرط مراجعة للثمن[4]، إذْ أقرت بأنَّه:"يسمح للأطراف من خلال اتفاق مشترك بتعديل الثمن المتفق عليه في حالة طروء تغيُّرات فيما بعد على السوق الحالي"[5]، حيث أنَّ اختلال العقد بلغ حدا من الجسامة يبدوا أنَّه لا يحمل طابعا غير عادل، إذْ أنَّ الإشارة إلى معيار العدالة الوارد في عنوان الشرط لا يجد له مكانا في المضمون، حيث تم التعرض إلى آليات التعديل، فنحن أمام شرط حماية وليس شرط تعديل تلقائي من أجل ثمن جديد يهدف إلى حماية الأطراف ضد انهيار أسعار الخام، ممَّا يخل

---

[1] P. ACCAOUI- LORFING, Op.cit, p.p. 301 et 302.

[2] غير منشور تمت الإشارة إليه من قبل الأستاذ PASCAL أنظر:

Ibid, p. 302.

[3] «Le vendeur et l'acheteur rediscuteront le prix en de changement important de marché spot qui aurait fait que le prix de contrat n'est plus en ligne avec la nouvelle situation ; la rediscutions devra cependant intervenir au plus tard le 6 Septembre 1983. En cas de non accord sur un nouveau prix, ni le vendeur ni l'acheteur ne seront plus liés par le contrat ».

[4] شروط مراجعة الثمن من الشروط التي تفضي إلى إعادة التفاوض كما أشارت الدراسة، انظر المبحث الثاني من الفصل الأول للباب الأول.

[5] « Ouvre aux parties la possibilité de modifier d'un commun accord le prix stipulé en cas de changement survenu peu après sur le marché spot ».
V. P. ACCAOUI- LORFING, Op.cit, p. 302.

بالعقد المبرم، وذلك في سوق جِدُّ حساس حتى فيما يخص الآجال القصيرة؛ وبهذا الخصوص فإنَّ الإشارة إلى العدالة يبرز مقدار أهمية التغير الحاصل وأثره على التوازن العقدي"[1].

كما أنَّه ومن خلال تحليل هذا الشرط خلصت هيئة التحكيم أنَّ مقدار الجسامة يفرض تحديدا لآثار التغير الحاصل على العقد، وهذا ما تفرضه عبارة "والذي يجعل من الثمن الوارد في العقد غير متماشي مع الوضعية الجديدة"، حيث تشير هذه العبارة إلى أنَّ أهمية التغيُّر الحاصل يجب أنْ تُتَرجم تناسبيا بتعديل بنفس السياق في وضعية الأطراف"[2].

وبعد تحليل هيئة التحكيم للشرط السابق الذكر من حيث درجة جسامة الاختلال وتحديد آثاره وكذا آلية التعديل المتفق عليها، خلصت إلى أنَّه ليس كل اختلال لتوازن العقد يستتبع معه تعديل العقد، كما هو الشأن في هذه القضية[3].

وتطبيقا لذلك تظهر أهمية تدخل التحكيم في هذه المرحلة لما يترتب عنها من إعمال التفاوض من عدمه، كما أنَّ القرار الصادر عن المحكم أو المحكمين من شأنه منع أية ممارسات منافية لمبدأ حسن النية، والصادرة من قبل المتعاقد المستفيد من تغيُّر ظروف تنفيذ العقد[4].

---

[1] « Il ne semble qu'un tel changement revêt un caractère inéquitable car la référence à l'équité qui figure dans l'intitulé de la cause ne se retrouve pas dans le contenu même de celle-ci où sont énoncé les paramètres de la révision … ; on est en présence d'une clause sauvegarde, et non d'une clause d'adaptation automatique au nouveau prix, destinée à prémunir les parties, sur un marché très sensible même en courte période contrat un emballement ou un effondrement subits des cours de but déséquilibrant le contrat conclu ; à cet égard l'évocation à l'équité renforce la nécessité de l'importance du changement requis et de son incidence sur le contrat ».
V. P. ACCAOUI- LORFING, Op.cit., p. 303.

[2] «…implique une appréciation des conséquences du changement apporté au contrat: l'incidence du changement de l'équilibre contractuel commande, au même titre que l'importance du changement, le jeu de la révision ; c'est ce que l'implique la formule …un prix qui n'est pas en ligne avec la nouvelle situation"; la formule indique que l'importance du changement doit se traduire, corrélativement, par une modification du même ordre dans la situation des parties ».

[3] أشار إلى هذا الحكم في قضية BOMAR:

Ibid., p303

[4] R. ALACHKAR, Op.cit, p.140.

ب. فحص المحكم لجدية عملية إعادة التفاوض:

يقوم المحكم بفحص جدية عملية إعادة التفاوض، إذْ أشارت إلى ذلك هيئة التحكم في قضية BOMAR[1]، بقولها:"أنّ هذه العملية تقوم على تبادل العروض المقابلة مشابهة لتلك التي تمت في مرحلة المفاوضات التي سبقت عملية إبرام العقد..."[2]، ممَّا يستدعي أنْ تتم هذه العروض والاقتراحات بجدِّية من قبل الأطراف.

كما قضت المحكمة الفيدرالية لمدينة "ديستركت" la cour Fédéral du Discrit، بمناسبة عقد مبرم بين شركتي Georgia power و cimaron Coal corporation المتضمن شرط إعادة تفاوض وشرط تحكيم، بأنه:"إذا توقع أطراف العقد أن تغيرا في الظروف–أي ظروف تنفيذ العقد– يمكن أنْ يفرض تعديلا لبنود العقد على أنْ يتم هذا التعديل من خلال اتفاق مشترك، فإذا لم يتم التوصل إلى مثل هذا الاتفاق فإنَّ النزاع يخضع لشرط التحكيم مثلما هو عليه الحال بالنسبة لهذا العقد، إذْ بما أنّ الأطراف اتفقوا على عرض نزاعهم على التحكيم فهذا يدل على أن مصالحهم سيتم حفظها من خلال التحكيم–أكثر من اللجوء إلى القضاء إذا ما ثار هذا النزاع"[3]؛ أيْ أنّ المحكمة أقرت باختصاص التحكيم دون النظر إلى طلب شركة Georgia power القاضي بالحصول على حكم قضائي يحول دون اللجوء إلى التحكيم.

---

[1] أشارت هذه الدراسة إلى أن هذه القضية غير منشورة أوردها الأستاذ "باسكال"، أنظر:
P. ACCAOUI- LORFING, Op.cit, p. 302.

[2] «Un échange de proposition et de contreproposition analogue à celles qui se déroulent au cours de la négociation précédant la conclusion du contrat…».
V. Ibid, p. 306.

[3] « When the parties to a contract forsee the possibilities of a change in circunstances wich might require modification of the contractual terms and provide for modification by mutual consent, and they…are unable to agree up on such modification, the resulting dispute is subject to a board arbitration provisions such as that contained in the agreement now before the court. The fact contracting parties agree in general to arbitration of disputes indicates a determination tha their interests will be better served by arbitration than by resorting to court if problems arise ».
V. H. ULLMAN, Op.cit, p. 903.

في تعليقه على هذا القرار يرى الأستاذ Harold أنَّه:"يجب انتقاد هذا الحكم حيث لم تنظر المحكمة إلى الحجج المقدمة من طرف شركة Georgia power، والقاضية بأنّ اللجوء إلى التحكيم يمس بهدف مفاوضات الأطراف الثنائية بخصوص الثمن، إذ كان على المحكمة التفريق بين حالتين: الأولى تتمثل في قيام الأطراف بالتفاوض بحسن نية، والحالة الثانية تتعلق بإخلال أحد الأطراف بواجبه في التفاوض بحسن نية.

ففي الحالة الأولى يجد الأطراف أنفسهم في حالة انسداد مما يفضي بعملية التفاوض إلى التحكيم، أما في الحالة الثانية فيمكن فيها أنْ يطلب الطرف سيء النية اللجوء إلى التحكيم لتفادي عملية إعادة التفاوض"[1].

وتبعا لما تقدم تبرز جدِّية الأطراف في عملية إعادة التفاوض من خلال التزامهم بمبدأ حسن النية الذي لا يعتبر فقط أساس هذه العملية بل مبدأ مهما في حياة العقد[2]، وهذا ما أشارت إليه هيئة التحكيم بخصوص قضية BOMAR السالفة الذكر، حيث أكدت أنَّ عملية إعادة التفاوض القائمة على الاقتراحات المتبادلة "يجب أنْ تتم وفقا لمبدأ حسن النية، والذي وإنْ لم يتم التنصيص عليه في الشرط–شرط إعادة التفاوض–، إلاَّ أنَّه قائم في كامل العملية التعاقدية"[3].

---

[1] « Cette décision doit être critiquée, car la cour n'a pas retenue l'argument de Georgia power qui soulignait que la soumission du litige a l'arbitrage détourne le but de la négociation mutuelle du prix par les parties. La cour aurait dû distinguer deux cas. Dans le premier cas, les parties négocient de bonne foi et ne parviennent pas à un accord. Dans le second cas, l'une ne remplit pas son devoir de négociation de bonne foi avec l'autre partie. Dans le premier cas les parties se trouvant dans une impasse soumettront leur négociation à l'arbitrage. Dans le second cas le partie fautive pourrait invoquer la clause d'arbitrage afin d'éluder la négociation ».
V. H. ULLMAN, Op.cit, p. 903.

[2] لقد أشارت الدراسة لدى التعرض إلى خصوصية العقد الدولي إلى أهمية هذا المبدأ الذي يعد كذلك مبدأ مهما في إطار نظرية العقد في القوانين الداخلية.

[3] «…doit être menée de bonne foi selon une exigence non expressément mentionnée par la clause mais sous-jacente à toute la matière contractuelle ».
V. P. ACCAOUI- LORFING, Op.cit, p. 307.

وبالمقابل إذا كان بإمكان المحكم التدخل في عملية إعادة التفاوض في وجود شرط يقضي بها كما هو مشار إليه، فإنَّه بإمكانه ذلك حتى مع عدم وجود شرط إعادة التفاوض.

ثانيا: تعديل العقد من قبل المحكم.

إنَّ تعديل العقد من قبل المحكم على إثر تغير ظروف تنفيذه كنتيجة لفشل المفاوضات بين أطراف العقد يخضع لضوابط محددة (أ)؛ وذلك لما يترتب عن تعديل هذا المحكم للعقد من آثار (ب).

أ. شروط تعديل العقد من قبل المحكم:

إنَّ تعديل العقد تعديل العقد من قبل التحكيم بعد فشل المفاوضات في حالة وجود شرط إعادة التفاوض يجد أساسه في إرادة الأطراف[1]، إذْ هناك من الشروط ما يشير إلى مثل هذا الدور المنوط به، ومن بين هذه الشروط:

- "تعرض...المسألة...على التحكيم..."[2].
- "...التعديلات...سيتم إقرارها من قبل التحكيم..."[3].
- "...لكل طرف الحق في إحالة القضية إلى التحكيم..."[4].

غير أنَّه في حالات أخرى فإنَّ تدخل التحكيم لتعديل العقد يفهم من خلال بنود شرط إعادة التفاوض أو شرط التحكيم، أي أنّ هذا الدور تشير إليه بصفة ضمنية إرادة الأطراف في العقد[5].

إلا أنّه في المقابل قد أثار تدخل المحكم لتعديل العقد بصورة ضمنية جدلا عما إذا كانت هذه المهمة تدخل في نطاق شرط التحكيم حال وجوده في العقد، وهذا ما تعرّضت إليه غرفة

---

[1] M. FONTAINE, les contrats…Op.cit, p. 519.

[2] سبقت الإشارة إليه.

[3] سبقت الإشارة إليه.

[4]«…, either party may require the matter to be submitted for arbitration…».
V. D. PHILLIPPE, Pacta…, Op.cit, p. 249.

[5] P. ACCAOUI-LORFINNG, Op.cit, p. 310.

التجارة الدولية في قرارها رقم 5754 الصادر بتاريخ 03 نوفمبر 1988 أو ما يعرف بقضية ALCAN[1]، حيث ورد شرط تحكيم تحت رقم 20، والذي جاء فيه:"شرط التحكيم رقم 20:...يجب تفسير هذا الشرط في إطار العقد الذي ورد فيه، إذْ ورد في عقد طويل الأجل إلى جانب العديد من الشروط التي توجب التعديلات، بحيث يثور التساؤل هنا عمَّا إذا اتجهت إرادة الأطراف إلى إقرار دور للتحكيم في هذه التعديلات، وهل عبارات الشرط رقم 20 واسعة كفاية لإقرار هذه التعديلات، كما هو بالنسبة لهذه الحالة، إذن يجب تفسير هذا الشرط في هذا السياق، وإنْ كان يمكن تفسيره بصورة ضيِّقة في سياقات أخرى"[2].

وتبعا لذلك يظهر اتجاه التحكيم إلى الميْل إلى رد تعديلهم للعقد من خلال شرط التحكيم إلى إرادة الأطراف، وذلك من خلال تفسير هذا الشرط بالنظر إلى عبارات العقد ككل.

إلا أنّه بالمقابل فإن مَكُنَة تعديل العقد من قبل المحكم تستبعد في ظل وجود إرادة صريحة من قبل أطراف العقد، إذْ وكما أشارت الدراسة قد يعهد أطراف العقد إلى شخص غير المحكم مهمة تعديل العقد في حالة الفشل في عملية إعادة التفاوض[3].

كما تستبعد سلطة المحكم في تعديل العقد في حالة اتفاق الأطراف على أن فشل عملية إعادة التفاوض لا تؤدي إلى إعمال شرط التحكيم la clause compromissoire، الذي من

---

[1] هي قضية غير منشورة أوردها الأستاذ PASCAL في بحثه المشار إليه آنفا.

[2] « The arbitration clause (clause 20) … The clause must always be interpreted as part of, and in the light of, the particular contract in wich it appears. Here it is used in a long term contract, with a number of provision wich may require adjusment over the periode of the contract. If the conclusion is that the parties contemplated arbitration with a view to their adjusment and if the language itself of clause 20 is general or wide enough to enable clause 20 to apply to such adjusment, as it certainly is "all disputes arising in connection with this contract", then this clause should be interpreted even though in other contexts it might be given anarrower scope ».
V. P. ACCAOUI-LORFINNG, Op.cit, p. 311.

[3] أشارت الدراسة إلى إمكانية لجوء الطرف إلى الغير من أجل إبداء النصح أو التوفيق بين الأطراف أو حتى تعديل العقد في حالة فشل عملية إعادة التفاوض، وذلك من خلال اللجوء إلى الوسيط أو الخبير أو حتى القاضي.

خلاله يستطيع المحكم تعديل العقد، ومن الشروط التي تشير إلى ذلك الشرط الذي قضى:"... يتفق الأطراف على أنَّ تعديل العقد يتم بتراضي متبادل، وعلى أنَّ فشل إقرار التعديلات المقترحة لا يعطي الحق تحت أي ظرف في اللجوء إلى التحكيم عملا بالبنود من 35 إلى 40"[1].

يضاف إلى ذلك اتفاق الأطراف على مصير العقد بعد فشل إعادة التفاوض عن إقرار تعديل العقد مما يستبعد أي دور للتحكيم في تعديل العقد[2]، كالشرط الذي قضى بأنَّه:"6.13: في حالة عدم توصل الأطراف إلى اتفاق خلال مدة 90 يوما، فللطرف المخطِر الحق في إنهاء هذا العقد من خلال إخطار الطرف الآخر عن طريق رسالة موصى عليها مع إشعار بالوصول ترسل خلال مدة 15 يوما التالية لانتهاء مدة 90 يوما المشار إليها، حيث ينهى العقد خلال مدة 90 يوما من تاريخ استلام رسالة إنهاء العقد"[3]، أو كالشرط الذي قضى: "...إذا لم يصل الأطراف إلى اتفاق في أجل معقول فلكل طرف الحق في إنهاء العقد ..."[4].

---

[1] «…the parties agree thzt the revision of a contract clause requires mutual consent and that the failure to agree to a proposed modification may under no curcumstances give a right to ask for arbitration to articles 35 to 40».
V. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p. 323.

[2] سيتم التعرض إلى مصير العقد في حالة الفشل في إقرار تعديلات متناسبة مع التغيرات الطارئة على تنفيذ العقد في إطار الآثار المترتبة على إعمال الالتزام بإعادة التفاوض والتي تمس مصير أثناء عملية التفاوض وبعدها في حالة النجاح أو فشل المفاوضات. أنظر الفصل الأول من الباب الثاني من هذه الدراسة.

[3] «13.6 In the event that the parties cannot reach an agreements within that period of ninety 90 days, the party giving the notice shall have the right to terminate this agreement by notice given to the other party by registeredletter, return receipt requested mailed within a period of fiften 15 days Following the expiration of the period of ninety 90 days set Fosth above, in wich event this agreement shall terminate ninety 90 days after the date of receipt by the other party of the notice of termination ».
V. B. OPPETIT, Op.cit, p. 814.

[4] «Si les parties ne parviennent pas à un accord dans délai raisonnable, chacun d'elles pourra invoquer la résiliation du contrat…».
V. M. FONTAINE, les contrats…Op.cit, p. 272.

وتبعا لذلك فإنَّ إرادة الأطراف هي التي تحدد دور التحكيم[1] في تعديل العقد بالإشارة إلى ذلك صراحة في شرط إعادة التفاوض، أو ضمنيا من خلال تفسير هيئة التحكيم لشرط التحكيم؛ كما يستبعد مثل هذا الدور إما صراحة من قبل الأطراف المتعاقدة، أو من خلال الإشارة إلى ذلك بتحديد مصير العقد في حالة فشل عملية إعادة التفاوض، أو باللجوء إلى أحد من الغير كالخبير أو الموقف.

ب. الآثار المترتبة عن تعديل العقد من قبل المحكم:

إنّ أساس عملية إعادة التفاوض يكمن في تجاوز الأطراف بأنفسهم تغير ظروف تنفيذ العقد وآثارها على التوازن العقد، لذا فإنَّه في حالة تدخل المحكم لتعديل العقد يجب أنْ يستند هذا التدخل على إرادة المتعاقدين أولا (1)، كما أنّ ذلك يتم في إطار حدود معينة (2).

1. خضوع المحكم لإرادة المتعاقدين[2]:

تحدد العديد من شروط إعادة التفاوض الأطر التي توَّجه المحكم في تعديله للعقد[3]، إذْ ترد هذه التوجيهات بشكل صريح أو ضمني، فقد تحدد صراحة هذه الشروط هذا الدور، كالشرط الذي قضى:"بعد الاستماع إلى الأطراف يمكن للمحكمين، إما تعديل الشروط المتنازع بشأنها في الحدود الضرورية للمحافظة على مراكز الأطراف أو إنهاء العقد"[4]، أو الشرط الذي قضى:

---

[1] لقد ثار جدل فقهي بخصوص الدور المنوط بالمحكم والمتمثل في تعديل العقد مما أدى إلى التمييز بين التحكيم التعاقدي L'arbitrage contractuel والتحكيم القضائي L'arbitrage juridictionnel. أنظر في ذلك:
R. ALACHKAR, Op.cit, p. 173 et S.

[2] يسميها بعض الفقه بالتوجيهات العقدية Les directives contractuelles، أنظر:
R. ALACHKAR, Op.cit, p. 179.

[3] .J-Q. DE CUYPE et W. PETER, Op.cit, p. 797.

[4]« Les arbitres, après avoir entendu les parties peuvent soit modifier d'autorité les clauses litigieuses dans la mesure nécessaire pour établir la position relative des parties soit résoudre la convention ».
V. M. FONTAINE, les clauses de hardship … Op.cit, p. 37.

"...على المحكمين تحديد...أيَّة تعديلات إذا كانت بخصوص الثمن المتفق عليه أو بنود أخرى أو الشروط الواجبة بخصوص مواضيع الفقرة "أ"..."[1].

كما قد يتحدد دور المحكم بصورة ضمنية، إذْ وردت شروط إعادة التفاوض تفيد بذلك كالشرط الذي قضى:"...على الأطراف وبمبادرة من الطرف المتضرر التحادث في جوٍّ من التفاهم والعدالة من أجل التحديد المشترك لوسائل التسوية الفورية والمناسبة لهذه الوضعية غير العادلة، أو أكثر من ذلك إقرار التعديلات المناسبة للعقد، وفي حالة عدم توصلهم بأنفسهم إلى لتجاوز صعوباتهم يتم اللجوء إلى التحكيم المشار إليه في العقد"[2]، ويتضح من خلال هذا الشرط أنّ الأطراف عهدوا إلى التحكيم تعديل العقد في حالة فشلهم في ذلك.

ولقد أشارت القرارات التحكيمية إلى ضرورة أنْ يدخل دور المحكم في عملية إعادة التفاوض في إطار احترام إرادة وتوقعات الأطراف المتعاقدة، إذْ أقرَّت غرفة التجارة الدولية في قضية ALCAN[3] أنَّ:"...الشروط التي يخضع لها التعديل تم التطرق إليها بوضوح في الشروط..."[4].

---

[1]« The arbitrators shall determine what adjusment, if any, in the said price or in the other terms and conditions should be made for the pruposes of paragraph "a"…».
V. M. FONTAINE, les clauses de hardship…Op.cit, p. 38.

[2]«…les deux contractants, à l'initiative de la partie préjudiciée, se concentreraient dans un éprit de compréhension et d'équité pour déterminer en commun le moyen de remédier présentement et adéquatement a cette situation préjudiciable et, le cas échéant, pour apporter au contrat les amendements nécessaires. Au cas où les parties ne parviendraient pas à trouver elles-mêmes une solution à leurs difficultés, elles feraient appel à l'arbitrage prévu au contrat ».
V. Ibid, p. 37.

[3] تمت الإشارة إليها.

[4]«…the conditions for the exercise of the power to review are carefully spelt out in the calauses…»
V. P. ACCAOUI- LORFING, Op.cit, p. 331.

ويبدوا أنّ الغاية من كون احترام إرادة الأطراف ضابط لتدخل التحكيم يكمن أساس في طبيعة فكرة إعادة التفاوض، إذْ أنَّ أساسها اتفاقي الهدف منه قيام الأطراف بأنفسهم بالحفاظ على العلاقة العقدية، كونهم الأدرى بقيمتها الاقتصادية من أي أحد آخر.

2. حدود تعديل العقد من قبل المحكم:

يعدُّ تدخل المحكم لتعديل العقد مرحلة تلي مرحلة فشل المفاوضات بشأن ذلك نتيجة تغير ظروف تنفيذ العقد، إذْ يبقى دور المحكم خاضعا للتوجيهات العقدية للأطراف المضمنة في شروط إعادة التفاوض، حيث لا يمكن للمحكم المساس باقتصاد العقد كما تم الاتفاق بشأنه[1].

وتبعا لذلك تقتصر مهمة المحكم على محاولة تجاوز الآثار السلبية لسلوكيات المتعاقدين خلال عملية إعادة التفاوض[2].

وتطبيقا لذلك فقد أقرت هيئات التحكيم أنَّ دور المحكم دور مكمل لإرادة الأطراف في تجاوز مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد، إذْ ورد في إحدى القرارات التحكيمية[3] أنَّه:"... ليس للمحاكم التحكيمية نسيان أن سلطاتها محدودة، إذْ ليس قابلا للنقاش أنّ المحاكم التحكيمية لا تستطيع تعديل أو تكملة العقد لدى تحديديها لكيفية تطبيق صيغة "أبو ظبي"؛ وفي موضوع الحال تعتقد المحكمة أنَّ الأمر لا يتعلق بتعديل أو تكملة عقد الامتياز فليس من المنتظر أنْ تُقر المحكمة أحكاما جديدة تحكم العلاقات التعاقدية بين الأطراف في المستقبل، بل لتجاوز الآثار المركبة والمتعددة لسلوكهم السابق، وللشروط التي كانت تربطهم، والتي لم تعد كذلك الآن"[4].

---

[1] كما يُعبِّر عنه كذلك بإفراغ العقد من محتواه Dénatures le contrat initial، أنظر:
R. ALACHKAR, Op.cit, p. 182.

[2] P. ACCAOUI- LORFING, Op.cit, p. 337.

[3] سمي قرار la sentence Aminoil أشار إليه:
Ibid, p. 337.

[4] «…But arbitral tribunal cannot allow themeselves to forget that their powers are restricted. It not open to doubt that an arbitral tribunal could not, by way of modifying or completing a contrat persoibe how a provision such as the Abu Dhabi Formula=

كما أنّ التأكيد على محدودية دور المحكم في تعديل العقد لم يقتصر على القرارات التحكيمية، بل كذلك أكده القضاء الوطني بخصوص العقد الدولي في قضية E.D.F ضد SHELL، قضت محكمة الاستئناف أنَّ تعديل القضاء يتم ذلك في حدود عدم المساس باقتصاد العقد–قضت المحكمة بداية بإرجاع المتعاقدين إلى طاولة المفاوضات وفي حالة فشلهم ثانية يتدخل القضاء[1].

وبذلك فإنَّ دور التحكيم لا يتمثل في إعادة التوازن الأصلي وإنَّما يتمثل في التقليل من آثار عدم التوازن الناتج عن تغير ظروف تنفيذ العقد، بشكل لا يسمح للمدين بمواصلة تنفيذ التزامه، ممَّا يؤدي إلى المحافظة على العقد في ظل ظروف معقولة[2].

إلا أنَّه بالمقابل في حالة تجاوز المحكم لهذه الحدود يتعرض قراره للطعن، ففي مثل هذه الحالة المعبر عنها بـ Ultra petita[3] يتجاوز المحكم للسلطة المخولة من قبل الأطراف، حيث أنَّه في حكم شهير في قضية Quintette أين أُبرم عقد تموين بالوقود بين أكبر عشر شركات يابانية للحديد وشركة Quinettete coal يتضمن شرطان لإعادة التفاوض، وبعد التقلبات التي عرفها سعر الوقود في السوق العالمية تم إعمال شرط من شروط إعادة التفاوض، بحيث تم التوصل إلى اتفاق بشأن تعديل العقد، غير أنَّ شركة Quintette امتنعت عن تنفيذ الاتفاق، ممَّا دفع الأطراف اليابانية إلى اللجوء إلى التحكيم؛ وفي سبيل تعديل الثمن للفترة من 1987 إلى 1991 كاستجابة للطلب المقدم إلى المحكمين لتعديل العقد بخصوص هذه الفترة، أقر

=mustbe applied. But in the present case. The Tribunal think that it is not really a question of modifying or completing the contrat of concession. Tha Tribunal is not expected to devis new provision that will governe he contractual relations of the porties For the Futur, but to liquidate the varions consequences of their past conduct, and of the contractual clauses that once bound them but are now at an end ».
V. P. ACCAOUI- LORFING, Op.cit, p. 338.

[1] . سبق الإشارة إلى هذا الحكم وهذه القضية.

[2] P. ACCAOUI- LORFING, Op.cit, p. 339.

[3] هذا المصطلح مصطلح لاتيني تعبيرا لتجاوز القاضي أو المحكم لسلطته بالحكم بأكثر مما طلب منه أو ما يعبر عنه بالفرنسية Au-delà de ce qui été demandé انظر بهذا الخصوص:
PH. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, Op.cit, p. 955.

المحكمون عدة آليات لأسعار تُعتَّمد بطريقة تنازلية تماشيا مع انخفاض سعر الوقود في السوق إلى أنْ وصل طبقا لهذه الآليات إلى 6 دولارات لسنة 1991 مما كبد شركة Quintette خسائر كبيرة[1].

يتضح من خلال هذا القرار التحكيمي أنَّه وإنْ كان المحكمون لم يغيُّروا من طبيعة العقد، وإنِّما فقط من مقدار وقيمة Le Quatum التزام شركة Quintette، إلاَّ أنَّ ذلك يعد حكما بأكثر ممَّا طُلب من المحكمين، إذْ أنَّه كان يجب أنْ يتم المحافظة على العلاقة العقدية بين الأطراف بمراعاة مصلحتهما معا، الأمر الذي يعد هدف وروح شرط إعادة التفاوض[2].

الفرع الثالث: دور المحكم في غياب شرط إعادة اتفاوض.

قد يتدخل المحكم في عملية إعادة التفاوض في حالة غياب شرط إعادة التفاوض بناءا على قواعد القانون الواجب التطبيق[3]، وكذلك في حالة ما إذا اعتبر الأطراف هذا المحكم موفقا وديا Amiable compositeur[4].

والمحكم بصفته موَّفق ودِّي يختلف دوره عن دور المحكم العادي(أولا)، غير أنَّه يبقى لدوره حدودا معينة بشأن تعديل العقد (ثانيا).

---

[1] Sent.Quintette, Rev.arb, 1999, p. 611 et S.

[2] R. ALACHKAR, Op.cit, p. 185.

[3] سيتم إرجاء الحديث والتعرض إلى القواعد الوطنية، إذْ يختلف دور المحكم مثله مثل القاضي في معالجة مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد الدولي باختلاف موقف القانون الواجب التطبيق، عما إذا كان يعترف بهذه المسألة من عدمه، إضافة إلى اختلاف الآليات التي تقرها القوانين الوطنية الخاصة بهذا الشأن، انظر الفصل الثاني من الباب الثاني

[4] لقد جرت ترجمة هذا المصطلح في الفقه العربي بـالمحكم المصلح أو الهيئة بتفويض الصلح غير أن هذه الترجمة غير سليمة، إذ أنها تؤدي إلى الخلط بين هذا المصطلح مع مفهوم الصلح كطريقة لحل النزاعات (نص المشرع الجزائري على الصلح في المادة 930 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية ج رع21) بينما الفرق بينهما واضح، إذْ أنَّ قرار"المصلح" غير ملزم على عكس "المحكم المصلح"، أنظر:

محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ط. الثالثة، ص 139.

لذا تم اعتماد مصطلح"الموفق الودي"في هذه الدراسة، يشار أن المشرع الجزائري لم ينص على هذه الصفة للمحكم على خلاف القانون الفرنسي في نص المادة 1497 ق إ ج م ف، أنظر بخصوص القانون الفرنسي:

PH. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, Op.cit, p. 847.

أولا: سلطة المحكم الموفق الودي.

إنَّ قرارات الموفق الودي لها نفس القوة الإلزامية للقرارات التحكيمية الصادرة عن المحكم العادي أو ما يعبَّر عنه بمحكم القانون L'arbitre en droit، غير أنَّ الفرق بينهما في أنَّ المحكم الموفق الودي يبحث عن حل لمشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد بالاستناد إلى قواعد العدالة، لا على أساس قواعد القانون أو بنود العقد، إذْ يكتسي المحكم هذه الصفة من خلال شرط عقد خاص هو شرط الموفق الودي la clause de L'amiable compositeur.[1]

وتبعا لذلك فإنَّ استناد الموفق الودي على قواعد العدالة في قراراته لا يكون إلا بعد أنْ تؤدي قواعد القانون المطبقة على موضوع النزاع إلى حل غير عادل[2]، غير أنَّ خروج الموفق الودي على القواعد القانونية للبحث عن حل عادل للمسألة لا يُمثل سوى سلطة وليست واجبا[3].

فالحل العادل الذي يسعى الموفق الودي للوصول إليه يجب أنْ يراعي مصالح كلا الطرفين، إذْ في سبيل ذلك له تخفيف أو تهذيب Modérer البنود العقدية[4].

وكنتيجة لما تقدَّم فإنَّ تدخل المحكم بصفته موفق دولي يتيح له حرية أكبر مقارنة بالمحكم بالقانون، إذْ يتيح له ذلك تعديل الأحكام القانونية التي يخضع لها النزاع وكذا الأحكام العقدية أي الشروط العقدية المتفق عليها من قبل الأطراف، ممَّا يسهل عملية تعديل العقد في حالة تغير ظروف تنفيذه[5].

---

[1]. R. ALACHKAR, Op.cit, p. 337 et S.
[2] P. ACCAOUI- LORFING, Op.cit, p. 339.
[3] بخصوص سلطة الموفق الودي، أنظر:
B. FOUAD, Op.cit, p.169 et S.
[4] JD. BERDIN, L'amiable compositeur et le contrat, Rev.arb, p. 259 et S.
[5] M. ALMEIDA, Le hardship…Op.cit, p. 159.

ثانيا: حدود سلطة المحكم الموفق الودي.

إنَّ الحرية التي يتمتع بها الموفق الودي والتي تمكنه من التخفيف أو التهذيب من البنود العقدية تخضع لحدود معينة أقرَّتها القرارات التحكيمية وحتى القضائية، إذْ أنَّ سلطة الموفق الودي في تهذيب الشروط العقدية غير العادلة لا ترقى إلى مستوى مراجعة وتعديل العقد، وهذا ما قررته غرفة التجارة الدولي في أحد قراراتها، حيث أكدَّت أنَّه:"لا يُسمح للمحكمين بالرغم من تمتعهم بصفة الموفق الودي بالبحث عن توازن عقدي جديد، وفرضه على المتعاقدين الذين فشلوا في عملية إعادة التفاوض بشأن العقد المتنازع، إذْ لا يدخل في دائرة اختصاصهم مراجعة العقد"[1].

كما يلتزم المحكم باعتباره موفقا وديا بعدم المساس باقتصاد العقد شأنه شأن المحكم بالقانون، وهذا ما أشارت إليه محكمة الاستئناف لباريس في حكم لها صدر في 19 أفريل 1991، إذْ قضت بأنَّ:"مهمة الموفق الودي تعطي للمحكم سلطة بالأخص في تهذيب الآثار المترتبة عن العقد، بُغيَّة البحث عن حل عادل متجاوزا في ذلك تطبيق بعض الحقوق الناشئة عن الاتفاقية، ولكن شريطة عدم تعديل اقتصاد العقد من خلال استبدال الالتزامات العقدية القائمة بالتزامات جديدة لا تراعي المصلحة المشتركة للأطراف"[2]؛ وبالمقابل فإنَّ عملية إعادة التفاوض عملية استثنائية في حياة العقد من أجل المحافظة عليه، لذا وجبت دراسة الآثار المترتبة عن فكرة إعادة التفاوض سواء تلك الخاصة بإعمالها أو تلك الخاصة بتنامي الاهتمام بها.

---

[1] «Même en leur qualité d'amiable compositeur, il n'appartient pas aux arbitres de procéder à un nouvel équilibre contractuel et de sa substituer aux parties qui ont échoué dans la renégociation du contrat litigieux, qu'il n'entre pas ans leur compétence de procéder à cette révision du contrat ».
V. Sentence CCI N° 26 94, 1977, Rec.sen.arb, CCI, 1974-1985, p. 320 et S.

[2]« la mission d'amiable compositeur donne à l'arbitre le pouvoir, notamment, de modérer les effets du contrat dans le recherche d'une solution juste et conforme à l'équité, en écartant au besoin l'application de certains droits nés de la convention, sous réserve de ne pas modifier l'économie en substituant aux obligations contractuelles des obligations nouvelles ne répondant pas à l'intention commune des parties».
V. C.A. Paris, 19 Avril 1991, Rev.arb, 1991, p. 673, Obs. E. LOQUIN.

خلاصة الفصل:

يتضح من خلال هذا الفصل أنَّ الإطار التفاوضي أو الإطار الإجرائي لعملية التفاوض يجب أنْ يتم في ظل أطر واضحة المعالم، وذلك لتكتسب تقنية إعادة التفاوض فعالية أكبر، انطلاقا من وجوب تحديد الشروط الخاصة بالأحداث التي من شأنها الإخلال بتوازن الأداءات العقدية في مرحلة تنفيذ العقد، وصولا إلى إخطار أحد المتعاقدين، والذي غالبا ما يكون الطرف المتضرر من تغير ظروف العقد، للطرف الآخر بهذا التغير نتيجة أحداث معينة مرورا بتشخيصه بصورة مشتركة، للحكم بأنَّه تغيُّر يرقى إلى مستوى حدث الـ hardship المشار إليه في العقد، وذلك كبداية لعملية التفاوض الفعلية سواء من قبل المتعاقدين كأصل عام أو من قبل التحكيم.

غير أنَّه بالرغم من هذا الإطار الإجرائي لعملية التفاوض تبقى فكرة إعادة التفاوض التزاما ملقى على عاتق المتعاقدين، قد يؤدي إلى تعديل العقد في حالة اتفاق المتعاقدين، مما يطرح مسألة مصير العقد سواء خلال أو أثناء عملية إعادة التفاوض، أو بعدها في حالة نجاح هذه العملية أو في حالة فشلها، كما تُطرح مسألة فَرَض عدم تنفيذه والجزاءات المترتبة عن ذلك، كما أنَّ هذه الفكرة–كما أبانت الدراسة– تقنية وليدة الممارسة التعاقدية على صعيد التجارة الدولية مما يطرح كذلك التساؤل عن مدى الصدى الذي رافقها في قواعد التجارة الدولية نصوصا وتحكيما، وكذا مدى تأثر التشريعات الوطنية بها هذا ما سيتم تناوله في الباب الموالي.

الباب الثاني: آثار ومكانة فكرة إعادة التفاوض في العقد.

لقد أبانت الدراسة من خلال الباب الأول عن المرونة التي تصطبغ بها فكرة إعادة التفاوض لمعالجة مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد، مما يؤثر سلبا على التوازن العقدي؛ وذلك في مواجهة العديد من التقنيات العقدية التي تعالج نفس الفرض.

غير أنَّ نجاح أي تقنية عقدية مرهون بما يترتب عنها من آثار قانونية، وبما يترتب من جزاءات في حالة إخلال أحد المتعاقدين بما تمليه هذه التقنية.

وتبعا لذلك فإنَّ استكمال دراسة فكرة إعادة التفاوض، بعد التطرق إلى الإطار المفاهيمي والإطار الإجرائي، يستدعي التعرض إلى ما يترتب عن إعمال هذه التقنية العقدية من آثار، وذلك من خلال وجوب تحديد مصير العقد، وذلك لما له من أثر على تنفيذ الالتزامات العقدية، أولا أثناء عملية إعادة التفاوض وبعدها، كما أنَّه ضمانا لفعالية فكرة إعادة التفاوض وجب التعرض إلى الجزاءات التي تترتب عن مخالفة أحد المتعاقدين لالتزامه بالتنفيذ الحسن للالتزام بإعادة التفاوض(الفصل الأول).

كما أنّه كان من شأن هذا التنظيم الإجرائي لإعادة التفاوض في العقود ضمان أكبر قدر من الفاعلية على صعيد الممارسة التعاقدية في مجال عقود التجارة الدولية مما فتح المجال لمحاولات تنظيمها وتقنينها قانونا، كما أشارت الدراسة، على الصعيد الدولي، وكذلك بتطبيقها على مستوى الأنظمة القانونية الداخلية(الفصل الثاني).

الفصل الأول: آثار فكرة إعادة التفاوض.

إنَّ فكرة إعادة التفاوض في العقود وإنْ كانت تهدف إلى إيجاد إطار عادل للعقد بطريقة مجدية اقتصاديا، يُضمن بها استمرارية تنفيذ العقد من أجل تحقيق الهدف الاقتصادي الذي من أجله تم إبرام العقد، إلاَّ أنَّ مردوديتها كممارسة عقدية يجب أن تتضمن تنظيم مصير العقد أثناء عملية إعادة التفاوض وبعد هذه العملية، سواء نجحت أم فشلت في الوصول إلى اتفاق يقضي بتعديل العقد(مبحث أول).

وترتيبا على ذلك فإنَّ التزام الأطراف بالتفاوض بحسن نية لتجاوز الصعوبات التي اعترت تنفيذ عقدهم يقتضي أنْ ترتبط فعالية فكرة إعادة التفاوض بوجود جزاءات تُوَّقَع على المتعاقد المخالف لالتزامه بالتنفيذ الحسن للالتزام بإعادة التفاوض(مبحث ثاني)؛ ذلك أن العبرة في التقنيات العقدية بما ترتبه من آثار قانونية على العقد، حيث لا تكفي فاعلية الإطار النظري لهذه التقنيات بل يجب أن تترجم هذه الفاعلية في الجانب العملي لها، خصوصا بما تحمله العقود من أهمية اقتصادية.

المبحث الأول: مصير العقد أثناء وبعد إعادة التفاوض.

إنَّ إعمال إعادة التفاوض يعد بداية لسير عملية عادة التفاوض بين الأطراف بعد تغير ظروف تنفيذ العقد بسبب ظرف أو حادث قد يكون سياسيا أو اقتصاديا أو حتى تكنولوجيا، إلاَّ أنَّ إعمال هذا الالتزام يطرح تساؤلا بخصوص مصير العقد–وبالأخص مصير الالتزامات العقدية–الذي اختل توازنه بسبب هذا التغير في ظروف التنفيذ.

وتبعا لذلك وجب دراسة مصير العقد أثناء عملية إعادة التفاوض(مطلب أول)، وكذا بعدها، خصوصا أنَّه ليس من المشترط أنْ يتم التوصل إلى اتفاق بشأن تعديل العقد عند نهاية إعادة التفاوض(مطلب ثاني).

المطلب الأول: مصير العقد أثناء إعادة التفاوض.

نظرا لما يترتب عن تغير ظروف تنفيذ العقد من آثار سلبية على التزامات الأطراف يسعى هؤلاء إلى الإشارة إلى مصير العقد أثناء إعادة التفاوض بشأن التعديلات اللازمة(فرع أول)، غير أنَّه قد يُتصوَّر سكوت أطراف العقد بشأن هذه المسألة خلال هذه المرحلة(فرع ثاني).

الفرع الأول: تنظيم المتعاقدين لمصير العقد أثناء إعادة التفاوض.

يميل المتعاقدون في عقود التجارة الدولية إلى المحافظة على العقد كما تم الاتفاق عليه في مرحلة إبرام العقد، لذا فإنّ شروط إعادة للتفاوض تشير إلى تنظيم وتحديد مصير العقد بشكل يضمن متابعة تنفيذه إلى غاية انتهاء مرحلة أو عملية إعادة التفاوض (أولا)، غير أنّ الإبقاء على متابعة تنفيذ العقد كما تم الاتفاق عليه لا يخلو من آثار سلبية، تتعارض مع ما تهدف إليه شروط إعادة التفاوض من إعادة العقد إلى توازنه الأصلي أو على الأقل إلى توازن شبيه بالتوازن الأصلي للعقد، ممّا يدفع إلى إقرار بعض الاستثناءات والإجراءات التي تُخفف من مبدأ متابعة تنفيذ العقد أثناء عملية إعادة التفاوض (ثانيا).

أولا: متابعة تنفيذ العقد.

قد يُشير أطراف العقد صراحة إلى متابعة تنفيذ العقد أثناء عملية إعادة التفاوض، كالشرط الذي قضى بأنّه:"يستمر تنفيذ العقد أثناء أو خلال فترة التفاوض الرّامية إلى تعديل العقد"[1]، كما قد يشير الأطراف بصورة أدّق إلى متابعة تنفيذ العقد كما كان قبل اختلال توازنه، كالشرط الذي قضى بأنه:"يتم متابعة تنفيذ العقد أثناء عملية التفاوض الرامية إلى تعديل العقد، طبقا للوضع الذي كان سائدا قبل تغير الظروف أو قبل تحقق آثار هذا التغير"[2].

فالأصل أنّ إعمال الالتزام بإعادة التفاوض لا يؤدي إلى وقف تنفيذ العقد أو إنهائه، وهذا ما أشارت إليه غرفة التجارة الدولية في قضية تزويد شركة رومانية لشركة فرنسية بالوقود[3]، حيث قضت بأنَّه:"إنّ الملحق رقم 03 لا يعطي للأطراف حق آلي لإنهاء العقد في حالة فشل المفاوضات؛ فإذا كان للمدعى عليها اللجوء إلى التحكيم متى قدرت أن رفض الطرف الآخر لمقترحاتها كان رفضا غير مبرر، إلا أنَّه طالما أنّ القرار التحكيمي الذي يُعطيها الحق لم يصدر بعد فليس هناك في الملحق رقم 03 ما يسمح بالوقف الانفرادي للتوزيعات المشار إليها في العقد"[4].

---

[1]« L'exécution du contrat sera poursuivie pendant le temps de la négociation on vue de l'adaptation ».
V. J-M. MOUSSERON, Technique …Op.cit, p. 614.

[2]« L'exécution du contrat est poursuivie pendant le temps de la négociation on vue de l'adaptation du contrat aux conditions précédant le changement de circonstances ou aux résultant du changement de circonstances ».
V. P. ACCAOUI- LORFING, Op.cit, p. 374.

[3] لقد تمت الإشارة إلى هذه القضية التي تحمل رقم 2478.

[4]«Or, L'annexe 3 ne donne pas aux parties un droit automatique à la résiliation du contrat en cas d'échec des négociations. Il aurait été certes possible à la défenderesse de recourir à l'arbitrage au cas où elle estimerait que le refus par l'autre partie d'accepter le nouveau prix qu'elle lui proposait était injustifié. Mais aussi longtemps que la sentence arbitrable, qui lui donnerait raison, n'était pas rendue, rien dans l'annexe 3 ne l'autorisait à suspendre unilatéralement les livraisons prévues au contrat ».V. Sentence CCI N° 2478/1974, précité, p. 234.

ويُفهم من هذا القرار أنّ الأطراف المتعاقدة تبقى ملزمة بالعقد طيلة عملية إعادة التفاوض، بل وحتى صدور القرار التحكيمي، ما لم توجد إرادة صريحة من قبل الأطراف.

وبالمقابل من ذلك فإنّ متابعة تنفيذ العقد وإنْ كان يُعبِّر عن ضرورة عقدية تتمثل في المحافظة على العقد[1]، إلاَّ أنَّه يحمل بعض التناقض مع هدف شروط إعادة التفاوض، والمتمثل في السَّعي إلى معالجة اختلال العقد من خلال السَّعي إلى تعديله وتجاوز التنفيذ المرهق جدا لالتزامات أحد الأطراف، إذْ أنّ تحقق الحدث المخل حدث الـ hardship يؤدي إلى مباشرة عملية إعادة التفاوض مع المحافظة على تنفيذ العقد كما هو أثناء هذه العملية[2].

كما أنّ بعض الفقه[3] لاحظ أنّ متابعة تنفيذ العقد كما هو عليه ينطوي على مخاطر، تتمثل في كون الطرف المستفيد من تغير ظروف تنفيذ هذا العقد قد يعمل على إطالة مدة عملية إعادة التفاوض أكبر مدة ممكنة، بغرض تحقيق أكبر قدر من المكاسب[4].

ونظرا لما ترتبه مسألة متابعة تنفيذ العقد المختل أثناء عملية إعادة التفاوض من آثار سلبية على المتعاقد المتضرر من تغير ظروف هذا التنفيذ يميل أطراف العقد إلى تهذيب هذه المسألة.

ثانيا: الاستثناءات الواردة على متابعة تنفيذ العقد.

تبدوا الحاجة إلى إقرار استثناءات على مبدأ متابعة تنفيذ العقد مسألة ذات أهمية خاصة في العقود ذات التنفيذ المستمر أو المتتابع Les contrat en exécutions successives[5]، إذْ يمتد هذا التنفيذ إلى أجل طويل، لذا يميل متعاملو التجارة الدولية نظرا إلى هذه الظروف إلى

---

[1] وذلك لما يمثله العقد من أهمية اقتصادية في نطاق التجارة الدولية، كما أشارت إليه هذه الدراسة في عدة مواضع.

[2] R. ALACHKAR, Op.cit, p. 190.

[3] مثل الأستاذ Régis FABRE.

[4] R. FABRE, Op.cit, p. 25.

[5] M. FONTAINE, las clauses de hardship…Op.cit, p. 40.

اختيار حلول من شأنها تقليل الخسائر التي قد يتكبدها الطرف المتضرر في حالة متابعة تنفيذ العقد أثناء عملية إعادة التفاوض، وهذا ما يدخل في صلب روح شروط إعادة التفاوض[1].

ومن بين هذه الحلول التي يميل إليها متعاملوا التجارة الدولية، إقرار وقف تنفيذ العقد(أ)، وكذلك تأقيت فترة أو أجل عملية إعادة التفاوض (ب).

أ. وقف تنفيذ العقد مؤقت:

يعد وقف تنفيذ العقد مؤقتا طيلة فترة إعادة التفاوض من بين الحلول التي قد يلجؤ إليها متعاملو التجارة الدولية، وذلك لتهذيب وتخفيف الآثار السلبية لمبدأ متابعة تنفيذ العقد[2]، حيث قضى شرط من شروط إعادة التفاوض بأنَّه:"سيتم وقف تنفيذ العقد طيلة فترة إعادة التفاوض الهادفة إلى التعديل"[3].

تبعا لذلك فإنَّ وقف تنفيذ العقد قد يحتم على الأطراف الإسراع في إنهاء عملية إعادة التفاوض، وذلك لما يمثُّله العقد من أهمية اقتصادية تفرض عليهم السَّعي إلى تعديله، وبالتالي عدم إطالة مدة إعادة التفاوض[4].

وبالمقابل من ذلك فإنَّ وقف تنفيذ العقد كاستثناء على مبدأ متابعة تنفيذ العقد يجب أنْ يرد وفق إرادة صريحة من قبل أطراف العقد[5]، إذْ لا يتم إقرار وقف تنفيذ العقد خلال عملية إعادة التفاوض إلاَّ بعد تحليل الوضعية الاقتصادية والمالية للطرف المتضرر، والتي تؤكد عدم قدرته على تحمل تنفيذ العقد كما هو عليه[6].

---

[1] R. ALACHKAR, Op.cit, p. 195.

[2] M. FONTAINE, las clauses de hardship…Op.cit, p. 41.

[3] « L'exécution du contrat sera suspendue pendant le temps de la négociation en vue de l'adaptation ».
V. J-M. MOUSSERON, Technique…Op.cit, p. 614.

[4] أنظر في هذا المعنى:
R. FABRE, Op.cit, p. 614.

[5] و هذا للتمييز بين هذه الحالة وحالة وقف تنفيذ العقد كأثر إعمال المفهوم المرن للقوة القاهرة كما أشارت إليه هذه الدراسة.

[6] R. ALACHKAR, Op.cit, p. 196.

كما أنَّ وقف تنفيذ العقد ولو مؤقتا يمس بقيمته الاقتصادية، كما هو عليه الحال في عقود التموين بالمواد الأولية[1]، حيث وكما لاحظ الأستاذ MARCEL أن بعض الشروط إعادة التفاوض تشير إلى المهلة أو المدة الزمنية التي تباشر فيها عملية إعادة التفاوض Le délai de carence للدلالة على أنَّ ذلك من شأنه التقليل من عامل عدم الاستقرار الذي تضفيه هذه الشروط على العقد[2]، كالشرط الذي يقضي بأنَّه:"لا يثير البائع أو المشتري هذا البند إلا ابتداء من شهر أكتوبر ..19، وليس أكثر من مرة كل سنتين"[3].

ب. تأقيت عملية إعادة التفاوض:

تشير العديد من شروط إعادة التفاوض إلى ضرورة ربط عملية إعادة التفاوض بأجل محدد، وذلك كما تمت الإشارة إليه آنفا، لما لإطالة مدة التفاوض من أثر سلبي على العقد وعلى الطرف المتضرر، إذْ لا يُتصور إمكانية تحمل هذا الأخير لآثار العقد لفترة طويلة، ذلك أنَّ الأصل في عملية إعادة التفاوض متابعة تنفيذ العقد.

ومن بين الشروط التي تُفيد ذلك الشرط الذي قضى أنَّه:"13-5. في حالة الاتفاق الأطراف على الالتقاء خلال مدة 90 يوما من تاريخ استلام الإخطار من قبل الطرف الآخر

---

[1]R. ALACHKAR, Op.cit, p. 196

[2]« Il s'agit de réduire le facteur d'incertitude qu'une clause de hardship introduit dans un contrat ».
V. M. FONTAINE, las clauses de hardship…Op.cit, p. 30.

[3]« This section moy not be invoked by seller or buyer prir to the first October 19.., and no more often than once every tow years ».
Ibid, p. 30.

من أجل السعي لتحقيق الأهداف المشار إليها في البند 13-2"[1]، أو الشرط الذي قضى: "18-4. مدة التفاوض: يجب أن تمتد فترة التفاوض 120 يوما ابتداء من تاريخ الإخطار"[2].

وتبعا لذلك فقد أشار الفقه إلى أهمية قِصَر مدة إعادة التفاوض من تجاوز الآثار السلبية التي يمكن أنْ تترتب عن طول هذه المدة، إذْ يرى الأستاذ MARCEL أنّه:"إذا كان اختلال العلاقات التعاقدية جسيما وكان تنفيذ العقد مستمرا أو متتابعا فإن الإشكال يطرح بحدّة أكبر، حيث يمكن التقليل منه من خلال أجل محدد لانتهاء المفاوضات، سواء كانت فيما بين الأطراف أو فيما يتعلق بتدخل المحكمين"[3].

كما يرى الأستاذ REINE أنّه:"في جميع الأحوال تحديدُ أجلٍ مخصصٍ لضبط إعادة التفاوض في إطار مؤقت ومحدد، من شأنه أنْ يسمح للطرف المتضرر من حدث الـ hardship من تقييم بصورة دقيقة، قدرتَه على المواصلة حتى نهاية المفاوضات"[4].

---

[1]« 13-5. In the event that the parties agree to a consultation they shall within ninety 90 days from the date of receipt of the notice by the other party, pursue the objectives set forth in section 13-2 ».

حيث ورد هذا الشرط في عقد بترولي بين البائع ممثلا في La société occidentale curde Sales والمشتري La société auxiliaire des pétroles، أنظر:

B. OPPETIT, Op.cit, p. 814.

[2]« 18-4. Negotiation period : The period for this negotiation shall be one hundred and tewenty (120) days from the date of notification ».

V. M. ALMEIDA PRADO, le hardship … Op.cit, p. 320.

[3]« Si le bouleversement des rapport contractuels est profond et si le contrat connait une exécution continue ou par prestations successives le problème posé risque cependant d'être vivement ressenti. Son intensité peut être tempérée par la stipulation d'un délai pour que la renégociation aboutisse, soit entre les parties elles-mêmes soit à l'intervention des « arbitres » ».

V. M. FONTAINE, las clauses de hardship … Op.cit, p. 41.

[4]« Dans tous les cas, la définition d'un délai destiné à enfermer la procédure de la négociation dans un cadre temporel déterminer, permet à la partie Victime du hardship d'évaluer, plus ou moins, précisément sa capacité de la survie jusqu'à l'issue des renégociations ».

V. R. ALACHKAR, Op.cit, p. 195.

الفرع الثاني: مصير العقد أثناء إعادة التفاوض في حالة سكوت المتعاقدين.

قد يتصور سكوت المتعاقدين عن التعرض إلى مصير العقد أثناء إعادة التفاوض في إطار شرط إعادة التفاوض أو إذا لم يرد شرط لإعادة التفاوض، وفرضت مبادئ حسن النية والتعاون بين أطراف العقد فكرة إعادة التفاوض لتجاوز مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد.

وتباع لذلك فإنَّ سكوت الأطراف لا يُفسَّر في نطاق عقود التجارة الدولية، بل وحتى فيما يخص القوانين الداخلية، سوى بمتابعة تنفيذ العقد أثناء عملية إعادة التفاوض[1] (أولا)، غير أنَّ بعض الفقه أورد على مبدأ متابعة تنفيذ العقد في هذه الحالة استثناءا يتمثل في وقف تنفيذ العقد (ثانيا).

أولا: متابعة تنفيذ العقد.

إنّ سكوت الأطراف عن تنظيم مصير العقد خلال فترة إعادة التفاوض لا يُمكن ترجمته إلا على أنّه قبول من الأطراف بمواصلة ومتابعة تنفيذ العقد في مرحلة إعادة التفاوض، إذْ كما تمت الإشارة إليه آنفا فإنّ مبدأ متابعة تنفيذ العقد لا يقبل استثناءا، إلا بوجود إرادة صريحة من قبل الأطراف بوقف تنفيذه[2].

ويمكن تفسير صمت الأطراف على أنَّه قبول بمتابعة تنفيذ العقد خلال عملية إعادة التفاوض بالرجوع إلى مبدأ القوة الملزمة للعقد[3]، وذلك لما يضفيه هذا المبدأ من استقرار

---

[1] يتفق قانون التجارة الدولية وإلى حد ما القوانين الداخلية في كون العقد أداة للتوقع بخصوص مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد، إذْ يترك للأطراف حرية ترتيب أوضاعهم وإيجاد الحلول اللازمة لمعالجة هذه المسألة، وذلك من خلال التعبير الصريح عن ذلك في العقد كما أشارت الدراسة.

[2] أنظر الفرع السابق من هذا المطلب.

[3] يعبر عن القوة الملزمة للعقد بـ "شريعة المتعاقدين" حيث يلزم المتعاقدين بعقدهم، وذلك على أسس أخلاقية واقتصادية واجتماعية ولقد تبنت التشريعات الداخلية هذا المبدأ، فبخصوص القانون المدني الجزائري فقلد نصت المادة 106 ق م ج على أنه: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب التي يقررها القانون". وهذا ما أكده القضاء الجزائري بخصوص هذا المبدأ في أحكامه، أنظر مثلا:
قرار رقم 49174 الصادر في 1987/06/17، الغرفة المدنية، م.ق، سنة 1990، ص. 27
أنظر بخصوص مبدأ القوة الملزمة للعقد في التشريعات الداخلية:
علي فيلالي، مرجع سابق، ص. 359.
أما بخصوص عقود التجارة الدولية فلمبدأ القوة الملزمة للعقد أهمية كبيرة وذلك للحفاظ على العلاقات التعاقدية، وذلك لما يمثله العقد من أهمية اقتصادية كبيرة لأطرافه، كما أشارت إليه الدراسة آنفا، بل إنَّ القضاء=

للمعاملات، حيث يرى الأستاذ PASCAL أنّ:"...الأمن القانوني يفرض أنَّ كل حِلٍ من تنفيذ العقد يجب أنْ يتم الاتفاق عليه مسبقا في العقد، وذلك تحت طائلة إثارة المسؤولية التعاقدية للمتعاقد، وتبعا لذلك لأي متعاقد في حالة غياب اتفاق الأطراف أو شرط بهذا الخصوص أنْ يفسخ العقد بصورة منفردة أو أن يوقف تنفيذه، كما أنَّ التنفيذ المرهق للالتزام لا يؤدي إلى إنهائه، وبذلك يحافظ على الالتزامات المتقابلة على الرغم من اختلال العقد شبيهة بتلك التي وجدت عند إبرام العقد، وبالتالي المحافظة على العلاقة العقدية أي إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد"[1].

وتبعا لذلك يجب أنْ تُفرغ رغبة الأطراف في تجاوز التنفيذ المرهق للعقد خلال عملية إعادة التفاوض في قالب صريح، إذْ يبقى الأطراف في حالة العكس ملزمون بما ورد في العقد حتى ولو صار تنفيذه مرهقا لأحدهم، وهذا ما أشارت إليه مبادئ القانون الموَّحد Uni droit في المادة 1.2.6 تحت عنوان "احترام العقد" Respect du contrat، إذ نصت:"إنّ الأطراف ملزمون باحترام التزاماتهم، حتى ولو صار تنفيذها جد مرهق، مع احترام الأحكام التالية والمتعلقة بالـ hardship"[2]، ويتضح من خلال شرط إعادة التفاوض، وهذا يتضمن تحديد مصير العقد

=التحكيمي، وتحت تأثير هذا المبدأ كانعكاس لمبدأ سلطان الإرادة ذهب في جانب من قراراته إلى رفض شروط إعادة التفاوض كما ستبينه الدراسة، انظر الفصل الثاني من هذا الباب

[1] «De plus la sécurité juridique impose que toute solution autre que celle de l'exécution du contrat soit contractuellement prévue sous peine d'engager la responsabilité contractuelle du contractant. En effet, en l'absence d'accord entre les parties, ou de clause en ce sens, aucune d'elles ne peut résilier unilatéralement le contrat ou le suspendre. Ainsi, l'excessive onérosité dans l'exécution de l'obligation n'entraine pas sa disparition. La réciprocité des obligations eut maintenu en dépit du déséquilibre dans l'équivalence des prestations telle qu'elle existait lors de la conclusion du contrat, maintenant ainsi le lieu contractuel et donc l'obligation d'exécution du contrat à la charge des parties ».

V. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p. 377.

[2] Art 6.2.1 : « Les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, sous réserve des dispositions suivantes relatives au hardship ».

V. Principes d'Unidroit 2014, Op.cit, p. 161.

أثناء عملية إعادة التفاوض، إذْ أنَّ سكوت الأطراف لا يمكن تفسيره إلّا كونه قبول باستمرارية تنفيذ العقد المختل.

كما أن مبادئ القانون الأوروبي للعقود PDEC أشارت إلى مبدأ متابعة تنفيذ العقد ولو كان هذا التنفيذ مرهقا لأحد الأطراف، وذلك في غياب التنصيص الصريح من قبل الأطراف على ما يخالف ذلك، إذْ قضت المادة 111.6 ف 1، التي جاءت تحت عنوان "تغيُّر الظروف"، على أنه:"1/. يلزم المتعاقد بتنفيذ التزاماته حتى ولو كان هذا التنفيذ جِدُّ مرهق له سواء كان ذلك من خلال زيادة تكاليف التنفيذ أو انخفاض قيمة مقابل الأداء"[1].

ويذهب غالبية الفقه إلى تبني وتأكيد متابعة تنفيذ العقد. إذْ أنّ قواعد التجارة الدولية تعطي حرية أكبر للأطراف مقارنة بالتشريعات الوطنية في ترتيب مراكزهم العقدية[2]. لذا لا يُفسر سكوت الأطراف على تغيير الوضع القائم والمتمثل في متابعة تنفيذ العقد، أي أنَّ وقف تنفيذ العقد أثناء عملية إعادة التفاوض يستدعي تعبير صريح من قبل الأطراف، حيث ترى الأستاذة MECHELINE أنّه:"يُفترض متابعة تنفيذ العقد خلال عملية إعادة التفاوض، وهذا ما أقره كل الكتاب وقضاء أغلب الدول التي تتبنى نظرية الظروف الطارئة والقضاء التحكيمي(القرار الصادر في القضية رقم 2478[3] في سنة 1974)، وبمفهوم المخالفة فإنّه ولضبط العلاقات

---

[1] Art 6.111 : le changement de circonstances.
1-/ Une partie est tenue de remplir ses obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté soit que la valeur de la contre-prestation ait diminuée ». V.P.D.E.C.

[2] أشارت الدراسة إلى مدى أهمية مبدأ سلطان الإرادة في ظل عقود التجارة الدولية وذلك لما يسمح به هذا المبدأ للمتعاقدين في تلافي وتجاوز الحلول والقواعد الوطنية بما يخدم مصالحهم الاقتصادية والعقدية.

[3] لقد تمت الإشارة إلى هذا القرار التحكيمي حيث وإن لم يتعرض فيه المحكمون بصراحة إلى مسألة مصير العقد أثناء إعادة التفاوض في حالة سكوت الأطراف إلا أنهم أقروا أنه في ظل عدم صدور قرار تحكيمي فليس لأي طرف الحق في فسخ أو إنهاء العقد يفهم من ذلك أن على الأطراف احترام بنود والتزامات العقد أي متابعة تنفيذ العقد إلى غاية صدور القرار التحكيمي ويتضمن ذلك فترة إعادة التفاوض.

التعاقدية إذا الأطراف وقف آثار العقد، أو بعضها فيما بينهم أثناء تدخل الغير فعليهم أن يحددوا ذلك في الشرط، وإذا استدعى الأمر تبيان أحكام العقد في ظل وقف آثار العقد"[1].

كما يرى الأستاذ Bruno OPPETIT:"أن في شرط إعادة التفاوض إذا ما تحقق الحدث المخل بالعقد فإنه لا يُرتب سوى التزاما بإعادة التفاوض بهدف تعديل العقد، لذا فإنه يمكننا افتراض استمرار العقد في ترتيب آثاره في هذه الفترة –فترة إعادة التفاوض–، ما عدا حالة وجود إرادة صريحة للأطراف بخلاف ذلك، ويمكننا رد ذلك إلى كون مختلف الشروط –شرط إعادة التفاوض– تفترض أنه في حالة عدم الاتفاق حول تعديل العقد فللأطراف (أو الطرف الذي أثار شرط إعادة التفاوض) لهم الحق وفق آليات معينة في إنهاء العقد، وعليه نخلص أنه في غياب هذا الافتراض يبقى ساري المفعول وملزما لأطرافه، وبذلك يبقى منتجا لآثاره طيلة الفترة الفاصلة بين حدوث التغير وإقرار التعديل"[2].

---

[1] « Pendant le temps qui durera la renégociation, le contrat doit normalement continuer à être exécuté. Cette position qui semble bien admise par tous les auteurs est conforme à la jurisprudence de la plupart des pays qui admettent la théorie de l'imprévision et à la jurisprudence arbitrale (Sentence rendue dans l'affaire 2478 en 1974, clunet 1975, 925). Elle a été rendue a contrario par la procédure de la régulation des relations contractuelles qui dispose eux durant l'intervention du tiers, elles doivent le spécifier dans la clause et indiquer le cas échéant quelles sont les disposition du contrat dont elles entendent suspendre les effets ».
V. M. VAN CAMELBEKE, Op.cit, p. 182.

[2]« Dans le cas de la clause de hardship, e survenance de hardship crée simplement pour les parties une obligation de renégociation en vue d'une réadaptation éventuelle du contrat ; par suite, sauf volonté contraire des parties clairement exprimée, on doit admettre que le contrat continue à développer ses effets au cours de cette période, et on peut trouver un argument en faveur de cette solution dans le fait que les diverses clauses prévoient qu'à défaut d'accord sur la réadaptation les parties (ou la partie qui a invoqué le hardship) ont le droit, selon certaines modalités, de mettre fin au contrat et de s'en dégager, en doit donc en conclure que tant que cette faculté n'a pas été exercée, le contrat demeure en vigueur et s'impose toujours aux parties, a fortiori produit-il toujours ses effets lors de la période séparant la survenance du changement et de la réalisation de l'adaptation ».
V. B. OPPETIT, Op.cit, p. 807.

بالمقابل ذهب بعض الفقه إلى أنّه في حالة ما إذا كانت متابعة تنفيذ العقد جد مرهق أثناء عملية إعادة التفاوض فمن الأفضل وقف تنفيذ هذا العقد، حيث يرى الأستاذ FONTAINE:"أنَّه من الممكن تصور في بعض الحالات إقرار وقف مؤقت لتنفيذ العقد (وقف التنفيذ هنا أثناء المفاوضات مما يختلف عن وقف التنفيذ في حالة فشل المفاوضات)"[1]، يبدوا أنَّه ليس هناك من الحالات الأدعى لذلك من حالة سكوت الأطراف عن تحديد مصير العقد أثناء عملية إعادة التفاوض.

غير أنَّ الأستاذ Régis ذهب في معالجته لسكوت الأطراف إلى ضرورة استبعاد حالات القوة القاهرة، لما يترتب عنها من وقف لتنفيذ العقد؛ ففي معرض تحليله للإشكالية التي يطرحها سكوت الأطراف فرَّق بين نوعين من الشروط: الشروط المتضمنة لحد معين يعرف به اختلال العقد Un seuil، والذي من شأن بلوغ اختلال العقد من الجسامة هذا الحد أنْ يُوقف تنفيذ العقد آليا، والنوع الثاني يتمثل في الشروط التي لا تتضمن مثل هذا الحد أو العتبة، والتي لا يمكن معها إلا الاستمرار في تنفيذ العقد أثناء إعادة التفاوض[2].

[1]« Mais on peut concevoir, dans certaines hypothèses, l'aménagement d'une suspension provisoire de l'exécution du contrat (on envisage ici une suspension pendant les négociation, à la différence de la suspension en cas d'échec des négociations) ».
V. M. FONTAINE et F. DELY, Op.cit, p. 523.

[2]« Le sort de contrat pendant la négociation peut ne pas avoir été prévu par les parties. Si la révision du contrat a pour cause un cas de force majeure, il faut décider de la suspension du contrat puisque c'est la solution que les tribunaux eux-mêmes adoptent en pareille hypothèse. En dehors de cette hypothèse, il s'agit de savoir si le contrat sera suspendu ou exécuté. Une solution consiste à distinguer entre les clauses d'adaptation selon qu'elles déterminent ou non seuil précis au-delà duquel les parties considèrent que le contrat devient déséquilibré. Si elles ont déterminées ce seuil, sa venue devrait suspendre le contrat…Quand en revanche, le seuil est imprécis comme dans bon nombre de clauses de hardship par exemple, l'adaptation ne suspend pas le contrat qui doit, au contraire, poursuivre ses effets ».
V. R. FABRE, Op.cit, p. 25.

وتبعا لما تقدم يبدوا أنّ مسألة متابعة تنفيذ العقد مسألة متفق عليها من قبل الفقه في الأغلب، وإنْ تعارضت مع الروح والهدف الذي تقوم عليه فكرة إعادة التفاوض، والمتمثل في رفع الضرر اللاحق بأحد المتعاقدين، إذْ يبدوا أنَّ نصوص قانون التجارة الدولية كما الفقه تميل إلى تغليب القيمة الاقتصادية الواردة في العقد على القيمة الأخلاقية، ما لم يتنازل الأطراف صراحة عن هذه القيمة الاقتصادية بما لا يدع الشك في اختيارهم لوقف تنفيذ العقد أثناء عملية إعادة التفاوض على حساب متابعة تنفيذه.

وكنتيجة لذلك يميل بعض الفقه إلى محاولة تهذيب مبدأ متابعة تنفيذ العقد أثناء فترة إعادة التفاوض.

ثانيا: الاستثناءات الواردة على مبدأ متابعة تنفيذ العقد.

إنّ الاستمرار في تنفيذ العقد أثناء عملية أو فترة إعادة التفاوض يتعارض والهدف الذي تسعى إلى تحقيقه شروط إعادة التفاوض، والقاضي بمعالجة مشكلة اختلال توازن العقد بسبب تغير ظروف تنفيذه، وهذا ما دفع بعض الفقه[1] إلى القول بضرورة أنْ يتم وقف تنفيذ العقد في مرحلة إعادة التفاوض.

وتبعا لذلك يرى الأستاذ شريف محمد غانم:"أن تبني هذا الرأي –متابعة تنفيذ العقد– يؤدي إلى نتائج غير مقبولة، فالهدف من اتفاق الأطراف على إعادة التفاوض في حالة وقوع أحداث معيَّنة، هو إيجاد حل مناسب لمواجهة الضرر الفادح واختلال التوازن الذي سببه وقوع الحدث. والأصل أنْ تستغرق إعادة التفاوض مدة قليلة حتى لا تتفاقم الأضرار التي يتحملها أحدهم جدرا تنفيذ التزامه، وإذا سمحنا بالاستمرار في تنفيذ العقد أثناء إعادة التفاوض فإنّ هذا سيتيح الفرصة لتقاعس أحد الأطراف عن إنهاء المفاوضات في وقت قصير.

[1] مثل الأستاذ شريف محمد غانم والأستاذ PASCAL LORFING.

ولذا فإن وقف العقد في هذه الحالة يسمح بتحقيق نتيجتين: فهو، أولا، يحث الأطراف على التوصل إلى اتفاق في أسرع وقت ممكن، حرصا منهم على مصالحهم المشتركة، ويسمح ثانيا، بأنْ يتخلص المدين من عبء تنفيذ التزامات أصبحت ضارة بالنسبة له لحين انتهاء مدة المفاوضات، أما استمرار العقد في هذه الحالة، فيعني استمرار تنفيذ المدين لهذه الالتزامات بنفس شروط التنفيذ السابقة، والتي تسبب له أضرار فادحة جاءت عملية إعادة التفاوض لتفاديها، وبالتالي فإنّ وقف العقد أثناء إعادة التفاوض يتماشى مع روح التعاون التي يجب أنْ تسود بين المتعاقدين أثناء إعادة التفاوض[1].

كما حاول الأستاذ PASCAL في تبريره لتفضيل وقف تنفيذ العقد خلال مدة عملية إعادة التفاوض عِوَضَ متابعة تنفيذه الرجوع إلى مسألة وقف تنفيذ العقد المترتبة عن إعمال القوة القاهرة بمفهومها المرن في عقود التجارة الدولية، إذْ أنَّ كلا من شرط إعادة التفاوض والقوة القاهرة في ظل هذه العقود يؤدي إلى إعادة التفاوض بشأنها[2]، حيث "يرى أنَّ وقفه–أي العقد– يظهر على أنّه آلية للتعديل تخدم قوته الملزمة التي تمنع فسخه، حيث أنّ وقف تنفيذ العقد إذا ما قرره الأطراف يؤدي إلى إعادة التفاوض، الحل الذي يُعد أفضل الحلول التي تسمح بالحفاظ على العقد"[3].

غير أنَّ هذا المنحى الذي عبَّر عنه الأستاذ PASCAL في تبريره لوقف تنفيذ العقد بدل متابعته، وإنْ كان يهدف إلى تلافي الضرر الذي يصيب أحد المتعاقدين، إلاّ أنّ الإطار الذي استند عليه لا يخلو من الانتقاد، ذلك أنّ الأساس الذي بُني عليه وقف تنفيذ العقد وفقا له

---

[1] شريف محمد غانم، مرجع سابق، ص. 343.

[2] PASCAL LORFING, Op.cit, p. 378 et S.

[3]« Sa suspension apparaît alors comme un moyen d'adaptation du contrat au service de sa force obligatoire qui fait échec à sa résolution. La suspension de l'exécution du contrat peut, si les parties le désirent, permettront sa renégociation, solution qui apparait alors également comme le meilleur remède à la tentative de maintien du contrat ».
V. Ibid, p. 380.

يتمثل في القوة القاهرة بمفهومها المرن والحديث، والذي بيَّنت الدراسة أنّه وإنْ كان يتشابه مع شروط إعادة التفاوض من ناحية ترتيبهما لإعادة التفاوض، إلا أنّهما مفهومان مختلفان، إذْ وكما تمت الإشارة إليه أنّ تقارب المفهومين مرده الممارسة التعاقدية وليست تطور المفاهيم القانونية[1].

المطلب الثاني: مصير العقد بعد إعادة التفاوض.

إنّ إعمال فكرة إعادة التفاوض من قبل الأطراف نتيجة تغير ظروف تنفيذ عقدهم بسبب أحداث معينة يُفسَّر بانصراف نيتهم إلى السعي من أجل معالجة اختلال توازن العقد، وذلك من خلال بذل قصار جهدهم لإنجاح المفاوضات وتعديل العقد(فرع أول)، غير أنَّ ذلك لا يعتبر سوى التزاما ملقًا على عاتقهم، مما يمكن معه تصور فشل عملية إعادة التفاوض عن ترتيب مثل هذا التعديل، ممَّا يدفع إلى التساؤل عن مصير العقد في هذه الحالة (فرع ثاني).

الفرع الأول: مصير العقد في حالة نجاح المفاوضات.

إنّ نجاح عملية التفاوض بين المتعاقدين وذلك بالاتفاق على تعديل العقد يؤدي إلى إقرار أحكام جديدة للعقد، مما يدفع إلى التساؤل عن طبيعة هذا التعديل(أولا)، وعن نطاقه (ثانيا).

أولا: طبيعة تعديل العقد.

لا تطرح مسألة تحديد طبيعة التعديل مشكلة بالنسبة لبعض الفقه[2]، إذ أنَّ المهم في هذه المسألة هو المحافظة على العقد، أي أنّ العبرة بنتائج هذا التعديل، حيث يرى الأستاذ ALMEIDA:"أنّه مهما يكن فإنّ التعديلات المتفق عليها من قبل الأطراف تؤدي إلى نتائج محددة تتمثل في:

[1] تم التعرض إلى جوانب التقارب والاختلاف بين فكرتي إعادة التفاوض والقوة القاهرة، أنظر الفصل الأول من هذا الباب.

[2] مثل الأستاذ MAURICIO ALMEIDA PRADO.

أ. تعديل محل الالتزام الرئيسي(كتغيير الأداء أو أجل التنفيذ).

ب. خلق التزام أو عدة التزامات جديدة.

ج. انقضاء التزام أو عدة التزامات.

د. تجديد التزام أو عدة التزامات جديدة"[1].

ويتفق الأستاذ Régis[2] مع الأستاذ ALMEIDA على أنّ تعديل الالتزام لا يخرج عن النطاق الآنف الذكر، غير أنّه يؤكد على أنّ اتفاق المتعاقدين على تعديل العقد لا يمس الالتزامات وحدها بل يمس العقد ككل لما لذلك من أهمية، حيث يقول:"...يجب التساؤل عما إذا كان الاتفاق على التعديلات المستقبلية يؤدي إلى تعديل بسيط للعقد أو أكثر من ذلك إلى تجديده، وبصورة مختصرة هل الاتفاق يؤدي إلى تعديل بسيط أو إلى عقد جديد؟، حيث أنَّ لهذا التساؤل أهميته، إذْ يمكننا افتراض أنّه في هذه الحالة كما في حالة ما إذا كان التجديد ضمنيا، فإنَّ تجديد العقد يؤدي إلى فقدانه الضمانات المرتبطة بالعقد الأول، كما أنَّه يجب كذلك النَّظر إلى تاريخ التجديد لتحديد أهلية الأطراف في القانون الواجب التطبيق في حالة التعديلات التشريعية الطارئة بعد انعقاد العقد الأول"[3].

---

[1] « Quoi qu'il soit, les adaptations convenues par les parties entraînent des conséquences spécifique pour le contrat à savoir ;

a) La modification de l'objet de l'obligation principale (par exemple) : le changement de la prestation ou du délai d'exécution) ;
b) La création d'une ou de plusieurs nouvelles obligation ;
c) La suppression d'une ou de plusieurs obligations ;
d) La novation d'une ou de plusieurs obligation ».

V. M. ALMEIDA PRADO, le hardship … Op.cit, p. 150.

[2] R. FABRE, Op.cit, p. 21.

[3]« Mais il faut se demander si ce consentement donné à l'origine pour des adaptations futures entraîne une simple modification du contrat ou plus catégoriquement son renouvellement. En bref, l'accord porte-t-il simplement sur la modification ou sur un nouveau contrat modifié ? L'intérêt de la question est important. On peut admettre, en effet, que dans ce cas-là, comme en de tacite de sûretés qui accompagneront la première convention, de même c'est au moment de renouvellement qu'il faudra se placer pour apprécier la capacité des parties de la loi applicable en cas des=

وترتيبا على ذاك فإنَّه للحكم بتجديد العقد la novation du contrat[1] يُشترط كما تقرره القوانين الوطنية تغيير في الدين الأصلي la dette initiale، مع انصراف إرادة المتعاقدين إلى هذا التجديد[2]، وإنْ كان التجديد في إطار تعديل العقد في عقود التجارة الدولية يجد أساسه في الاختلال الاقتصادي للعقد[3].

فبخصوص تغيُّر الدين الأصلي فيُعد من قبيل التجديد فيه أنْ يتم وضع شرط لتنفيذ الالتزامات كالدفع المسبق للثمن، والذي لم يكن مشترطا في الالتزام الأصلي[4]، بحيث قضى القضاء الفرنسي أنَّ الإخلال بهذا الشرط يُعد إخلالا جوهريا بالالتزام[5].

وتبعا لذلك فإنَّ مجرد طرح آليات لتنفيذ الالتزام الأصلي أو الاتفاق على آليات جديدة لدفع الثمن لا يُعد من قبيل تجديد الالتزام[6].

إلا أنَّه في المقابل يرى الأستاذ CABAS أنَّه ومراعاة لاعتبارات التجارة الدولية، وإنْ كان من المتفق عليه في القوانين الداخلية أنَّ الاتفاق على آليات جديدة لدفع الثمن لا يُشكل تجديدا للالتزام، فإنَّ ذلك يشكل فرقا في عقود التجارة الدولية، إذْ يقول:"هناك فرق جوهري بين أنْ يكون الدفع فوريا أو من خلال سفتجة بالدولار الأمريكي أو بالليرة الإيطالية أو

=modifications législatives introduites postérieurement au premier contrat ».V. R. FABRE, Op.cit,, p. 26.

[1] يعرف التجديد على أنه: "استبدال دين جديد بدين قديم فيكون مسببا في قضاء الدين القدم وفي نشوء الدين الجديد، فالتجديد إذن هو سبب لانقضاء الالتزام، وهو في الوقت ذاته مصدر لنشوء الالتزام فهو اتفق على انقضاء الالتزام القديم وعقد لإنشاء الالتزام الجديد"،أنظر:

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام، ج.3، منشورات الحلبي، ط.3، 2000، بيروت، لبنان، ص. 813.

رضا متولي وهدان، النظام القانوني في تجديد الالتزام، دار الفكر والقانون، طبعة 2007، ص.43

[2] تنص المادة 287 ف 1 ق م ج على أنه: "يتجدد الالتزام:

بتغير الدين إذا اتفق الطرفان على استبدال الالتزام الأصلي بالتزام جديد يختلف عنه في محله أو مصدره". كما نصت المادة 289 ف 1 على أنه: "لا يفترض التجديد بل يجب الاتفاق عليه صراحة أو استخلاصه بوضوح من الظروف".

وهما تقابلان المادتين 1271 و 1273 من القانون المدني الفرنسي.

[3] R. ALACHKAR, Op.cit, p. 199.

[4] C. PACET, De la réalisation de la novation RTD.civ, 1975, p. 643.

[5] Cass.civ, 1er, 20 Nov. 1967, D. 1967, p. 21.

[6] C. PACET, Op.cit, p. 649.

بالفرنك الفرنسي أو الفرنك السويسري"[1]، وبذلك يكون من الأفضل في إطار عقود التجارة الدولية أنْ يتم دراسة مسألة أثر تغيُّر عملة الدفع على العقد حالة بحالة[2].

وبالمقابل وفيما يتعلق بشرط انصراف إرادة المتعاقدين إلى اعتبار الاتفاق المترتب عن عملية إعادة التفاوض تجديدا، فكما أشارت إليه المادة 2173 ق م ف يجب أنْ ترد إرادة صريحة بهذا التجديد، إذْ قضت:"إنَّ التجديد لا يفترض، وإنما يجب أنْ ترد الإرادة به صريحة في التصرف"[3]، وهذا على خلاف نص المادة 289/ف 1 ق م ج التي أجازت أن يستخلص اتجاه إرادة الأطراف إلى التجديد من الظروف التي تم فيها الاتفاق بين الأطراف، وهذا ما دفع بعض الفقه الفرنسي إلى القول أن الحكم الوارد في نص المادة 2173 وارد أيضا في المادة 1271 ق م ف؛ والتي تشترط تغيرا في الدين الأصلي، إذْ أنّ الاتفاق على تغيُّر الدين الأصلي يفترض اتجاه نية الأطراف المتعاقدة إلى اعتبار هذا الاتفاق تجديدا[4].

ومهما يكن من أمر فإنَّ الاتفاق المتمخض عن عملية إعادة التفاوض يجب أنْ تتجه فيه إرادة الأطراف إلى اعتبار التغير في الدين الأصلي تجديدا للالتزام، أو ما يسمى باللاتينية animus novandi[5].

وبالمقابل فإنّ صعوبة تحقق شرط ورود إرادة صريحة من قبل أطراف العقد بتجديده دفع بعض الفقه[6] إلى البحث عن تكييف آخر للاتفاق المترتب عن عملية إعادة التفاوض، والقاضي والقاضي بتعديل العقد، إذْ يرى الأستاذ REINE أنَّ هذا التعديل يعد تغييِّرا في العقد وليس

---

[1]« Il ya une différence essentielleentre le fait d'être payé en espèces ou par lettre dé change, en dollar US ou en Lira italienne, et même entre le franc Français et le Franc Suisse ».

أشار إليه: R. ALACHKAR, Op.cit, p. 202.

[2]Ibid, p. 202.

[3]Art. 1273. CcF : « La novation ne se présume point. Il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte ».

[4] لقد أكد القضاء الفرنسي بدوره على وجوب أن ترد إرادة الأطراف في شكل صريح بتحديد الالتزام، أنظر: Com 29 Jan 1990, RTD. Civ, 1991, Obs. J MASTER, p. 532.

[5]R. ALACHKAR, Op.cit, p. 203.

[6]. مثل الأستاذ ران الأشقر

تحديدا Une modification du contrat، حيث يُعرَّف هذا التغيُّر على أنَّه:"تصرف قانوني والذي من خلاله يتفق الأطراف خلال التنفيذ على تغيِّير عنصر أو عدة عناصر من العقد الذي يربطهم، دون اللجوء إلى إنهاء الرابطة العقدية الرئيسية"[1].

ويبرز الأستاذ REINE في معرض تبيانه لأهمية التغيِّير في العقد كمفهوم قانوني أنَّه:"إنْ كانت فائدة مثل هذا التكيِّيف شبه غائبة لما يمس التغيُّر فقط آليات التنفيذ، حيث أنّ تغيِّير الالتزام يبدوا غير كافُ ليرقى إلى التزام جديد، فإنَّه في المقابل أهمية هذه المسألة لا يمكن تجاهلها في حالة التغيِّير الجوهري...وتكمن الفائدة الكبيرة لمفهوم "التغيِّير" في المحافظة على العلاقة العقدية الأولى، حيث يحقق هذا المفهوم الأثر المرجو من شرط إعادة التفاوض، في غياب شرط يسمح بمعرفة انصراف إرادة المتعاقدين إلى التجديد، باستبدال عقدهم الأول باتفاق جديد، إذْ أنَّ هدفهم يتمثل في استبدال الشروط غير المجدية بشروط معدَّلة، مع الحفاظ على الأحكام الرئيسية التي تُمَّس أو تتضرر بفعل الحدث المخل بالعقد"[2].

غير أنَّ تأسيس"التغيِّير"كمفهوم قانوني مُحدِد لطبيعة تعديل العقد المترتب عن اتفاق الأطراف بعد إعادة التفاوض يجب أنْ يخضع طبقا للأستاذ REINE إلى شرط التناسب بين

---

[1]. « La modification peut se définir comme l'acte juridique par lequel les parties conviennent de changer en cours d'exécution un ou plusieurs éléments e la convention qui les lie sans aboutir à la rupture du lien contractuel initial »
V. R. ALACHKAR, Op.cit, p.205

[2]. «En effet si l'intérêt d'une telle reconnaissance est quasiment absent lorsque la modification porte sur les modalités d'exécution, la transformation de l'obligation n'apparaissent pas suffisante pour engendrer une nouvelle obligation, en revanche la question acquiert, une importance non négligeable en présence de modifications substantielles…, l'intérêt majeur de la modification réside justement dans le maintien du lien contractuel primitif. Elle correspondrait dès lors à l'effet escompté, par la clause de hardship puisque, à défaut de stipulation permettant de déduire la volonté des parties de nover, ces derniers n'ont, à priori, aucune intention de substituer à leur contrat initial, une nouvelle convention, leur seul objectif consisterait plutôt à remplacer les clauses défaillantes par des clauses réadapter, tout en maintenant les dispositions initiales non atteintes par le cas de hardship»
V. Ibid, p.206

محل الالتزام الجديد ومحل الالتزام الأصلي، إذْ يعد ذلك بمثابة ضمان للمحافظة على العلاقة العقدية، مما يعطي مساحة أكبر لنطاق هذا التغيِّير، حيث يسمح ذلك للأطراف باستبدال أي عنصر من عناصر الالتزام القديم؛ غير أنّ التناسب هذا لا يمس سبب الالتزام، إذ أنّ زوال سبب الالتزام الأول يؤدي إلى زوال العلاقة العقدية بين الأطراف مما لا يسمح بالقول بجواز استبدال سبب الالتزام الأول بسبب جديد للالتزام الجديد[1].

ثانيا: نطاق التعديل في حالة نجاح إعادة التفاوض.

إنَّ بحث نطاق التعديل في حالة نجاح إعادة التفاوض يتم من خلال إمكانية تحديد هذا النِّطاق من قبل الأطراف أنفسهم(أ)، وكذلك من خلال إذا ما كان لهذا التعديل أثر رجعي إلى ما قبل عملية إعادة التفاوض(ب).

أ. تحديد مضمون التعديل من قبل المتعاقدين:

قد يحدث أنْ يتفق أطراف العقد في شرط إعادة التفاوض حول نطاق التعديل بعد إعادة التفاوض لدى تحقق الحدث المخل بالعقد، إذْ قضى شرط إعادة التفاوض بأنَّ:"...الاتفاق على حل مرضي ومشترك والذي يسمح، في حالة اتفاق الأطراف، بأي تغيِّير إما في فرض الرسوم على الأسعار، و/ أو تمديد أي أجل لتنفيذ التزامات شركة الامتياز طبقا لعقد الامتياز، و/ أو خفض الكميات، وإلا كانت واجبة الدفع للوزارة طبقا لعقد الامتياز؛ فقط هذه الحلول الممكن إقرارها في حالة تحقق الأحداث طبقا لهذا الشرط"[2].

---

[1]. R. ALACHKAR, Op.cit, p. 207

[2]. «…reaching a mutually satisfactory resolution of the sitaution, wich could if the parties so agree, result in either modification of then existing toll rates and/or an extension of any applicable deadline for the concession company to meet its obligations under the concession contract and/or reduction in amounts wich otherwise be payable to the ministry under the concession contarct. These shall be the only typre of remedies avaible for events arising under this clause. »
V. M. ALMEIDA PRADO, Le hardship…Op.cit, p.150

وتبدو أهمية مثل هذا الاتفاق لتحديد نطاق التعديل مسبقا في معرفة مسؤولية المتعاقدين عن الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض، إذْ لا يعد رفض أحد المتعاقدين اتخاذ إجراء أو سلوك خارج الأطر المتفق عليها في شرط إعادة التفاوض إخلالا بهذا الالتزام[1].

ب. تحديد الأثر الزمني للتعديل في حالة الاتفاق:

لقد تمت الإشارة إلى مصير العقد أثناء فترة أو مرحلة إعادة التفاوض بحيث أنَّ المبدأ الذي يسوس العقد أثناء هذه الفترة هو مبدأ متابعة تنفيذه، بالرغم مما قد ينجر عنه من آثار سلبية على الطرف المتضرر من الحدث المخل بالعقد أو الحدث الـ hardship، وذلك نظرا لما يضمنه هذا المبدأ من صيرورة اقتصادية للعقد، ولو على حساب مصلحة الطرف المتضرر، لذا وكما أبانت الدراسة يلجؤ متعاملو التجارة الدولية إلى محاولة تهذيب هذا المبدأ، من خلال وقف تنفيذ العقد خلال فترة إعادة التفاوض، وكذلك من خلال تأقيت فترة إعادة التفاوض.

وتبعا لذلك فإنَّه في غياب إرادة صريحة من قبل الأطراف فلا يمكن افتراض أن يسري اتفاق التعديل بأثر رجعي، إذْ أنَّ أثر التعديل لا يمس العلاقة العقدية إلا مستقبلا، وذلك إبتداءا من تاريخ هذا الاتفاق عقب نهاية إعادة التفاوض[2].

غير أنَّ مثل هذا الأثر الفوري لاتفاق التعديل يتعارض مع ما يجب أنْ يسوس العقد، وبالخصوص مرحلة تنفيذه من مبادئ التعاون والتضامن بين أطرافه، إذْ وكما أكدَّه بعض الفقه"يجب بالرغم من ذلك التأكيد أنَّ مثل هذا الحل لا يتناسب مع روح التعاون، التي من المفترض أنْ تسود بين الأطراف في إطار إعمال شرط إعادة التفاوض"[3].

---

[1]. M. ALMEIDA PRADO, Le hardship…Op.cit, p.150

[2]. R. ALACHKAR, Op.cit, p. 209

[3]. « Il faut pourtant admettre qu'une telle solution s'accorde mal de l'esprit de coopération qui règne en principe entre les parties engagées dans le processus d'une clause de hardship. »
V. Ibid., p.209

بالمقابل فإنَّه بالنظر إلى اعتبارات حسن النية في إطار العود الدولية، فإنَّ بعض الفقه[1] دعى إلى ضرورة أنْ تعود آثار اتفاق الأطراف القاضي بتعديل العقد حال انتهاء المفاوضات إلى تاريخ يحدده الأطراف صراحة، كتاريخ الدخول في المفاوضات مثلا، أو تاريخ اكتشاف أنَّ اختلال توازن العقد سببه حدث الhardship، غير أنَّه في حالة غياب مثل هذا الاتفاق الصريح من قبل المتعاقدين، فيبدو أنَّه من الأنسب أنْ يسري اتفاق التعديل بأثر رجعي من تاريخ اختلال توازن هذا العقد[2].

الفرع الثاني: مصير العقد في حال فشل إعادة التفاوض.

إنَّ فشل عملية إعادة التفاوض عن خروج أطراف العقد باتفاق يقضي بتعديل العقد مسألة لا تثيرها الكثير من شروط إعادة التفاوض، وذلك بالنظر إلى سلوك المتعاقدين أثناء إبرام العقد الذي يحكمه مبدأ التعاون[3]؛ ولعل هذا ما يفسر فعالية فكرة إعادة التفاوض في إطار عقود التجارة الدولية، إذْ أنَّ مبدأ التعاون—المبدأ الأخلاقي-يدفع المتعاقدين لإنجاح إعادة التفاوض لما للعقد من أهمية اقتصادية، وبذلك يبدو تمازج العنصر الأخلاقي والعنصر الاقتصادي من خلال هذه الفكرة[4].

وتبعا لذلك فإنَّ دراسة مصير العقد في حالة فشل عملية إعادة التفاوض يخضع إلى تنظيم مسبق له(أولا) من قبل الأطراف من عدمه (ثانيا)، وهذا إذا ما تم استبعاد فرضية تدخل الغير في تعديل العقد[5].

---

[1]. مثل الأستاذ F. CABAS

[2]. R. ALACHKAR, Op.cit, p.210

[3]. Ibid, p.211

[4] . وهذا على خلاف ما هو سائد في القوانين الداخلية التي تُقيم فصلا بين العنصر الأخلاقي والاقتصادي للعقد، سيتم التفصيل في هذه المسألة لدى التعرض إلى موقف القوانين الداخلية من فكرة إعادة التفاوض.

[5]. لقد تمت الإشارة إلى تدخل الغير سواء كان هذا الغير محكما أو موَّفقا أو خبيرا، حيث أشارت الدراسة إلى أنّ تدخله لتعديل العقد يتم وفقا لإرادة المتعاقدين، عدم الخروج عن الأطر التي تم الاتفاق بشأنها في العقد.

أولا: التنظيم المسبق لحالة فشل إعادة التفاوض.

إنَّ التنظيم المسبق لمسألة إعادة التفاوض يَنُّم عن احترافية متعاملي التجارة الدولية، إذْ يحاول هؤلاء في عقودهم من خلال شرط إعادة التفاوض معالجة كل الفروض والاحتمالات التي قد تواجه تنفيذ عقودهم، والتي يعد فشل إعادة التفاوض أحدها؛ وفي هذا الإطار فإنَّ التنظيم المسبق لهذه المسألة يتمثل في تحديد مصير العقد إما من خلال إنهائه(أ)، أو وقفه خلال مدة معينة(ب).

أ. **إنهاء العقد** La résiliation du contrat:

قد يشير المتعاقدون صراحة إلى إنهاء العقد في حالة عدم الاتفاق على تعديل العقد من خلال إعادة التفاوض، إلاَّ أنَّ شروط إعادة التفاوض تختلف من حيث دقتها في تنظيم هذا الإنهاء، إذْ قد يرد هذا التنظيم بصيغة العموم، كالشرط الذي قضى بأنه:"إذا لم ينجح الأطراف في الوصول إلى اتفاق خلال أجل معقول فإنَّه يمكن لأي طرف إنهاء العقد أو جزء منه، والمتعلق بالكميات التي لم يتم تسليمها من الطلبية، وذلك من غير دفع تعويض"[1]، أو كالشرط الذي قضى:"...وعلى المصَّنِعْ أنْ يطلب مراجعة مناسبة للبنود العقدية، وفي حالة عدم وصول الأطراف إلى عقد اتفاق بشأن هذه المراجعة فللمُصَّنِع الحق في إنهاء العقد"[2].

وبمقابل هذه الشروط التي ترد بصيغة العمومية ترد بعض الشروط الأكثر دقة كتحديد أجل لإعادة التفاوض أو فرض إعذار بإنهاء العقد un préavis، إذْ قضى شرط إعادة التفاوض أنه:"في غياب اتفاق الأطراف في أجل...يوما ابتداء من تاريخ طلب التعديل، فإن

[1] « Si les parties ne parviennent pas à un accord dans un délai raisonnable, chacune d'elle pourra invoquer la résiliation du contrat ou de la partie non livrée de la commande, le tout sans indemnité »
V. M. FONTAINE, Les clauses de hardship...Op.cit., p. 35

[2]. « …then the manufacturer shall be entitled to request appropriate revision of the contractual terms or in the event that the parties are unable to reach an agreement as regards such à revision the manufacturer may terminate the contract. »
V. M. ALMEIDA PRADO, Le hardship...Op.cit, p.154

للأطراف الحق في إنهاء العقد بدون تعويض، وذلك من خلال إعذار في أجل... يوم الذي يتم برسالة موصى عليها، حيث تتم متابعة التموينات بدون تعديل للشروط التعاقدية خلال مهلة الإعذار"[1].

أو كالشرط الذي قضى:"إذا بلغ تغيُّر الظروف الاقتصادية حدّا يجعل من المستحيل إعادة التوازن الاقتصادي والمالي لعقد الامتياز، أو يجعل من المستحيل متابعة تنفيذ هذا العقد بالرغم من الجهود المبذولة من قبل الأطراف، فإنَّ لأي من هؤلاء الحق في إنهاء العقد، وبنفس الآثار كما لو تعلق الأمر بقوة قاهرة طبيعية"[2].

كما أنَّ هناك من الشروط ما يعطي حق إنهاء العقد لأحد الأطراف دون الآخر، كالشرط الذي قضى: "6.18 إذا لم يتوصل الأطراف إلى حل خلال (120) مائة وعشرين يوما مدة التفاوض، فلشركة MNTC أنْ تُنهي العقد طبقا للبند 22"[3]، أو الشرط الذي قضى أنّه:"في حالة غياب اتفاق الأطراف حول تعديل كهذا خلال أجل ثلاثين يوما من تاريخ طلب التعديل، فللطرف الذي أثار الشرط الحق في إنهاء العقد بدون إعذار أو تعويض، على أنْ يتم

---

[1]. « A défaut d'accord des parties sur telle adaptation dans un délai de…jours à compter de la demande d'adaptation, chacune des parties aura la faculté de mettre fin au contrat, sans indemnité, moyennant un préavis de….jours à notifier par lettre recommandée. Pendant ce préavis, les fournitures se poursuivront sans modification des conditions contractuelles ».
V. M. FONTAINE, Les clauses de hardship…Op.cit, p. 35

[2]. « Toute fois la modification des circonstances économiques était d'une telle ampleur qu'elle rende impossible le rétablissement de l'équilibre économique et financier de la convention de concession, malgré les meilleurs efforts des parties, ou qu'elle rende l'une ou l'autre des parties pourra résilier la convention de la concession avec les mêmes effets qu'ils s'agissent d'un cas de force majeure naturelle. »
V. M. ALMEIDA PRADO, Le hardship…Op.cit, p.154

[3]. « 18.6. Terminaton. If the parties are not able to agree on a snlution within the one hundred twenty 120 days negociation period, then the MNTC may proceed to terminate this AGREEMENT under clause 22 ».
V. Ibid., p.154

ذلك خلال 30 يوما إضافية، وإلاَّ تتم متابعة تنفيذ العقد بدون تعديل أي من البنود التعاقدية"[1].

فمن خلال ما تقدَّم من هذه الشروط يتضح أنَّ إنهاء العقد كحل في حالة فشل إعادة التفاوض، وإنْ كان يتعارض مع اعتبارات عقود التجارة الدولية الرامية لإنجاح المشروع أو الصفقة الاقتصادية التي تضمنها العقد، إلاَّ أنَّه يكشف أنَّ سبب اللجوء إلى إنهاء العقد يكمن في تردد الأطراف في اللجوء إلى التحكيم[2]، كما لاحظ الفقه أنَّ التنصيص على إنهاء العقد في هذه الحالة في إطار شروط إعادة التفاوض جاء خاليا من أية أحكام منظمة له، ممَّا قد يُفسَّر بأنَّ تنظيم هذه المسألة متروك للأحكام الأخرى الواردة في العقد، أو للقانون الواجب التطبيق على العقد[3].

ب. وقف العقد La suspension du contrat:

قد يتفق أطراف العقد على أنَّه في حالة فشل عملية إعادة التفاوض في تعديل العقد يتم وقف تنفيذه لمدة محددة، وفي حالة ديمومة آثار الحدث المخل بالعقد فللأطراف الحق إنهائه، إذْ قضى شرط إعادة التفاوض أنَّه:"في حالة...فشل الأطراف في الاتفاق خلال أجل معقول لا يتعدى...يوما فإنَّه يتم وقف تنفيذ العقد مدة أقصاها...شهرا، بطلب خطي من أحد الأطراف، وفي حالة بقاء آثار الحدث غير العادل أو المخل بالعقد إلى ما بعد مدة الوقف فإنَّ لكل طرف الحق في إنهاء هذا العقد، عن طريق إعذار مكتوب وبدون دفع التعويض"[4].

---

[1]. « A défaut d'accord des parties sur telle adaptation dans un délai de trente jours de la demande d'adaptation, les parties qui aura invoquée la clause aura le droit de mettre fin au contrat sans préavis ni indemnité. Elle devra user de cette faculté dans un délai supplémentaire de trente jours. Faute de quoi le contrat s'exécutera sans modification aucune des conditions contractuelles ».
V. M. FONTAINE, Les clauses de hardship…Op.cit, p.35

[2]. M. ALMEIDA PRADO, Le hardship…Op.cit, p.154

[3]. M. FONTAINE, Les clauses de hardship…Op.cit, p.34

[4]. « If…the parties shall fail to, agree within a reasonable time not to axceed…days, this agreement shall be suspended for a maximum of...months on the written request=

وتبعا لذلك فإنَّ وقف تنفيذ العقد في هذه الحالة لا يمثل حلا جامعا une panacée إلاَّ أنَّه يسمح بتخفيف آثار تغيُّر ظروف تنفيذ العقد على الطرف المتضرر خلال فترة الوقف، غير أنَّه لا يتصور ديمومة فترة هذا الوقف نظرا لعدم إمكانية تحمل الأطراف اقتصاديا هذه الوضعية المعبَّر عنها بـ STATO QUO[1].

وبالرغم من هذا فإنَّ وقف تنفيذ العقد، ضمن الأطر السابقة الذكر، كتنظيم لمصير العقد في حالة فشل عملية إعادة التفاوض لاقى قبولا من الفقه، إذْ يرى الأستاذ FONTAINE في إطار فوج العمل الذي ترأسه لدراسة شروط إعادة التفاوض أنّ وقف العقد"نظام متميز في إطار استشراف الأطراف اقتصاديا أنه من المفيد وقف التزاماتهم المتبادلة لعدّة أشهر في انتظار متابعة التنفيذ أو الإنهاء التام للعقد"[2].

ثانيا: عدم تنظيم الأطراف لحالة فشل إعادة التفاوض.

إنّ عدم تنظيم الأطراف لحالة فشل عملية إعادة التفاوض ليس له تفسير سوى متابعة تنفيذ العقد، وذلك وفقا لما أقرته الممارسة التعاقدية في نطاق عقود التجارة الدولية، إذْ يقول الأستاذ ALMEIDA في إطار استبيانه بخصوص هذه المسألة أنّه:"في ظل عدم ورود أي شرط يقضي بهذا الحل متابعة تنفيذ العقد بصورة صريحة فإن المتعاملين الذين شملهم الاستبيان يعتقدون أنَّ هذا النوع من الحلول يبقى شائعا، وعليه يمكننا من خلال الإجابات المقدمة اعتبار

=of either party. Should the cause of such unfairness or undue hardship temain unchanged after this period of suspension, then either party shall be entitled to cuncel this agreement forwith on written notice without liability for damages ».
V. M. FONTAINE, Les clauses de hardship…Op.cit, p. 36

[1]. R. ALACHKAR, Op.cit, p.214

[2]. « Le système intéressant dans la mesure où les parties estiment économiquement concevable que l'exécution de leurs engagement réciproque puisse ainsi subir une interruption de plusieurs mois dans l'attente d'une reprise ou d'une résiliation définitive. »
V. M. FONTAINE, Les clauses de hardship…Op.cit, p.36

أنَّ الشروط غير المنظمة لمصير العقد بعد فشل المفاوضات تتضمن اختيار الأطراف ضمنيا لهذا الحل، المتمثل في متابعة تنفيذ العقد وفق شروطه الأصلية"[1].

ويبدو أنَّ متابعة تنفيذ العقد كحل لهذه الحالة سلوك منطقي من قبل أطراف العقد، إذْ أنَّ دور شرط إعادة التفاوض يتمثل في ملئ الفراغ القانوني الناتج عن تغير ظروف تنفيذ العقد[2]، وهذا ما أشارت إليه غرفة التجارة الدولية في شرطها النموذجي la clause modèle لعدم التوقع لسنة 1985، والذي قضت فيه أنَّه:"في حالة عدم اتفاق الأطراف حول تعديل العقد خلال 90 يوما من تاريخ الطلب بذلك يبقى العقد ساري المفعول وفق شروطه الأساسية"[3].

وتبعا لذلك فالمبدأ كما عبَّر عنه الأستاذ OPPETIT أنه:"في حالة عدم اتفاق الأطراف حول التعديلات اللازمة للعقد، فالأصل أنْ يبقى هذا الأخير ساري المفعول بجميع شروطه، ما لم يوجد شرط صريح بخلاف ذلك"[4]، إذْ يجد هذا المبدأ أساسه المنطقي في كون الالتزام بإعادة التفاوض التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، لذا وفي غياب أي إثبات لخطأ

---

[1]. « Dans l'échantillon de clauses recueilli n'avons identifié aucune clause prévoyant cette solution d'une manière expresse, Cependant, les praticiens interrogés dans le cadre de l'enquête estiment que cette modalité de clause reste assez fréquente ; nous pouvons donc estimer que les réponses donnés considéreront plutôt que les clauses qui sont silencieuses sur le sort du contrat après l'échec des négociations, constitueraient in choix tacite des parties pour cette solution la poursuite du contrat dans ses termes initiaux »

V. M. ALMEIDA PRADO, Le hardship…Op.cit, p.151

[2]. R.ALACHKAR, Op.cit, p.215

[3]. « A défaut d'un accord des parties sur la révision du contrat dans un délai de 90 jours après la demande. Le contrat demeure en vigueur conformément à ses termes initiaux ».

V. CCI, Force majeure et imprévision, Paris, N°. 421, 1985, p.9

[4]. « Faute d'accord entre les parties sur le réajustement à apporter au contrat, il faut en principe décider que ce dernier, sauf clause expresse, reste en vigueur dans ses stipulations ».

V. B. OPPETTIT, Op.cit, p.813

صادر عن أحد المتعاقدين فإنَّه لا مجال للحديث عن المسؤولية العقدية، التي تسمح للطرف الآخر بالمطالبة بإنهاء العقد مع التعويض[1].

غير أنَّه بالمقابل فإنَّ الفقه[2] قد أكدَّ أنَّ مبدأ متابعة تنفيذ العقد كنتيجة منطقية لفشل عملية إعادة التفاوض في تعديل العقد حلٌ لا يخلو من الانتقاد، إذْ يرى الأستاذ OPPETIT أنه إذا كان "...من المؤكد أنَّ المحافظة على سريان البنود العقدية غير المعدّلة بالرغم من وقوف الحدث المخل بالعقد لا يتماشى مع روح شرط إعادة التفاوض ونية الأطراف، لذا إذا لم يكن بإمكان هؤلاء بالرغم من إرادتهم المشتركة الوصول إلى اتفاق، فإنَّه يبدو أنَّ المحافظة على العقد أمر غير مقبول"[3].

كما يرى الأستاذ REINE أنَّه:"في الحالات المستعصية يتم التخفيف من الضرر اللاحق بالطرف المتضرر من تغيُّر ظروف تنفيذ العقد من خلال روح شرط إعادة التفاوض، إذْ يمكن أنْ تؤدي متابعة تنفيذ عقد"كارثي"إلى إفلاس المدين، ممَّا يتناقض مع روح التضامن والعدالة التي تسود هذا الشرط"[4].

وتبعا لهذا الموقف الرافض لمبدأ متابعة تنفيذ العقد اختلف الفقه حول الآليات اللازمة للتخفيف من آثاره، حيث ذهب الأستاذ REINE استنادًا على بعض القرارات التحكيمية كالقرار رقم 2478 السابق الذكر، والذي أجاز فيه المحكمون للطرف المتضرر إنهاء العقد في

---

[1]. M.FONTAINE, Les clauses…Op.cit, p.p 34 et 35

[2]. مثل الأساتذة: Reine ALACHKAR, Marcel FONTAINE, Bruno OPPETTIT

[3]. «…il est évident que le maintien en vigueur de stipulations contractuelles inchangées malgré la survenance du hardship ne correspond guère à l'esprit de la clause et à l'intention des parties ; si ces dernières, malgré leur volonté commune d'aboutir, n'ont pu parvenir à un accord, la survie du contrat parait inconcevable »
V. B. OPPETTIT, Op.cit, p.216

[4]. « C'est effectivement l'esprit de la clause de hardship qui permettra, dans les cas extrêmes, d'abréger les souffrances d'une parties d'un changement de circonstances. En effet, la poursuite d'un contrat désastreux et susceptible d'entrainer la mise en faillite du débiteur serait en parfaite contradiction avec l'esprit de loyauté et d'équité prônée par la clause. »
V. R. ALACHKAR, Op.cit, p.216

حال فشل إعادة التفاوض على أساس الخطأ التعاقدي، إذْ ذهب المحكمون، بناء على أنَّ الطرف المستفيد من مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد حال دون نجاح عملية إعادة التفاوض، إلى القول بمفهوم المخالفة أنَّه في حالة ما إذا كان الطرف المستفيد حسن النية، فإنه يجوز للطرف المتضرر اللجوء إلى القضاء، حيث يقول:"إذا كانت روح شرط–شرط إعادة التفاوض–تسمح في حدود معينة بتكملة نقائص فحواه، فإنَّ القبول الصريح لمثل هذا الافتراض هو الذي يعطي له–الطرف المتضرر–الحق في اللجوء إلى القضاء إذا ما كان الطرف الآخر حسن النية"[1].

وبالمقابل ذهب الأستاذ ALMEIDA إلى القوْل أنَّ فشل عملية إعادة التفاوض في إرساء اتفاق حول تعديل العقد لا يعطي الحق لأي من أطرافه في اللجوء إلى التحكيم أو إلى القضاء الوطني، إذْ أنَّ مثل هذا الفرض لا يتم إلاَّ بالاستناد إلى الإرادة الصريحة للمتعاقدين بذلك، حيث استند في رأيه هذا على نقد الرأي القائم على ربط شرط إعادة التفاوض بشرط التحكيم، ممثلا في القرار التحكيمي الصادر بخصوص قضية Quinttet، التي قضى فيها شرطا إعادة التفاوض بأنه:"**بند8. التعاون المشترك:** يتفق كل من البائع والمشتري أنَّه من الممكن أن تطرأ حوادث ليس بالوُسْع توقعها عند إبرام العقد، كما يتفق الطرفان على بذل أقصى جهودهم لتجاوز الصعوبات الناشئة عن مثل هذه الحوادث غير المتوقعة في إطار حسن النية والتعاون المتبادل. **بند 9. معالجة اللاعدالة:** في حالة أي تغيُّر كبير في سوق استخراج الفحم في أي وقت من أوقات تنفيذ هذا العقد، فلكل طرف الحق في المطالبة بمراجعة الثمن، حيث على الأطراف التحادث بحسن نية بخصوص ذلك للوصول إلى تعديل عادل ومعقول"[2]؛ والذي قضى

[1]. « …, si l'esprit de la clause permet, dans une certaine mesure, de combler les lacunes de son texte, c'est l'aménagement explicite d'une telle éventualité qui lui donnera le droit d'ester en justice lorsque le partenaire sera de bonne foi. » V. R. ALACHKAR, Op.cit, p.217

[2]. « Art. 8 mutual cooperation : Both buyer end seller recognize that circumstances may arise that could not have been forseen at the time this contract was entred into. Both parties af=gree to use their best efforts to solve any hardship or difficulties

من خلاله المحكمون بجواز تعديلهم للعقد بناء على ربط شرط إعادة التفاوض بشرط التحكيم la clause compromissoire، إذْ اعتبر الأستاذ ALMEIDA أنَّ الفقه[1] يكاد يجمع أنَّ مثل هذا الربط بين هذيْن النوعيْن من الشروط لا يتم إلا باتجاه الإرادة الصريحة للمتعاقدين إلى ذلك، لذا فإنّ فشل إعادة التفاوض مع سكوت الأطراف عن تنظيم مثل هذا الفرض لا يؤدي إلى اللجوء إلى التحكيم أو إلى القضاء الوطني، حيث يجب ترك المسألة إلى القانون الواجب التطبيق، معترفا في ذات الوقت بأنَّ هذه المسألة ما زالت موضع جدل ونقاش[2]، إذْ يقول:"إنَّ منحى اللجوء إلى التحكيم يبدوا غير معقول بالنّظر إلى الممارسة التعاقدية الحالية، حيث لا يزال الجدل قائما بدون أي حل، وهنا يمكن للقانون الواجب التطبيق أنْ يلعب دورا كبيرا في تحديد الحلول اللازمة من الناحية الفعلية"[3].

وتبعا لما تقدّم فإنه يتضح مدى دقة ومخاطر الآثار المترتبة عن عدم تنظيم المتعاقدين لمصير عقدهم في حالة فشل عملية إعادة التفاوض، إذْ من المفترض أنّ العقد أداة للتوقع خاصة في نطاق عقود التجارة الدولية، مما يحتم على المتعاقدين تسيير جميع مراحل العقد وخاصة مرحلة التنفيذ، بنظرة ورؤية استشرافية تضمن المحافظة على العقد، ويتضمن ذلك تنظيمهم لاحتمال

---

arising from such unforseeable circumstances in the sprirt of mutual goodwill and cooperation.

Art.9. Inequity review, If any significant change in the metallurigical coal market takes place at any time during the term of the contract, either party shall have the right to request a price review. The parties shall discuss the matter in good faith to reach a fair and reasonable adjusment.»

أشار إليه:

M. ALMEIDA PRADO, Le hardship…Op.cit, p. 153

[1]. من بين هؤلاء الفقهاء: Regès FABRE، انظر:

R. FABRE, Op.cit, p.28

[2]. PH. FOUCHARD, E. GAILLARD et, B. GOLDMAN, Op.cit, p.32

[3]. « Cette conclusion nous parait déraisonnable, eu égard à la pratique contractuelle. Ce débat n'est cependant pas encore résolu, et le droit applicable peut jouer un rôle majeur dans la définition des solutions à apporter au le cas de concret »

V. M. ALMEIDA PRADO, Le hardship…Op.cit, p.153

فشل عملية إعادة التفاوض في ترتيب اتفاق حول تعديل العقد، وذلك لتفادي مثل هذا الجدل الفقهي الخاص بهذه المسألة.

المبحث الثاني: الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض.

إنَّ العبرة في أيَّة تقنية قانونية أو حكم قانوني يتمثل في الطابع الجزائي الذي يؤطرها، وبذلك فإنّ فعّالية فكرة إعادة التفاوض ترتبط بالجزاءات المتعلقة بالإخلال الالتزام بإعادة التفاوض، وبذلك وجب تحديد أولا مفهوم الإخلال بهذا الالتزام(مطلب أول)، وكذا طبيعة الجزاءات المقررة له(مطلب ثاني).

المطلب الأول: مفهوم الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض

إنَّ الإخلال بالالتزامات العقدية يؤدي إلى إثارة المسؤولية التعاقدية في عقود المعاوضة[1] Les Contrats Synallagmatique ، حيث ينتظر من كل من المتعاقدين أنْ ينفذ التزامه بإعادة التفاوض وفق الأطر التي تم تبيانها في الباب الأول.

وتبعا لذلك فإنَّ تقاعس أحد الأطراف في تنفيذ واجبه اتجاه الطرف الآخر فيما يخص الالتزام بإعادة التفاوض، أو عدم تنفيذه له يعتبر سلوكا مضرا بالمتعاقد الثاني، مما يمثل خطأ عقديا يثير مسؤوليته، إضافة على ركني الضرر والعلاقة السببية[2].

وترتيبا على ذلك فإنَّ دراسة عدم تنفيذ[3] الالتزام بإعادة التفاوض يستدعي التعرض إلى مفهوم أو مظاهر السلوك التعاقدي، كخطأ لازم لقيام المسؤولية التعاقدية (فرع أول) من جهة، وإلى كيفية إثباته من جهة أخرى (فرع ثاني).

---

[1]. عرفت المادة 58 ق.م.ج عقود المعاوضة على أنه:" العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء أو فعل شيء ما".

[2]. – أنظر فيما يخص القواعد العامة للمسؤولية العقدية في القوانين الداخلية
محمد صبري سعدي، مرجع سابق، ص310.

[3]. يعرف الأستاذ (Pascal) عدم التنفيذ على أنه:" عدم تكملة الالتزام بصورة كلية أو جزئية بقصد أو بدون قصد بسبب خطأ صادر عن المدين (عدم التنفيذ الخاطئ)، أو بسبب أجنبي (عدم تنفي عوضي)".

الفرع الأول: السلوك التعاقدي كسلوك ضار

يعد السلوك التعاقدي سلوكا ضارا Un comportement Préjudiciable "إذا كان سلوكا مخلا بمقتضيات السلوك المعقول"[1]، إذْ يُفترض أنْ يميل كلا المتعاقدين إلى العمل على الإبقاء والمحافظة على العلاقة العقدية متى أمكن ذلك[2]، حيث أنَّ سلوك المتعاقدين المخل بالالتزام بإعادة التفاوض قد يتمثل في سلوك سلبي(أولا)، مما يجعله سلوكا غير تعاوني (ثانيا).

أولا: السلوك التعاقدي، سلوك سلبي Un Comportement Passif

تقوم فكرة إعادة التفاوض على تضافر جهود أطراف العقد من اجل تجاوز الصعوبات الناشئة من أحداث معينة خلال مرحلة تنفيذ العقد، وذلك يتضمن ضرورة تبادل المعلومات بشان اختلال توازن العقد[3]، وبذلك فإنّ السلوك السلبي لأحد المتعاقدين يؤدي إلى الحيلولة دون هذا التبادل في المعلومات، إذْ أنّ من شأن غياب مثل هذا السلوك السلبي الصادر من أحد المتعاقدين أن يسمح بإخطار المتعاقد الآخر باختلال ظروف تنفيذ العقد أولا، والإخطار كذلك بتوافر شروط إعمال الالتزام بإعادة التفاوض، حيث أنّ الالتزام المتبادل بالإخطار وبتبادل

" Non accomplissement d'une obligation qui peut être totale ou partiel, résulter d'une omission ou d'une initiative, être dû a une haute de la part du débiteur (inexécution fautive) ou à une cause étrangère (inexécution fortuite)."
V. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.399

[1]." Il se définit comme un manquement à l'exigence d'un comportement raisonnable", V. ibid, p401.

[2]. أبانت الدراسة إلى أن المحافظة على العلاقة خيار اقتصادي تفرضه المصلحة الاقتصادية للمتعاقدين في نطاق عقود التجارة الدولية.

[3] . لقد أشارت الدراسة إلى أهمية تبادل المعلومات بين أطراف العقد فيما يخص الإخطار (La Notification) بوقوع ما يعيق تنفيذ هذا العقد.
هذا فضلا عن كون الإعلام التزام جوهري في العقد سواء في العقود الدولية كما في العقود الداخلية، أنظر بخصوص الالتزام بالإعلام، المراجع التالية:
محمد بودالي، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، ط.1، الجزائر،2005

المعلومات بخصوص اختلال العقد من شأنه"ضمان المصالح المشتركة للمتعاقدين، وهذا من شأنه التأكيد على الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام"[1].

وتبعا لذلك أشارت غرفة التجارة الدولية إلى مثل هذا السلوك السلبي، والمتمثل في عدم تبادل المعلومات بشأن تغير ظروف تنفيذ العقد، حيث أشارت في قرارها رقم 2478 السابق الذكر، بخصوص العقد المبرم بين شركة رومانية وأخرى فرنسية المتعلق بالتزود بالبترول[2]

إلى سقوط حق الشركة الرومانية في التمسك بالقوة القاهرة نظرا لتأخرها في إعلام الطرف الآخر بوقوعها، إذْ أقرت أنَّ:"قرار السلطات الرومانية بتاريخ 10 ماي 1973 لم يُبلَّغ للطرف الآخر، إلاَّ مرفقا برسالة بتاريخ 29 نوفمبر 1973 عن طريق هيئة تحكيم الـ CCI، ولهذا لم يعد للمدعى عليها–الشركة الرومانية–الحق في التمسك بها ،أي بالقوة القاهرة، فيما يخص الشحنات المتعلقة بالثلاثي الثاني والثالث من سنة 1973"[3]، وبذلك يتضح أنَّ هيئة التحكيم اعتبرت التأخر في إعلام الشركة الفرنسية بإلغاء رخص الاستغلال من قبل السلطات الرومانية سلوكا سلبيا من طرف الشركة الرومانية أسقط حقها في التمسك بالقوة القاهرة.

وفي نفس السياق يعد من قبيل السلوك السلبي للمتعاقدين صمت الطرف المستفيد عن الرد على إخطار المتعاقد المتضرر من اختلال العقد له–كما أشارت الدراسة–، وهذا ما أشارت إليه هيئة التحكيم، إذْ ورد في التعليق على أحد قراراتها أنه:"في الحقيقة يجب النظر من خلال الحل المعتمد في هذا القرار انعكاس الميل الشديد لدى محكمي التجارة الدولية إلى اعتبار كل فعل أو تجاهل من قبل أحد المتعاقدين، والذي يشكل فعلا جديدا بالنظر إلى التطبيق الصارم للبنود التعاقدية، الذي يستدعي أنْ يقابله رد فوري من قبل المتعاقد الآخر، بدون افتراض صمت

---

[1]." L'alerte donnée et donc le garant des intérêts communs des contractants, ce qui influence certainement la nature juridique de l'obligation d'information".
V.R. ALACHKAR, Op.cit, p133

[2]– القرار رقم 2478 الصادر عن غرفة التجارة الدولية سبقت الإشارة إليه .

[3] سبقت الإشارة إلى منطوق هذا القرار.
V. Sentence CCI, N° 2478/1974, Rec.arb.sen., de la CCI, 1974-1986, p.233

هذا الأخير"[1]، وكما يرى الأستاذ Pascal أنَّ مثل هذا السلوك يعد "سلوكا ضارا لكونه يكشف إخلالا بالمرونة التي يجب أنْ يُبديها الأطراف من أجل الحافظة على العقد، ويُحدَد هذا السلوك منذ حدوث الاختلال؛ وهو في الواقع يكشف إذا ما أراد الأطراف الدخول وبأي طريقة في إعادة تفاوض بشأن العقد"[2].

كما تبرز الصفة السلبية لسلوك أحد المتعاقدين بصورة أخص في رفضه لإعادة التفاوض أو رفضه لأي إجراء يسمح بتعديل العقد، وهذا ما أشار إليه القضاء في قضية ETAPvsBOMAR السابقة الذكر، إذْ قضت المحكمة أنّه:" لم يتم احترام الآلية المعتمدة في شرط العدالة الوارد، بحيث نرى أنَّه لم تُجرى أيَّة محادثات انجَّر عنها اتفاق حول ثمن جديد أو تشخيص بأن عدم الاتفاق جعل من العقد غير مفيد"[3].

وقد يكون رفض الدخول في إعادة التفاوض بشأن العقد بإرادة الدائن، وذلك لإبقاء الوضع كما هو، بالنظر إلى كونه المستفيد من مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد بكسب المزيد من الامتيازات، حيث وصفت غرفة التجارة الدولية CCI في قرارها رقم 3131 هذا السلوك بأنّه

---

[1]. "En réalité, il faut voir dans la solution retenue par la présente sentence, le reflet d'une attitude constante des arbitres de commerce international, pour lesquels toutes action ou émission d'un cocontractant qui constitué un fait nouveau par rapport à une stricte application des stipulations contractuelles appelles une réaction immédiate de l'autre cocontractant, sans quoi ce dernier est supposé avoir renoncé à agir",
V. commentaire, sous sentence N°. 3344/1981, Rec.sen.arb., de la CCI, 1974-1985, p.447

[2]. "Ce comportement sera préjudiciation car il est révélateur du manque d'empressement que les parties manifestent à tenter la sauvegarde du contrat et ce comportement s'appréciera dés le survenance du déséquilibre. Il révélera en réalité si les parties ont voulu et de quelle manière, mettre en œuvre la renégociation du contrat",
V. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.403.

[3]." le mécanisme de révision prévu par la clause d'équité n'a pas été respecté en l'absence: on ne relève aucune rediscutions suivi d'un accord sur un nouveau prix, soit d'un constat de désaccord entrainant la caducité du contrat",
V.CA Paris, 1987, JDI, 1987, Not E. LOQUIN, p.482.

"سلوك لا يتماشى مع مسألة الحفاظ على العلاقة التجارية الحسنة"[1]، وهو تصرف، كما أشارت غرفة التجارة الدولية في قرارها رقم 4761، "يناقض مبدأ حسن النية، وذلك انطلاقا من أنَّه من التعسف فرض الحفاظ على الالتزامات من خلال العقد على المدين إذا ما تغيرت الظروف التي أبُرم وفقا لها، بحيث يختل اقتصاد العقد"[2].

كما أنَّ القضاء الفرنسي أشار إلى مظاهر السلوك السلبي لأحد المتعاقدين على أنّه عدم مساعدة المتعاقد الآخر في مواجهة صعوبات تنفيذ التزاماته[3]، أو عدم حرصه على عدم اختلال المعطيات الاقتصادية للعقد، أو عدم التفاوض بشأن العقد في حالة تغيُّر هذه المعطيات الاقتصادية[4].

وبالمقابل من ذلك فإنَّ الصفة السلبية لسلوك أحد المتعاقدين قد تؤدي إلى ضرر بالمتعاقد الآخر ليس فقط في حالة اختلال توازن العقد، بل قد تظهر هذه الصفة في حالة مواجهة المدين لصعوبات في تنفيذه لالتزاماته، إذْ يرى الأستاذ Pascal "أنَّ الصعوبات التي يواجهها المدين في التنفيذ قد تدفع الدائن إلى فرض تنفيذ حرفي للعقد أو إلى رفض منح أجل إضافي للمدين، إذن نحن أمام مثاليْن سائديْن للسلوك الضار البعيد عن تفضيل المحافظة على العقد، والذي يمكن أنْ يؤدي إلى إنهائه"[5].

---

[1]. "…was scarcely compatible with the maintaining of good commercial relations",
V. CCI. N° 3131, 1973, Rec.sen.arb., 1974-1985, de la CCI, (version anglaise), p. 124

[2]." IL est manifestement contraire à la bonne foi et portant, abusif de maintenir des obligations imposées au débiteur par le contrat si les circonstances existant lors de sa conclusion se sont modifies à un point tel que l'économie de ce contrat se trouve bouleversée".
V. P. ACOOUI- LORFING, Op.cit, p. 404.

[3]. Cass.com, 24 novembre 1998, RTD.civ, 1999, Obs. J master, p.98.

[4]. Cass.civ, 1ère, 16 mars 2004, RTD.civ, 2004, Obs, J. master, p.290

[5]. « Des difficultés d'exécution rencontrées par le débiteur peuvent pousser le garancer a exiger une exécution littérale du contrat ou à refuser d'octroyer un délai supplémentaire d'exécution au débiteur en difficulté d'exécution. Il s'agit de deux illustrations courantes du comportement préjudiciable qui lion de favoriser le maintien du contrat, en provoquant peut être la rupture ».
V. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.405.

وتطبيقا لذلك وكما أشارت غرفة التجارة الدولية في قراراها رقم 247 السابق الذكر، فإنّ تأخر الشركة الرومانية في إخطار الطرف الفرنسي بوقوع الحدث المخل بالعقد– القوة القاهرة متمثلة في إلغاء تراخيص الاستغلال من قبل السلطات الرومانية– يمثل سلوكا سلبيا يشكل ضررا للشركة الفرنسية[1]، كما أشارت نفس هيئة التحكيم إلى أنّ عدم بذل الدائن لجهد من أجل تجاوز المشاكل والصعوبات التي تعيق التنفيذ الحسن للعقد يشكل سلوكا ضارا يتنافى واعتبارات المصلحة المشتركة للمتعاقدين في إنجاح العقد، إذْ في قرارها رقم 1703 المتعلق بوقف تنفيذ العقد بسبب قوة قاهرة وليس انقضائه، والمتمثلة في عدم الاستقرار السياسي كسبب لعدم التحصل على تأشيرة الدخول، مما يعيق تنفيذ العقد قضت أنّه:"...إنَّ الوضع السياسي في هذا البلد لا يشكل خطرا يمنع استمرارية تنفيذ العقد، بحيث لا تشير الدلائل أنّ المدعى عليها قد بذلت جهودا جدية للحصول على التأشيرات، بل إنّ فيه من الدلائل ما يفيد أنها لو بذلت مثل هذه الجهود لكانت قد تحصلت على التأشيرات"[2].

ثانيا: السلوك التعاقدي: غير تعاوني Un Comportement Non-Coopératif

إنَّ السلوك السلبي الذي تمت الإشارة إليه آنفا يتنافى مع ما يجب أن تجري فيه العلاقات العقدية على مستوى التجارة الدولية، القائمة على مبدأ حسن النية ومبدأ التعاون، وذلك بما يمثله من أهمية لأطرافه، إذْ يرى الأستاذ Pascal "أنَّه يجب أنْ يكون لدى الأطراف ميل بعدم المساس كلية بتنفيذ العقد، أي وفقا لمبدأ حسن النية ليس فقط الالتزام بما هو عقلاني، وإنَّما أيضا بما هو ضروري لعدم تحول تنفيذ العقد إلى تنفيذ غير عادل"[3].

---

[1] . CCI. N° 2478, précité, p.233

[2] . "…and the political situation in the country did not pressent dangers of such kind as to prevent the continued performance of the contract. It does not appear from the evidence submitted that the defendant made any seriouse efforts to get visas. There is some evidence that, had such efforts been ùade, visas would have been obtained",
V. sentence CCI. N° 1703, précité, p. 6

[3]. il s'agit pour la parties d'avoir une attitude qui ne tend pas à compromettre définitivement l'exécution du contrat, c'est-à-dire conformément à la bonne foi, se=

وتبعا لذلك فإنَّه في حالة اختلال التوازن العقدي بسبب أحداث معينة يفرض مبدأ التعاون على أطراف العقد العمل على تخفيف الأضرار الناتجة عن هذا الاختلال، والتي تصيب أحدهما[1]، فلقد نصت المادة 7-4-8 من مبادئ القانون المادة Unidroit تحت عنوان "تخفيف الضرر" أنَّه:"1- لا يلتزم المدين بتعويض الضرر في الحدود التي يمكن للدائن فيها تخفيف الضرر بطرق معقولة.

2- يمكن للدائن أنْ يسترد ما أنفقه بصفة معقولة بهدف تخفيف الضرر"[2].

كما أنَّ القرارات التحكيمية في مجال العقود الدولية أشارت إلى أهمية الالتزام بتخفيف الضرر، حيث قضت غرفة التجارة الدولية CCI في قرارها 2478 أنَّه:"على الطرف المتضرر القيام بجميع الإجراءات الضرورية لتفادي تفاقم الضرر. بالمقابل يظهر أنه عند الاجتماع بـ"بوخرست" في...قد عرضت المدعى عليها على المدعية سعرا خلال الثلاثي الثاني من سنة

=limiter non seul est à ce qui était raisonnable mais encore à ce qui était strictement nécessaire pour que l'exécution du contrat ne devienne pas manifestement inéquitable", V. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p409.

[1] . شريف محمد غانم، مرجع سابق، ص513 وما بعدها.

[2] . Art 7-4-8: atténuation du préjudice.

1- le débiteur ne prend pas du préjudice dans la mesure où le créancier pu l'atténuer par des moyens raisonnable2- le créancier peut recouvrer les dépenses= =raisonnablement occasionnées en vue d'atténuer le préjudice". V. Principes d'Unidroit 2004, Op.cit, p.173.

كما أنَّ القوانين الداخلية أشارت إلى مثل هذا الالتزام، حيث نصت المادة 182 ف. ق.م.ج المماثلة لنص المادة 221 ق.م.م أنه:"إذا لم يكن التعويض مقدرا 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 بالالتزام أو التأخر في الوفاء ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

من خلال هذا النص يتضح أنه لا يجوز تعويض الدائن إلاَّ عن الأضرار التي ليس بإمكانه أنْ يتوقاها والتي لم يستطع بجهد معقول أنْ يتفاداها، أي كما عبَّر عنه المشرع بـ"الضرر كنتيجة طبيعية لعدم الوفاء أو التأخر في الوفاء بالالتزام"، أو ما يسميه الفقه بـ"الضرر المباشر".

لأكثر تفصيل أنظر المراجع التالية:

عبد الرزاق السنهوري: مصادر الالتزام، نظرية الالتزام بوجع هام، ج1، ط3، منشورات الحلبي، بيروت، 2000، ص.768 وص.1032.

كما نصت على الالتزام بتخفيف الضرر التشريعات المقارنة، حيث نصت المادة 298/ف1 من القانون الألماني، تحت عنوان "الإهمال في اتخاذ الإجراءات التي تتجنب أو تخفف الضرر على أنه:" لا يستطيع المتعاقد أن يطلب تعويضا عن فسخ العقد إذا أهمل اتخاذ الإجراءات الضرورية بغرض تجنب الضرر، إذا كان في استطاعته أن يتخذها"، كما أنَّ هذا الالتزام معترف به في نظام القانون الموحد (Comman Law)، حيث يُعبَّر عنه بمصطلح (Duty to Mitigate) أي واجب التنفيذ، أنظر هذه التشريعات:

شريف محمد غانم: مرجع سابق، ص516 وما بعدها.

1973 بكمية (X) طن من الوقود بسعر...فرنك للطن، حيث وإنْ كان هذا السعر أقل من الأسعار المعتمدة في السوق الدولية للبترول...فقد كان على المدعية القبول بهذا العرض، وإنْ لم تكن قابلة لرفع السعر المتفق عليه في العقد بغرض التخفيف من آثار الضرر، وذلك مخافة اللجوء إلى التحكيم الذي سيحكم بالحفاظ على الثمن الوارد في العقد"[1].

وفي القرار رقم 3344 السابق الذكر، بخصوص نزاع بين شركتين عموميتين جزائرية ومغربية، أين التزمت المؤسسة الجزائرية المعبَّر عنها بـ (X) بأنْ تورد كميات محددة من البترول إلى المؤسسة المغربية المعبَّر عنها بـ (Y) من العام 1972 إلى العام 1974، وعلى إثر الارتفاع الكبير لأسعار البترول في الأسواق العالمية تقدم الطرف الجزائري بطلب مفاوضات بشأن سعر جديد نهاية العام 1973، أدى إلى اتفاق الطرفان على صيغة جديدة لتحديد ثمن البترول فيما يخص سنة1974، حيث أنَّه بالنسبة للنصف الأول من هذا العام اتفقت الأطراف على سعر جديد قدره 12,5 دولار للبرميل، كما تم الاتفاق على أنَّ هذا الثمن هو ثمن مؤقت وغير نهائي، كما أنَّه قابل للمراجعة بالزيادة أو النقصان وفقا لموقف الحكومة الجزائرية من الاتفاقات المالية التي تبرم خلال هذا النصف من العام؛ وإثر إلغاء الحكومة الجزائرية لكل الاتفاقات المالية الخاصة بالنصف الأول من العام 1974 قامت المؤسسة الجزائرية (X) بإخطار نظريتها المغربية (Y) بقرار الحكومة وبأن باقي العملاء الآخرين قبلوا توريد البترول بسعر 14 دولار للبرميل بدلا من 12,5 دولار، وبأنْ يكون السعر بالنسبة لها 13,5 دولار لتَضّمُن العقد شرط الزبون الأكثر تفضيلا، وبعد عدم رد المؤسسة المغربية (Y) على تلكس المؤسسة الجزائرية (X)، قامت هذه الأخيرة

[1]. " qu'il appartient à la partie lésée de prendre toutes les mesures nécessaires pour ne pas augmenter le dommage. Or, il s'avère que lors de la réunion du Bucarest du…la partie défenderesse avait offert à la demanderesse de lui fournir, pendant le deuxième trimestre de 1973 (x) tonnes de gas-oil au prix de F… la tonne. Ce prix étant nettement inférieur aux prix pratiqués à l'époque sur le marché mondial des pétroles, le demanderesse, même si elle n'était pas d'accord sur cette augmentation du prix prévu au contrat, aurait dû accepter cette offre afin de diminuer l'étendu du dommage, quitte à recourir ensuite à l'arbitrage, en requérant le maintien du prix contractuel", V. Sentence CCI N°. 2478, précité, p. 234.

باللجوء إلى التحكيم للمطالبة برد باقي الثمن على أساس 13,5 دولار للبرميل، في حين طالبت المؤسسة (y) بالتعويض عما أصابها من ضرر نتيجة توقف التوريد بالبترول من قبل(x)[1].

وتبعا لذلك قضت هيئة التحكيم برفض طلب الطرف المغربي (y) على أساس عدم إثباته للضرر الذي لحقه، وعدم إثباته أنَّه قد قام ما في وسعه للتخفيف من هذا الضرر، إذْ أقرَّت أنَّه:"ولكن يجب أيضا لتقوم مسؤولية x أن يتم إثبات الضرر، حيث لم يقدِّم y الدليل على إصابته بضرر ، كما أنَّه لم يُثبت، كما يتطلب قضاء التحكيم الدولي، أنَّه قد اتخذ الإجراءات الممكنة لتخفيف هذا الضرر"[2].

وبالمقابل فإنّ العقد أبان عن علاقة الالتزام بتخفيف الضرر بعملية إعادة التفاوض، حيث يرى الأستاذ Pascal أنَّ الالتزام بتخفيف الضرر"يُترجَم من خلال التزام المتعاقدين بقبول إعادة التفاوض بشأن العقد كضمانة لإمكانية تنفيذه وفق شروط مقبولة من جهة، ومن جهة أخرى الالتزام باقتراح وقبول مقترحات معقولة بشأن تعديل العقد، إذا ما سمحت بالحفاظ على الهدف العقدي وفق شروط معقولة"[3].

كما أنَّ من مظاهر عدم التعاون قد تتمثل في عدم رد أحد المتعاقدين، وهذا ما أشارت إليه هيئة التحكيم في القرار 3344، إذْ قضت أنَّه:"يعد إخطار (x) للطرف (y) بالسعر

---

[1]. V. Sentence CCI N° 3344/1981, précité, p. 440

[2] . « Mais encore faut-il, pour que la responsabilité de X puisse être envisagée, que la preuve d'un préjudice soit administrée, or, y n'a apporté aucune preuve du préjudice qu'elle allègue ni fortiori du fait requis par la jurisprudence arbitrale internationale qu'elle avait pris toutes les mesures pour limiter son préjudice ».
V. Ibid., p.446

[3]. "…l'obligation de minimiser le dommage se traduit, d'une part, par l'obligation pour les contractant d'accepter une renégociation du contrat, comme une garant de sa possible exécution à des conditions acceptables, et d'autre part, par l'obligation de proposer et d'accepter des propositions raisonnables d'adaptation du contrat si elles permettaient la réalisation du but contractuel à des conditions raisonnables",
V. P. ACCAOUI- LORFING, Op.cit, p.408.

المأمول اعتماده، لم تقد (y) بالرد صراحة على ذلك، بالرغم من كونها ملزمة، بذلك مما أعطى الحق لـ (x) في اعتبار سكون (y) قبولا بهذا السعر"[1].

وبالمقابل من ذلك فإنَّ مظاهر عدم التعاون بين المتعاقدين، كما السلوك السلبي، لا تقتصر على اختلال توازن العقد بل يمتد إلى وجوب مساعدة الدائن لمدينه في تنفيذ التزاماته إذا ما واجه هذا الأخير صعوبات في ذلك، وخاصة فيما يتعلق بمنحه أجلا إضافيا، وهذا ما أكدّته مبادئ القانون الموحد Unidroit في المادة 7.1.5 ف1 تحت عنوان "الأجل الإضافي للتنفيذ" حيث نصت على أنّه:"يمكن للدائن أنْ يخطر مدينه في حالة عدم التنفيذ بمنحه أجلال إضافيا لتنفيذ التزاماته"[2]، كما أشارت إلى نفس الحكم مبادئ القانون الأوربي الموحد PEDC في مادته 8.106 ف1 تحت عنوان"الإخطار بأجل إضافي للتنفيذ"، إذْ نصت على أنَّه:"1- في جميع حالات عدم التنفيذ يمكن للدائن أنْ يمنح مدينه أجلا إضافيا لتنفيذ التزاماته"[3]، حيث يمكن للدائن أن يتحلل من التزاماته بعد انقضاء هذا الأجل في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته، وذلك بفسخ العقد شريطة أنْ يكون هذا الأجل الممنوح من قبل الدائن أجلا معقولا، ويرجع إلى التحكيم تحديد هذه الصفة–أي صفة المعقولية–وذلك على أساس طبيعة الالتزام، والوقت اللازم من أجل التسليم والغاية الأساسية للمشتري في تنفيذ سريع لالتزامه"[4].

---

[1]."x ayant fait connaitre à y le prix qu'elle entendait pratiquer, la société défenderesse se trouvait dans l'obligation de manifester sa volonté. N'ayant adressé aucune manifestation de volonté expresse, x était en droit de considérer le silence de y comme une acceptation".

V. Sentence CCI N° 3344/1981, précité, p.443

[2]. Art 7-1-5, délai d'exécution supplémentaire.

«1- en cas d'inexécution, le créancier peut notifier au débiteur qu'il lui importait un délai supplémentaire pour l'exécution de ses obligations».

V. Principes d'Unidroit, 2004, Op.cit, p.163.

[3]. Art 8-601: notification d'un délai d'exécution supplémentaire

«1-dans tous les cas d'inexécution, le créancier peut notifier au débiteur qu'il lui importait un délai supplémentaire pour l'exécution ».

[4]. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.411.

كما يظهر عدم تعاون الدائن في تجاوز صعوبات تنفيذ المدين لالتزاماته في إعماله الشرط الفاسخ[1]؛ إذا ما ورد في العقد دون أنْ يعمل على اتخاذ أي إجراء يسمح بالمحافظة على العقد[2]، إذْ يعد عملا مخلا بمبدأ التعاون قيام الدائن بإعمال الشرط الفاسخ بعد قبوله لتأخر المدين في تنفيذه التزاماته وبدون إعذار بذلك، وذلك ما أشارت إليه غرفة التجارة الدولية في قرارها رقم 2520 لسنة 1975، حيث قضت أنَّه:"بالنَّظر إلى قبول الأطراف التشيكوسلوفاكية لتأخر R المتزايد فإن لهذه الأخيرة الحق في افتراض عدم إمكانية فسخ العقد من قبل S و V بالرغم من كون أن العقد يجيز لهما ذلك"[3].

كما أنَّه يعد من قبيل عدم التعاون بين أطراف العقد عدم اجتهادهم في أن تجري عملية إعادة التفاوض في إطار حسن، وهذا ما أشارت إليه غرفة التجارة الدولية في قرارها رقم 5910 لسنة 1980، إذْ بعد تأكيدها على وجود اتفاق بين البائع والمشتري حول تعديل العقد مع قبول تنفيذ شرطيْن إضافييْن يتعلقان بنقل السلع، قضت:"...أن الأمر جرى عكس ذلك عندما كان الضرر ناتج عن خطأ عقدي صادر من قبل البائع، لاسيما عندما لم يبد عند إبرام عقد النقل الجدية والحذر اللازمان للالتزامات المحددة، والتي كان قد تعهد بها للمشتري"[4]، ويتضح من خلال هذا القرار التحكيمي أنَّ سلوك البائع المتمثل في عدم جدّيَّته وحذره في تنفيذ ما التزام به

---

[1] . يعرف الشرط الفاسخ (clause résolutoire) على أنه:"الشرط الذي يتوقف زوال الالتزام بتحققه"، أنظر ذلك المراجع التالية:
عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج3، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، بيروت، 2000، ص.27
رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص.168

[2]. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.411.

[3]. « Que face à la tolérance manifestée par les parties tchécoslovaques pour ses retards et défaillances accrus, R était en droit de supposer que S et V ne serviraient pas de la faculté de résiliation qui leur était contractuellement concédée;"
V. Sentence CCI N° 2520, 1975, Rec.sent.arb, CCI 1974-1985, p. 278.

[4]. "…il en va autrement lorsque le dommage est la conséquence d'une faute contractuelle du vendeur, notamment lorsque il ne fait pas montre dans la conclusion du contrat d'effritement transport de la prudence et de la diligence que requéraient les obligations particulières auxquelles il s'était engagé envers son acheteur…".
V. Sentence CCI N° 5910, 1988, Rec.sent.arb, CCI 1986-1990, p.373.

في عملية إعادة التفاوض اتجاه المشتري يمثل سلوكا مضرا بمصلحة هذا الأخير، وهذا ما يتنافى مع مبدأ تعاون الأطراف اللازم في جميع مراحل التعاقد، لاسيما في حالة طروء أحداث معينة ترهق تنفيذ التزامات أحد الأطراف، مما يستوجب تعاونهم على إنجاح المفاوضات حفاظا على العلاقة العقدية.

وتبعا لذلك فإنَّ عدم اتخاذ الأطراف أيَّة إجراءات تهدف إلى الحفاظ على هذه العلاقة العقدية يعد إخلالا بمبدأ التعاون الذي يجب أن يسود هذه العلاقة، حيث قضت غرفة التجارة الدولية في قرارها رقم 1703 السابق الذكر"على كل حال، في نظر المحكمة أنَّ إيجاد طرق جديدة للتموين من خلال الوكالة (الوكالة الحكومية التابعة لها المدعى عليها)، ستكون فرصة ممكنة أمام الأطراف، بحيث لا تؤثر سلبا على المدعى عليها. إنَّ المدعى عليها مهما يكن، لم تظهر، طبقا لأحكام القسم 6.2 من العقد، أنَّها قد أعلمت المدعية برغبتها في الاستمرار في تنفيذ العقد متى استطاعت تأمين طرق تمويل للمدفوعات المتبقية وفقا للعقد، ولو بنسب طفيفة. هنا أيضا المدعى عليها فشلت في نهج السبل الكفيلة بالحفاظ على العقد."[1].

يتضح ممَّا تقدَّم أنَّ سلوك المتعاقد السلبي والمخِل أيضا بواجب التعاون الذي يجب أنْ يطبع العلاقة العقدية يشكل فعلا ضارا بمصلحة المتعاقد الآخر ما قد يثير مسؤوليته، غير أنَّ إتيان مثل هذا السلوك يجب إثباته من قبل المتعاقد المتضرر.

---

[1]. « However, in the view of the tribunal an arrangement of the other financing than through the agency would have been a possibility open to the parties and would not have adversely affected the defendant, however, has not shown that, in accordance with provisions of section 6.2 of the contract, it has informed the claimant of the defendant's willingness to continue the performance of the contract once the claimant= =had made available new means of financing the remaining-proportionally minor-payments under the contract. Here again, the defendant has failed to pursue a course which could have preserved the essence of the contract
The plea of force majeure was therefor rejected ».
V. Sentence CCI, N° 1703/1971, précité, p. 6 et 7

الفرع الثاني: إثبات السلوك الضار

إنَّ إخلال توازن العقد في مرحلة تنفيذه من شانه أنْ يؤدي إلى الإضرار بمصلحة أحد المتعاقدين، كما أنَّه يؤدي بالمتعاقد الآخر إلى الاستفادة من هذا الوضع الجديد، وذلك باكتساب المزيد من الامتيازات، ممَّا يدفعه إلى عدم تنفيذ التزامه بإعادة التفاوض أو التقاعس في تنفيذه بغيَّة الإبقاء على هذا الوضع.

وتبعا لذلك فالأصل أنْ يسعى المتضرر إلى إثبات سلوك المتعاقد الآخر الضار (أولا)، على أنَّه في بعض الحالات قد ترد استثناءات على ذلك (ثانيا).

أولا: عبء إثبات السلوك الضار

على الطرف المتضرر-باعتباره مدينا-من مشكلة تغيُّر ظروف تنفيذ العقد أنْ يثبت أنَّ سلوك المتعاقد الآخر يحول دون تعديل العقد عن طريق إعادة التفاوض، وذلك وفقا لقاعدة "البينة على من ادعى"[1]، ذلك أنَّ التنفيذ الحسن للعقد يقتضي التزام الأطراف بما ورد في العقد إضافة إلى ما تُقره التشريعات بشأن تنفيذ العقد، حيث تنص المادة 107 ف1 وف2 على أنَّه:"يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.

ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعادات حسب طبيعة الالتزام"، كما نصت المادة 1134 ف3 ق.م.ف على أنَّه:"العقود...

---

[1]. وهذا ما تشير إليه القواعد العامة لإثبات الالتزام حيث تنص المادة 323 ق.م.ج على أنه:" على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات العكس"، حيث جاءت هذه المادة مطابقة لنص المادة 1 قانون الإثبات المدني المصري والتي جاءت مطابقة لنص المادة 379 ق.م.م والتي ورد بشأنها في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري:" يتعين أن يقام الدليل على كل واقعة قانونية يدعى بها... وترد الأحكام المتعلقة بتعيين المكلف بالإثبات إلى قاعدة احترام الوضع الثابت أصلا، فالأصل في الإثبات براءة الذمة، فعلى من يدعي التزام غيره ويتمسك بما يخالف هذا الأصل أن يقيم الدليل على دعواه"، وهذا المعبر عنه بقاعدة "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر".
أنظر: همام محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، بدون طبعة، 2002، الإسكندرية، ص51.
مامون عبد الكريم، محاضرات في طرق الإثبات وفق آخر النصوص، كنوز للنشر والتوزيع، بدون طبعة، 2011، الجزائر، ص3.

يجب أنْ تنفذ بحسن نية"[1]، كما نصت المادة 1135 ق.م.ف على أنَّه:"لا تقتصر العقود بما ورد فيها فحسب، بل تتناول كذلك ما هو من مستلزماتها وفقا للقانون بحسب طبيعة الالتزام والعرف والعدالة"[2].

وتبعا لذلك فإنَّ على الطرف المتضرر أنْ يُثبت أنَّ سلوك دائنه مخالف لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، وذلك من خلال عدم تنفيذه لالتزامه بإعادة التفاوض أو سوء تنفيذه له، حيث يتوقف إثبات ذلك على تحديد طبيعة الالتزام بإعادة التفاوض عما إذا كان التزاما بتحقيق نتيجة أو التزاما ببذل عناية"[3].

ذلك أنَّه وكما تمت الإشارة إليه أنَّ الأصل في الالتزام بإعادة التفاوض أنّه التزام ببذل عناية، حيث يلتزم الأطراف ببذل جهدهم من أجل الوصول إلى اتفاق بشأن تعديل العقد، حيث أنَّ إثبات الإخلال بهذا الالتزام لا يكفي فيه عدم تحقيق الهدف المرجو من قبل المتعاقدين، والمتمثل في الوصول إلى اتفاق بشان تعديل العقد بل يجب إثبات عدم بذل العناية اللازمة لتحقيق مثل هذه النتيجة.

وبالمقابل فإنَّ الالتزام بإعادة التفاوض قد يرد في شكل التزام بتحقيق نتيجة إذا ما اتفق على ذلك المتعاقدين صراحة، حيث أنَّ فكرة إعادة التفاوض كما أشارت إليه هذه الدراسة تجد أساسها في إرادة الأطراف كونها ممارسة عقدية ،كما أنَّ بعض الفقه– كما سبق الإشارة إليه– ذهب إلى اعتبار أنَّ الالتزام بإعادة التفاوض يحمل بعض خصائص الالتزام بتحقيق نتيجة، كون أن المصلحة الاقتصادية للأطراف تقتضي سعيَهم إلى تجاوز المشاكل التي تُواجه تنفيذ عقدهم من خلال الوصول إلى اتفاق بتعديل هذا العقد، وبذلك فإنَّ عدم الوصول إلى مثل هذا الاتفاق

---

[1]. Art 1134. C.c.F."les conventions…
Elles doivent être exécutées de bonne foi

[2] . Art 1135 C.c.F:" les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou loi donnent à l'obligation d'après sa nature".

[3]. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.414.

يعد بمثابة دليل على إخلال أحد الأطراف بهذا الالتزام[1]، غير أنَّ فكرة إعادة التفاوض تتضمن من جهة أخرى كلاَ النوعيْن من الالتزام، إذْ أنَّ الالتزام بمباشرة عملية إعادة التفاوض إذا ما توافرت شروطه يُعد التزاما بتحقيق نتيجة، بينما الوصول إلى اتفاق بشأن تعديل العقد لا يُعد سوى التزاما ببذل عناية.

وترتيبا على ذلك تبرز أهمية التفرقة في تحديد طبيعة الالتزام بإعادة التفاوض في تحديد عبء إثبات الإخلال به، من خلال صعوبة إثبات الإخلال بهذا الالتزام إذا ما كان التزام ببذل عناية، حيث على الطرف المتضرر–المدين بالالتزام–إثبات عدم بذل المتعاقد الآخر–الدائن–الجهد اللازم من أجل تعديل العقد، وذلك مقارنة بالالتزام بإعادة التفاوض إذا ما كان التزاما بتحقيق نتيجة، إذ يسهل إثبات خطأ الدائن من خلال عدم تحقق النتيجة المتمثلة في الوصول إلى اتفاق بتعديل العقد.

وبالمقابل من ذلك فإنَّ إثبات السلوك الضار للدائن يتحدد من خلال فترتيْن في مرحلة تنفيذ العقد: عند إعمال الالتزام بإعادة التفاوض وأثناء عملية إعادة التفاوض[2]؛ ففيما يخص إثبات السلوك الضار للدائن كخطأ موجب لقيام مسؤوليته عند إعمال الالتزام بإعادة التفاوض فإنَّه يعد مفترضا بمجرد عدم تنفيذه لالتزاماته بخصوص إعمال الالتزام بإعادة التفاوض، إذْ وكما أشارت الدراسة فإنَّه يقع على عاتق الدائن الرد على إخطار مدينه المتضرر من تغير ظروف تنفيذ العقد، وذلك تمهيدا لالتقائهما من أجل تشخيص وقوع حدث الـ Hardship، أيْ الحدث المخل بتوازن العقد من عدمه، حيث قد يُتصوَر رفض الدائن إعمال الالتزام بإعادة التفاوض وإبقاء العقد مختلا لأطول فترة، بُغيَّة تحقيق مكاسب وامتيازات باعتباره مستفيدا من هذا الاختلال، وهذا على حساب مصلحة مدينه المتضرر

[1]. إن بعض الفقه كما أشارت الدراسة اعتبر الالتزام بإعادة التفاوض التزاما هجينا، حيث يعد التزام بتحقيق نتيجة مخفف أو التزاما ببذل عناية مشدد، نظرا لأهمية العقد الاقتصادية.

[2]. P. ACCAOUI-LORFING. Op.cit, p.415

كما يقع على الدائن إثبات أنَّ رفضه لإعمال إعادة التفاوض يقوم على مبرر قانوني وذلك لدرء خطر قيام مسؤوليته العقدية، حيث يقول الأستاذ Pascal أنَّه:"بما أنَّ رفض دائن الالتزام الذي صار جد مرهق لإعادة التفاوض بشأن العقد يسبب ضررا للمدين، حيث يجد هذا الأخير نفسه أمام تنفيذ عقد وفق شروط غير متوازنة مما يهدد بالخسارة، فيقع على عاتق هذا الدائن تبرير رفضه الحفاظ على العقد أو إبراز خطأ المدين، حيث عليه إثبات إما أنَّ شروط إعمال الالتزام بإعادة التفاوض غير متوافرة(كأن يكون الاختلال غير جوهري، أو أن سبب هذا الاختلال يعود للمدين نفسه، أو أخيرا أنَّه لم يُخطَر بالاختلال الجوهري التوازن العقدي)، وإما أنَّ فشل عملية التفاوض يعود بسبب خطأ المتعاقد الآخر الذي يقع عليه عبء الإثبات"[1].

أما تحديد خطأ الدائن أثناء عملية إعادة التفاوض فيتم كما أشارت الدراسة من خلال إثبات الطرف المتضرر أي المدين أن الدائن لم يبذل أقصى ما في وسعه من أجل الوصول إلى اتفاق بشأن تعديل العقد، باعتبار أنَّ الوصول إلى مثل هذا الاتفاق لا يعد سوى التزاما ببذل عناية، ما لم يوجد اتفاق مسبق من قبل المتعاقدين على اعتباره التزاما بتحقيق نتيجة[2].

غير أنَّه وبالرغم من اعتبار الوصول إلى اتفاق يقضي بتعديل العقد لا يعد سوى التزاما ببذل عناية في أصله العام، مما يشكل أمر إثبات إخلال الدائن به صعوبة بالنسبة للمدين المتضرر، فإنَّ ممَّا يُسَّهِل ذلك بالنسبة لهذا الأخير أنَّ الأطراف تبقى ملتزمة طيلة فترة عملية

---

[1]. " Le refus du créancier de l'obligation devenue excessivement onéreuse de renégocier le contrat cause ou débiteur un préjudice puisque elle l'accule à une exécution du contrat à des conditions très déséquilibrées, le menaçant de ruine. C'est à lui de se justifier sue un refus d'entreprendre la sauvegarde du contrat, ou de démontrer la faute du débiteur. Il doit prouver soit que les conditions de mise en œuvre de l'obligation de renégociation ne sont pas réunies (la déséquilibre n'était pas fondamental ou le débiteur était à l'origine de la situation de déséquilibre, on enfin il n'a pas été in formé de la renégociation du contrat résulté du comportement préjudiciable du cocontractant dont il doit rapporter la preuve".
V. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.415.

[2] . Ibid., p.416.

إعادة التفاوض بما يفرضه مبدأ حسن النية[1] من تنفيذ حسن للعقد، إذْ على المدين المتضرر من اختلال العقد إثبات أن سبب فشل إعادة التفاوض يعود إلى الدائن كون أنَّ سلوك هذا الأخير لا يتطابق مع سلوك متعاقد عاقل في نفس الوضعية، حيث يُفترض أنْ يقوم في جو من التعاون بالتنسيق مع المتعاقد الآخر من أجل الوصول إلى نتائج مرضية لكلا الطرفيْن[2].

وتبعا لذلك يرى الأستاذ Pascal أنَّ على الدائن أنْ يسلك سلوك الرجل العادي، إذْ أنَّ هذا الأخير هو"الشخص العاقل الذي يلتزم سلوكا معقولا، فهو الشخص الذي يقبل إعمال الالتزام بإعادة التفاوض، بحيث ينفذه في روح من التعاون والتنسيق الضروريْن للوصول إلى نتيجة مرضية للأطراف، وبذلك يتمثل السلوك الضار في سلوك المتعاقد الرافض لإعمال الالتزام بإعادة التفاوض، بالرغم من توافر شروط إعماله أو مباشرة عملية إعادة التفاوض بدون نية تعديل العقد أو القيام بكل ما يمكنه فعله لإفشال تعديل العقد"[3].

وترتيبا على ما تقدم يخضع سلوك الدائن إلى معيار الرجل العادي[4]، نتيجة لطبيعة الالتزام بإعادة التفاوض كونه التزام ببذل عناية كأصل عام، حيث يستند هذا المعيار على محددات موضوعية، تتمثل في الأخذ بعين الاعتبار بعدَّة عناصر مختلفة كظروف السوق الدولية[1].

---

[1] .أشارت الدراسة إلى أهمية مبدأ حسن النية في إطار العقد سواء كان دوليا أو داخليا من خلال ضمانة التنفيذ الحسن لهذا العقد.

[2] . P. ACCAOUI-LORFING, op.cit, p. 416

[3]. " La personne raisonnable, qu'implique l'exigence d'un comportement raisonnable, sera elle qui acceptera la mise en œuvre de l'obligation de renégociation et qui la mènera dans l'esprit de coopération et de collaboration nécessaire à l'aboutissement à un résultat satisfaisant pour les parties. Ce comportement préjudiciable sera celui qui adoptera le contractant en refusant la mise en œuvre de l'obligation sans l'intention d'adapter le contrat ou en faisant tout ce qui possible pour faire échec a l'adaptation du contrat".

V. ibid., p417.

[4] . لقد قابل مصطلح معيار الرجل العادي باللغة العربية تطور فيما يخص الاستعمال القانوني لهذا المصطلح في اللغة الفرنسي، حيث انتقل هذا مصطلح الرجل العادي (Le Bon père de la Famille) المعبر عنه باللاتينية (Bonus Pater Familios) إلى مصطلح الرجل ذو التفكير العاقل والمهتم بمصالح الغير (L'homme raisonnablement avisé et soucieux des Intérêts d'autrui)، ثم انتقل إلى مصطلح الشخص الحذر والمجتهد (La Personne Prudente et Diligente) وصولا إلى مصطلح الرجل العاقل (La Personne Raisonnable =)

غير أنَّه وإنْ كان يقع على الطرف المتضرر المدين إثبات صدور خطأ من المتعاقد الآخر الدائن بما يخالف التزامه بإعادة التفاوض بشأن العقد حال تغير ظروف تنفيذ العقد فإنَّه ترد بعض الاستثناءات التي ترد على هذه الأخيرة.

ثانيا: الاستثناءات الواردة على قاعدة عبء إثبات السلوك الضار

ترد بعض الاستثناءات على قاعدة أن عبء الإثبات يقع على المدين المتضرر من تغير ظروف تنفيذ العقد تعود إما إلى وجود اتفاق الأطراف في العقد باعتبار أن إعادة التفاوض تقنية تعاقدية (أ) وإما بسبب سلوك المدين المتضرر ذاته (ب).

أ: الاستثناءات الواردة سبب اتفاق الأطراف

إن مسؤولية الدائن قد تكون مفترضة من إخلاله بالتزامه بإعادة التفاوض إذا ما وجد اتفاق بين الأطراف، على اعتبار الالتزام بإعادة التفاوض التزما بتحقيق نتيجة، أو إذا ما كان هذا الاتفاق منصبا على مصير العقد بعد إعادة التفاوض[2].

وتبعا لذلك فإنَّه إذا كان الالتزام بإعادة التفاوض الالتزام بتحقيق نتيجة، كالشرط الذي قضى بأنَّه:"يلتقي الأطراف في حالة اختلال عقد جوهري من أجل تعديل العقد في أجل معقول"[3]، وبذلك فإنَّ عدم تحقق النتيجة المتمثلة في فشل عملية إعادة التفاوض وعدم الوصول

=أنظر:

G-Z, Zhou, le teste de la personne raisonnable en responsabilité civile, revue du barreau, T. 61, 2001, p.456.

أما فيما يخص القانون الجزائري فلقد أقر مصطلح الرجل العادي في عدة مواضع من القانون المدني،حيث نصت المادة 495 ف. ق.م.ج على أنه:"يجب على المستأجر أن يعتني بعين المؤجرة وأن يحافظ عليها مثلما يبذله الرجل العادي"، ونص المادة 576 ق.م.ج التي قضت أنه:" يجب دائما على الوكيل أن يبذل في تنفيذه للوكالة عناية الرجل العادي".

أنظر في تفصيل ذلك:

على فيلالي: مرجع سابق، ص29.

[1]. H-R, Zhou, Op.cit, p.491 et S.

[2]. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p418.

[3]. «En cas de bouleversement contractuel important, les parties se rencontreront afin de parvenir à l'adaptation du contrat dans un délai raisonnablement ».

V. Ibid., p.419

إلى تعديل العقد يعد قرينة على إخلال الدائن بهذا الالتزام، إذْ لا يحتاج الأمر إلى إثبات من قبل المدين بل أنَّه يقع على الدائن عبء إثبات أنَّ فشل عملية إعادة التفاوض يعود إلى المدين المتضرر لدرء المسؤولية عنه[1].

كما أنَّه بالمقابل فإنَّ اتفاق الأطراف على تحديد مصير العقد بعد فشل عملية إعادة التفاوض يؤثر على عبء إثبات الإخلال بما تم الاتفاق بشأنه بهذا الخصوص، إذْ أنَّ مثل هذا الاتفاق لا يخرج عن أحد الفرضيْن التالييْن: فإمَّا أنْ يتم الاتفاق على الإبقاء على تنفيذ العقد رغم اختلال توازنه أو أنْ يتمثل هذا الاتفاق في إنهاء العقد[2].

فبخصوص اتفاق الأطراف على الإبقاء على العقد كما كان عليه قبل تغيُّر ظروف تنفيذه، والذي وإنْ كانت الدراسات التي تناولت شروط إعادة التفاوض قد أشارت إلى عدم ورود مثل هذا الاتفاق من حيث الممارسة التعاقدية في نطاق عقود التجارة الدولية[3]، إلا أنَّه قد يُتصور أنْ يرد الاتفاق بالشكل التالي:"إذا لم يتوصل الأطراف إلى اتفاق بشأن تعديل العقد في أجل معقول، يتم الحفاظ على العقد وفق الظروف التي أفرزها الإخلال العقدي"[4]، ففي هذه الحالة لا يقع عبء الإثبات على المدين المتضرر، وإنما على الدائن باعتباره الطرف الذي يستفيد من هذا الوضع، إذْ عليه أنْ يثبت أنَّه قد بذل ما في وسعه من أجل إنجاح عملية إعادة التفاوض"[5].

أما بخصوص اتفاق الأطراف إلى إنهاء العقد كنتيجة لفشل عملية إعادة التفاوض كالشرط الذي يقضي"الإنهاء. إذا لم يتوصل الأطراف إلى حل خلال مائة وعشرين يوما 120

---

[1]. Ibid., p. 419

[2]. لقد تمت الإشارة إلى آثار إعمال الالتزام بإعادة التفاوض ومصير العقد في حالة نجاح أو فشل عملية إعادة التفاوض.

[3]. أشارت الدراسة إلى أن الأستاذ ALMEIDA في معرض استبيانه في نطاق عقود التجارة الدولية قد أشار إلى عدم ورود مثل هذه الشروط.

[4]. " Si dans un délai raisonnable, les parties ne parviennent pas à adapter le contrat celui-ci sera maintenu aux conditions résultant du bouleversement contractuel".
V. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.419

[5] Ibid., p. 419

مدة التفاوض فلشركة MNTC أن تنهي العقد طبقا للبند 22"[1]، فإنَّه يقع على المدين المتضرر باعتباره أنه المستفيد من هذا الحل أنْ يُثبت أنَّه قد بذل أقصى جهده من أجل إنجاح عملية إعادة التفاوض، في حين أن قاعدة الإثبات كما تمت الإشارة إليه تقضي بأنَّ على المدين المتضرر إثبات أنَّ سلوك دائنه كان مخالفا لمقتضيات الالتزام بإعادة التفاوض.

وتبعا لذلك يرى الأستاذ Pascal أنه:"يتضح أنَّ لكل طرف طبقا للظروف مصلحة في الحفاظ على العقد أو في إنهائه، وتبعا لذلك يقع على هذا الطرف عبء الإثبات أنَّ سلوكه أثناء عملية إعادة التفاوض كان سلوكا معقولا، أي أنَّه لم يتسبب في فشل إعادة التفاوض"[2].

ب: الاستثناءات الواردة بسبب المدين

لا يتحمل الدائن مسؤولية عدم إعمال الالتزام بإعادة التفاوض أو فشل إعادة التفاوض إذا كان ذلك بسبب سلوك المدين، إذْ لا يُتصوَّر أنْ يُحمَّل الدائن مسؤولية عدم إعمال الالتزام بإعادة التفاوض نتيجة لعدم إخطاره من قبل المدين بوقوع أحداث من شأنها الإخلال بالتنفيذ الحسن للعقد، أو تأخره في هذا الإخطار[3]، أو أنْ يكون فشل تعديل العقد بسبب المدين، كأن يحاول هذا الأخير تقوية مركزه التعاقدي على حساب التوازن العقدي بعد اختلاله في مرحلة تنفيذ العقد من خلال إنهاء العقد[4].

تبعا لم تقدَّم يتضح أنَّ عبء الإثبات في أصله العام يقع على المدين باعتباره المتضرر المدَّعِي لمسألة تغيُّر ظروف تنفيذ العقد ممَّا يؤثر على توازنه، إلاَّ أنَّه قد ينتقل عبء الإثبات إلى

---

[1] . سبقت الإشارة إلى هذا الشرط.

[2]." on voit bien que chacune des parties aura, selon les circonstances un intérêt au maintien des contrat ou à sa résiliation, et de ce fait lui sera imputée la charge de prouver qu'elle a eu un comportement raisonnable au cours de la renégociation du contrat, c'est-à-dire de prouver que l'échec de la renégociation du contrat ne lui pas imputable",
V. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.420.

[3]. لقد تمت الإشارة إلى الإخطار كمرحلة أولى لمباشرة إعادة التفاوض.

[4]. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.420

المتعاقد الآخر "الدائن" إذا ما كان العقد قد تضمن شرطا بإبقاء العقد كما هو عليه بعد تغيُّر ظروف تنفيذه.

كما أنَّه إضافة إلى انتقال عبء الإثبات من متعاقد إلى آخر، فقد يختلف ما هو واجب إثباته بالنسبة للمتعاقد الواحد ،كما هو عليه الحال بالنسبة للمدين الذي يقع عليه عبء إثبات إخلال دائنه بالالتزام بإعادة التفاوض في بعض الحالات، كما قد يقع عليه عبء إثبات أنَّ سلوكه كان معقولا.

المطلب الثاني: جزاء عدم تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض

إنَّ عدم إعمال الالتزام بإعادة التفاوض قد يؤثر سلبا على العقد من الناحية الاقتصادية، لذا قد يعمد التحكيم أو القضاء إلى إقرار التنفيذ العيني للالتزام بإعادة التفاوض(فرع أول)، كجزاء لعدم تنفيذه أو سوء تنفيذ المتعاقدين له، كما قد يتمثل هذا الجزاء في تنفيذه بما يقابله(فرع ثاني).

الفرع الأول: التنفيذ العيني للالتزام بإعادة التفاوض

لا يمكن فرض الالتزام بإعادة التفاوض من قبل التحكيم على المتعاقدين إلا متى كان ذلك ممكنا(أولا)، إذْ أنَّ هناك من الحالات التعاقدية ما لا يقبل مثل هذا الفرض(ثانيا).

أولا: التنفيذ العيني الممكن للالتزام بإعادة التفاوض

إنَّ تنفيذ العيني للالتزام بإعادة التفاوض قد يكون ملزما للأطراف(أ)، كما قد يكون في بعض الحالات مأمولا(ب).

أ: التنفيذ العيني الملزم للمتعاقدين

قد يحكم المحكم في حالة عرض النِّزاع عليه بإلزام المتعاقدين بالعودة إلى إعادة التفاوض، متى كان ذلك ممكنا حيث ورد في قضية الشركة LIAMCO ضد الجمهورية العربية الليبية أنَّه:"وفقا للمبادئ العامة فإنَّه يجب أنْ تُنفذ الالتزامات تنفيذا طبيعيا، متى كان ذلك

ممكنا"[1]، إذْ أنَّ صفة الإمكان التي تُشترط لإلزام المتعاقدين من جديد تجد أساسها في النجاعة الاقتصادية[2] التي لا يزال يتمتع بها، حيث يرى الأستاذ PHILIPPE:"أنَّ التنفيذ العيني وإنْ كان قليل التطبيق إلا أنَّه يشكل الحل الأكثر نجاعة من الناحية الاقتصادية، والأكثر موافقة لاقتصاد العقد"[3].

وتبعا لذلك فإنَّه لا يوجد ما يمنع المحكم من فرض إعادة التفاوض على المتعاقدين بمناسبة النزاع المعروض عليه، من خلال فحصه لمدى تحقق شروط إعمال الالتزام بإعادة التفاوض، إذا ما لاحظ وقوع حدث الHardship بدون إلزام الأطراف بضرورة الوصول إلى تعديل العقد، وذلك نتيجة لفشل المتعاقدين في إعمال الالتزام بإعادة التفاوض المتفق عليه في العقد[4].

غير أنَّه يجوز أيضا للمحكم ذلك حتى ولو لم يحاول أطراف العقد إعادة التفاوض بشأنه، وذلك ما أشارت إليه مبادئ القانون الموحد Unidroit لسنة 1994 من خلال التعليقات الواردة بشأن المادة 6–2–3، والتي قضت بأنَّ مهمة المحكم تتمثل في إنهاء العقد أو تعديله، إذْ نصت على أنَّه:"إذا كانت الظروف لا تسمح بفسخ العقد أو بالتعديل فإن الحل الوحيد المعقول لهيئة المحكمة هو إلزام الأطراف على العودة إلى التفاوض، بُغيَّة الوصول إلى اتفاق حول تعديل العقد أو التأكيد على شروط العقد كما هي"[5].

---

[1]. « Conformément aux Principes généraux, les obligations doivent être exécutes principalement en nature si cette exécution est possible ».
V. Liamco Vs gouvernement de la république arabe Libyenne, Sentence de 12 avril 1971, Rev.arb, 1980, p.137

[2] . سيتم تناول الاعتبار الاقتصادي للعقد لدى الحديث عن بدايات التأسيس لفكرة إعادة التفاوض، أنظر الفصل الموالي من هذا الباب.

[3]. « Le principe de l'exécution en nature des obligations a fait par fois l'objet d'applications trop timides ; or, l'exécution en nature est celle qui offre généralement la solution la plus opportune sur le plan économique et le plus conforme à l'économie du contrat ».
V. D. PHILLIPPE, Pacta Sunt Servanda…Op.cit, p.239.

[4]. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.425

[5]. «the circumstances may even be such that neither termination nor adaptations appropriate and in consequence only reasonable solution will be for the court either=

غير أنَّه بالمقابل فإنَّ إلزام المتعاقدين من قبل المحكم قد يبدو غير ملائم، إذْ يرى الأستاذ Pascal أنَّ:" تحليل القرارات التحكيمية يوضح مدى التناقض الذي يطبع هذا النوع من الحلول، حيث يظهر أنه حل ملائم في بداية الأمر، غير أنَّه من الناحية العملية نادرا ما يتم تطبيقه، إذْ يُفضل المحكمون لدى تحليلهم لعدم تنفيذ أو سوء تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض منح تعويض للطرف المتضرر، حيث يبدو أنَّ هذا الحل أكثر واقعية، ذلك أنَّ الأطراف لدى لجوئهم للتحكيم إنما هم في حالة نزاع بعيد عن أي تقارب مفترض يسود علاقتهم"[1]، وهذا ما ذهب إليه الأستاذ Philippe كما سبقت الإشارة إليه، كما أقرَّه الأستاذ OPPETIT، حيث يرى أنه:"يقع الالتزام بمباشرة عملية التفاوض بُغيَّة تعديل الأداءات العقدية على عاتق المتعاقدين، إذ يجد هذا الالتزام مصدره إما في اتفاق الأطراف أو في قرار ذي قيمة قضائية، بحيث أنَّ عدم تنفيذ أحد الأطراف له يُعرِّضه بدون شك إلى قيام مسؤوليته وتعويض الطرف الآخر، كما أنَّه يبدو أنَّ التنفيذ العيني الملزم غير وارد، ذلك أنَّ التعديل جاء من قبل سلطة القاضي خارج إرادة الأطراف"[2]، غير أنَّ بعض الفقه مثل الأستاذ Denis يرى:"أنَّ مسألة التنفيذ العيني لهذا

=to direct the parties resume negotiation with a view to reaching agreement on adaptation of the contract, or the confirm the contract as they stand".

V. principles of international commercial contract, Unidroit, 1994, p.154.

[1]. "En effet, l'analyse de la jurisprudence arbitrales montre le paradoxe qui réside dans le fait que ce mode de réparation qui semble a priori adequat put en réalité auparavant rarement choisi. Analysant l(inexécution ou la mauvaise exécution de l'obligation de renégociation, les arbitre préféraient octroyer des dommages et intérêts au contractant lésé, car cette solution leur apparaissait plus réaliste, lorsque elles parviennent à un arbitrage, les parties sont déjà dans une logique contentieux et lion de l'harmonie supposé régner entre elle".

V. B. OPPETIT, Op.cit, p.809.

[2]." Une obligation de procéder à une négociation en vue de modifier les prestations qui leur incombe pèse indiscutablement sur elles. Cette obligation prend sa source soit dans l'accord des parties, soit dans une décision ayant valeur d'acte juridictionnel, et son inexécution par l'une des parties ouvrirait sans aucun doute la voie à une condamnation à dommages-intérêt au profit de l'autre partie, l'exécution; force en nature paraissent inconcevable tout autant qu'une réadaptation opérée d'autorité par le juge en dehors de la volonté des parties".

V. Ibid., p. 806

الالتزام–إعادة التفاوض–لا يجب تهميشها، حيث وإنْ كان غالبية الأساتذة يرون عدم أهميتها على أساس أنَّ مثل هذا الجزاء وهمي وغير مقبول، لكن من خلال التحليل فإنَّه لا يظهر هذا الحل على أنَّه غير مقبول، من جهة لأن كل شيء قانوني، كما لاحظ ذلك الأستاذ M. Yanes الذي يرى إنَّ"الالتزامات المتعلقة بالتحاور في حالة أزمة تتمتع بنوع من الثبات القانوني، بحيث أن عدم احترامها يؤدي إلى عدم قبول الطلب أمام القضاء"، ومن جهة أخرى فإنَّ التفسير الحديث لنص المادة 1142[1] من القانون المدني لا يتعارض مع ذلك"[2].

ب: إعادة التفاوض غير الملزم للأطراف.

قد يُعبِّر أطراف العقد بعد عرض النزاع العقدي على المحكم أو القضاء عن رغبتهم في الحفاظ على العقد، ففي هذا الإطار قد يقترح المحكم أو القاضي إعادة التفاوض، وهذا ما أكدَّه القضاء الفرنسي بخصوص قضية EDF Vs SHELL، حيث لمس القضاء وجود إرادة من قبل الأطراف للحفاظ على عقدهم بعد فشل عملية إعادة التفاوض التي باشروها[3]، إذْ

[1] . تنص المادة 1142 ق.م.ف على أنَّه:"يدفع المدين التعويض في حالة إخلاله بكل التزام بقيام أو امتناع عن عمل".

Art. 1142 CcF. " Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêt en cas d'inexécution de la part du débiteur".

[2]. « Mais la question d'une exécution forcée en nature de cette obligation mérite de ne pas être complètement éludée. Certes, la majorité des auteurs qui ont évoqué cette éventualité l'ont balayée d'un revers de la moins en relevant qu'une telle sanction était (illusoire) ou (inconcevable) tout il est peu réaliste de contraindre les contractants à discuter. Mais, à la réflexion, la solution inverse ne parait pas inconcevable. D'une part, parce que, toutes choses égales, comme l'a observé M. Aynés, (les obligations de dialoguer en cas de crise ont une certaine consistance juridique, puisque leur respect préalable est sanctionne par l'irrecevabilité de la demande en justice), d'autre part, et surtout, parce que l'interprétation contemporaine de l'article 1142 du code civile ne s'y oppose pas ».

V. D. MAZEAUD, négocier ne rime pas avec réviser, Op.cit, p.767.

[3]. لقد تمت الإشارة إلى هذه القضية ووقائعها.

قضى:"لقد أبان المتعاقدون من خلال إرادتهم المشتركة عن رغبتهم في تعديل اتفاقاتهم، وفقا للظروف الجديدة لئلا تكون هذه الاتفاقات بدون فائدة"[1].

وتبعا لذلك فإنَّ الأمر لا يتعلق بإلزام المتعاقدين بإعادة التفاوض وإنَّما رغبة هؤلاء أثناء عرض النزاع على التحكيم أو القضاء الوطني بعد فشلهم في الوصول إلى اتفاق عقب إعمال الالتزام بإعادة التفاوض تسمح بذلك، إذْ أنَّ مقتضيات السير الإجرائي للنزاع يسمح بتلبية رغبتهم، حيث أنَّه ليس هناك ما يمنع المحكم أو القاضي من قبول طلبهم بمباشرة عملية إعادة التفاوض من جديد[2].

ثانيا: الاستثناءات الواردة على التنفيذ العيني للالتزام بإعادة التفاوض.

إنَّ التنفيذ العيني للالتزام بإعادة التفاوض يتم متى كان ذلك ممكنا، ذلك أنَّ صفة الإمكان ترتبط بمدى فاعلية هذا التنفيذ، ممَّا يُؤثر على مدى مردودية المنفعة الاقتصادية التي يحققها العقد لعاقديه.

وتبعا لذلك فإنَّه يُستبعد تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض تنفيذا عينيا إذا كانت طبيعة العقد تقتضي ذلك(أ)، أو إذا كانت ظروف العقد تقتضي هذا الاستبعاد(ب).

أ: الاستثناءات بسبب طبيعة العقد.

إنَّ طبيعة العقد الدولي[3] قد تفرض بعض الاستثناءات على قاعدة التنفيذ العيني لإعادة التفاوض، كجزاء لعدم تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض سواء لأسباب قانونية أو اقتصادية[4].

---

[1]. « Par leur attitude commune, les contractants démontrent que, loin de vouloir rendre leurs accords caducs, ils s'entendent seulement les adapter aux circonstances nouvelles ».
V. EDF V. SHELL, Rev.arb, 1977, p.341

[2]. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.426

[3]. لقد تمت الإشارة إلى أن خصوصية العقد الدولي من أسباب ظهور فكرة إعادة التفاوض في إطار التجارة الدولية، أنظر: الفصل الأول من الباب الأول من هذه الدراسة.

[4]. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.428.

وترتيبا على ذلك فإنَّ طبيعة أحد أطراف العقد الدولي[1] قد تَحُولُ كسبب قانوني دون إلزام المتعاقدين بالتنفيذ العيني، حيث أكدَّت قرارات التحكيم الدولي أنَّه يجب مراعاة الطبيعة السيادية للدولة إذا ما كانت طرفا في عقد دولي، بحيث لا يمكن إلزامها بالتنفيذ العيني، وهذا ما قضت به هيئة التحكيم في قضية ، حيث أكدَّت أنَّ عدم الأخذ بعين الاعتبار مبدأ سيادة الدولة ممثلة في الجمهورية العربية الليبية فيما يخص التنفيذ العيني للعقد يُعد من قبيل المساس بهذه السيادة[2].

كما أنَّه من جهة أخرى فإنَّ عدم اللجوء إلى التنفيذ العيني قد يكون لأسباب اقتصادية وليست قانونية كمبدأ السيادة، إذْ–وكما أبانت الدراسة–فإنَّ الاعتبار الاقتصادي يعد أهم أسس عقود التجارة الدولية، حيث أنَّ ترتيب المراكز العقدية يتم وفق ما يخدم المصلحة الاقتصادية للمتعاقدين، وبذلك فإنَّه إذا كان التنفيذ العيني لا يتماشى والسياق الاقتصادي الذي يفرضه النزاع العقدي، حيث يرى الأستاذ Pascal أنه:" من ناحية الفاعلية الاقتصادية يمكن تقديم تشخيص بسيط يتمثل أنَّه في ظل النزاع لا يملك المتعاقدين سوى تسويته، وليس التوفيق بين وضعياتهم المرْجُوَة، حيث أنَّه لا مكان في ظل النزاع للتضامن والتعاون اللازميْن لتجسيد الهدف التعاقدي، إلا إذا اعتبرنا أنَّ المقاربة التحكيمية يمكن أنْ تكفي الأطراف من أجل إنجاح الصلح"[3].

---

[1] . لقد تمت الإشارة إلى خصوصية أطراف العقد الدولي، أنظر الفصل الأول من الباب الأول.

[2]. V. LIAMCO Vs gouvernement de la république arabe Libyenne, Op.cit, p.168.

[3]. «Quand en raisons d'efficacité économique, elles semblent découler d'une simple constations de fait: des contractants en relation conflictuelle de fait: des contractants en concilier leurs positions respective. La logique n'est plus la même. De plus, dans le cadre d'un rapport contractuel international, la coopération et la solidarité nécessaires à la réalisation d'un but contractuel ne trouvent plus à s'exprimer dans un cadre conflictuel. Sauf naturellement à considérer que la perspective d'un arbitrage peut parfois suffire aux parties à tenter et réussir une conciliation »
V. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.429

وتبعا لذلك فإنْ تعارض التنفيذ العيني للالتزام بإعادة التفاوض مع المصلحة الاقتصادية لأطراف العقد لا يمكن معه مطالبتهم به، إذْ أنَّ الإطار الاقتصادي الذي يجمع المتعاقدين في العقد الدولي يضم مصلحة مشتركة، وليست بالضرورة متناقضة كما أبانت عليه هذه الدراسة، مما تقوم على ضرورة التعاون من أجل تحقيق هذه المصلحة الاقتصادية، الأمر غير المتوافر في ظل انعدام الفائدة أو القيمة الاقتصادية للعقد، ممَّا يجعل منه عقدا من غير ذي فائدة Un Contrat Caduc[1].

ب: استحالة التنفيذ العيني للالتزام بإعادة التفاوض.

إضافة إلى إمكانية استبعاد فكرة التنفيذ العيني للالتزام بإعادة التفاوض بسبب طبيعة العقد فقد تستبعد أيضا بسبب استحالة التنفيذ سواء كان ذلك لأسباب قانونية(1)، أو واقعية (2).

1- الاستحالة القانونية لتنفيذ الالتزام:

يمكن حصر أوجه الاستحالة القانونية كسبب لعدم تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض في وجهين: الأول يتعلق بالقوة القاهرة (ا)،أو الثاني إذا ما فقد العقد صفة الاعتبار الشخصي إذا ما كان يقوم عليه(ب).

ا- الاستحالة بسبب القوة القاهرة: لقد أشارت الدراسة إلى أنَّ القوة القاهرة في إطار عقود التجارة الدولية ذات مفهوم خاص، إذْ قد ترد بالشكل السائد في القوانين الوطنية أو الداخلية، بحيث يترتب عن حدوثها استحالة مطلقة أي دائمة لتنفيذ الالتزامات العقدية، ممَّا يترتب عنه إعفاء المدين من المسؤولية، غير أنَّه قد ترد بشكل مؤقت يسمح للمتعاقدين بالاتفاق

[1] . بخصوص مصطلح العقد من غير ذي فائدة، انظر:
F. GARON, La caducité du contrat, P.U. d'Aix-en-Provence, 2000.

إما على وقف التنفيذ أثناء فترة القوة القاهرة، وإما على إعادة التفاوض بشأن العقد، ما حدى ببعض الفقه إلى دمج شرط إعادة التفاوض وشرط القوة القاهرة في إطار واحد[1].

وتبعا لذلك فإنَّه لا يمكن إلزام المتعاقدين بالتنفيذ العيني للالتزام بإعادة التفاوض في حالة الاستحالة المطلقة لتنفيذ العقد التي تطبع القوة القاهرة[2]، حيث يفقد العقد أيَّة قيمة اقتصادية تعاقدية ممَّا يؤدي إلى إعفاء المدين من التزامه وعدم ترتب مسؤوليته، على خلاف إذا ما كانت هذه القوة القاهرة أين يمكن وفقا لمبدأ التعاون يسعى المتعاقدين لتجاوز أثرها المؤقت.

ب– الاستحالة بسبب انعدام الاعتبار الشخصي للعقد Intuitu Personae: في حالة ما إذا فقد الاعتبار الشخصي في العقد، وكان محل اعتبار فلا يجوز مطالبة المتعاقدين بالتنفيذ العيني للعقد، ومنه التنفيذ العيني للالتزام بإعادة التفاوض، حيث تعرف العقود القائمة على الاعتبار الشخصي على أنَّها:"تلك العقود التي تكون فيها شخصية أحد الأطراف محل الاعتبار...بسبب صفات خاصة أو بسبب طبيعة الخدمة المنتظرة منه"[3]، فالاعتبار الشخصي في ظل هذا المفهوم ليس قاصرا على العقود الدولية بل هو مفهوم شائع في ظل النظرية العامة للعقود الداخلية[4].

وتبعا لذلك فإنَّ زوال الاعتبار الشخصي في ظل هذا النوع من العقود يؤدي بالنتيجة إلى زوال أهمية العقد، وبالتالي إنهاءه كأنْ يتم التعاقد مع شخص لامتلاكه تقنية تكنولوجية معينة، ليظهر بعد ذلك تطور تقني يجعل هذه التقنية قديمة[5].

---

[1] . أشارت الدراسة إلى دعوة بعض الأساتذة إلى دمج مفهومي إعادة التفاوض والقوة القاهرة، مثل الأستاذ شريف محمد غنام في مرجعه المشار إليه في هذه الدراسة، انظر المبحث الثاني من الفصل الأول من الباب الأول.

[2] . P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.429.

[3] . « Les contrats intuiti personae sont des conventions dans lesquelles la personnalité de l'une des parties est tenue pour essentiel…en raison des ses aptitudes particulières, de la nature du service attendu d'elle »
V. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.431.

[4] . من التطبيقات المهمة لمفهوم الاعتبار الشخصي في ظل النظرية العامة للعقد ما يرد بشأن الغلط كعين من عيوب الإرادة إذ أن الغلط في صفة من الصفات الجوهرية للشخص المتعاقد يؤدي إلى المطالبة بإبطال العقد إذا ما كانت هذه الصفة محل اعتبار.

[5]. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.431.

2- الاستحالة الفعلية للتنفيذ العيني للالتزام بإعادة التفاوض:

يضاف إلى الاستحالة القانونية التي لا يمكن معها مطالبة المتعاقدين بالتنفيذ العيني للالتزام بإعادة التفاوض، الاستحالة الواقعية أو الفعلية والتي ترد بشكل منطقي نتيجة فشل الوصول إلى اتفاق عقب عملية إعادة التفاوض، بالرغم من أنَّها تمت وفقا لمبدأ التعاون الذي يجب أن يطبع هذه العملية، بل ومرحلة تنفيذ العقد[1]، حيث ليس هناك ما يلزم المتعاقدين بالقيام بإعادة التفاوض من جديد رغم أنَّ تفاوضهم الأول فشل مع بذل الجهد لإنجاحه، إذْ لا يستطيع هؤلاء المتعاقدين بذل أكثر مما تم بذله في ظل المفاوضات الأولى.

كما انَّ الاستحالة الفعلية للتنفيذ العيني للالتزام بإعادة التفاوض تُفسَّر إضافة إلى الضابط الأخلاقي المتمثل في تماشي سلوك المتعاقدين مع مبدأ التعاون وحسن النية أثناء عملية إعادة التفاوض الفاشلة، على أساس اقتصادي يتمثل في عدم احتمال الشق الاقتصادي للعقد للمزيد من الوقت والتأخير في تنفيذهم الالتزام بإعادة التفاوض من جديد[2]، مما يدفع كُلاً من المتعاقدين وفقا للحتمية أو المصلحة الاقتصادية إلى البحث عن متعاقدين الآخرين للتعاقد معهم، وذلك لتحقيق المشروع الاقتصادي الذي لم يستطع هؤلاء المحافظة عليه من خلال إعادة التفاوض، بالرغم من تعاونهم، حيث يرى الأستاذ Pascal أنَّ:"مثل هذه العقود تدفع أهميتها الأطراف إلى البحث عن متعاقدين آخرين يمكنهم تنفيذها، إذْ يتماشى ذلك مع التزام الأطراف بتخفيف ضرر الناتج عن استحالة التنفيذ"[3].

---

[1] . أبانت الدراسة إلى أنَّ فكرة إعادة التفاوض في العقد يجب أنْ تقوم وفقا لمبدأ التفاوض والتضامن وحسن النية، التي تعتبر العنصر الأخلاقي الذي يدفع المتعاقدين، إلى جانب المصلحة الاقتصادية للعمل سويا من اجل إنجاح عملية إعادة التفاوض، لتجاوز صعوبات تنفيذ عقدهم المترتبة عن أحداث معينة.

[2] . أبانت الدراسة أنَّ للشق الاقتصادي أهمية خاصة في نطاق عقود التجارة الدولية، إذ أنَّه وإنْ كان المعيار الأخلاقي يدفع المتعاقدين إلى السعي لتعديل العقد أثناء مرحلة تنفيذه، إلا أن المعيار الاقتصادي هو السبب الأساسي في استحداث فكرة إعادة التفاوض لتفضيلها اقتصاديا عن باقي الحلول الوطنية لمشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد.

[3] . « Tel est le cas des contrats dont l'importance oblige les parties à rechercher d'autres contractants qui sont susceptibles de l'exécution, attitude du reste conforme=

وبالمقابل قد يعرقل اللجوء إلى التنفيذ العيني ارتباط تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض بأجل محدد، والذي غالبا ما يكون قصيرا يتمثل في شهريْن أو ثلاث[1]، والذي تصفه شروط إعادة التفاوض بالأجل المعقول، كالشرط الذي يقضي:"3-في حالة عدم الاتفاق بهذا في أجل شهرين تحتسب بداية تاريخ الطلب المبيَّن، فإنَّ للأطراف اللجوء إلى التحكيم بناءا على طلب الطرف الأكثر حرصا، كما هو مُبيَّن في البند 23.4"[2]، ويجد الأجل القصير سنده في السعي إلى الحفاظ على الاستقرار المراكز العقدية للأطراف، وذلك بالحفاظ على اقتصاد العقد.

الفرع الثاني: التنفيذ بطريق التعويض للالتزام بإعادة التفاوض

بعد إثبات خطأ أحد المتعاقدين[3] في عدم تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض أو سوء تنفيذه له، وعدم إمكانية اللجوء إلى التنفيذ العيني لهذا الالتزام، فإنَّ التنفيذ بطريق التعويض L'Exécution par Equivalant للالتزام بإعادة التفاوض يعد جبرا للضرر الذي يلحق المتعاقد الآخر، إذْ أنَّ التنفيذ بطريق التعويض يعد الحل الأمثل في حالة استحالة التنفيذ العيني، كما هو وراد في القوانين الوطنية، حيث قضّت المادة 176 د.م.ج بأنَّه:"إذا استحال

=à l'obligation à la charge des parties de minimiser le préjudice résultant de l'impossibilité".
V. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.431

[1] . B. OPPETIT, Op.cit, p.808

[2]. « 3- faute d'un accord pour cela dans un délai de 2 mois à compter de la date de demande ci-dessus, elles auront recours, à la requête de la partie la plus diligente, à l'arbitrage prévu à l'article 23.4 ci-après. »
V. M.ALMEIDA PRADO, Le hardship…Op.cit, p. 312

[3] .أشارت الدراسة لدى الحديث عن إثبات عدم تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض أو سوء تنفيذه إلى أنّ الأصل أنّ الدائن هو المستفيد من عدم إعمال الالتزام بإعادة التفاوض، بينما الطرف المتضرر هو المدين المتضرر بالالتزام الذي صار مرهقا، وبذلك يكون دائن الالتزام الذي صار مرهقا مدينا بالالتزام بإعادة التفاوض بينما المدين الذي صار التزامه مرهقا بسبب تغير ظروف تنفيذ العقد، يصبح دائنا بالالتزام بإعادة التفاوض.

غير أنّه يمكن في بعض الأحيان أنْ يصدر الخطأ من المدين بالالتزام الذي صار مرهقا أي دائن الالتزام بإعادة التفاوض، إذْ يُتصور أنْ يُقدِّر هذا المدين عدم مردودية عملية إعادة التفاوض بالنسبة له كأنْ تُفضي هذه العملية إلى توازن مماثل للتوازن القائم قبل اختلال العقد، حيث أنّ هدف عملية إعادة التفاوض الأساسي هو التقليل من حدّة حالة عدم التوازن العقدي المترتب عن وقوع أي حدث معين، ممَّا يدفعه إلى عدم التعاون مع المتعاقد الآخر.

وتبعا لذلك فإنّ الخطأ قد يصدر عن أي من المتعاقدين، بحسب تسيير مصالحهم العقدية والاقتصادية.

على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لابد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه"[1].

إلاَّ أنَّه في المقابل فإنَّ الأنظمة القانونية تختلف في المفاضلة بين التنفيذ العيني الذي سبقت الإشارة إليه والتنفيذ بطريق التعويض ،كجزاء لعدم تنفيذ الالتزامات العقدية، ففي أنظمة القانون المدني Civil Law كالقانون المدني الفرنسي والقانون الجزائري تعتمد على تفضيل التنفيذ العيني، وفي حالة استحالته فيتم اعتماد طريق التعويض[2]؛ بينما الأنظمة القانونية التي تتَّبع نظام القانون الموحد Common Law كالقانون الإنجليزي تتَّجه مباشرة إلى التنفيذ بطريق التعويض كجزاء لعدم تنفيذ الالتزامات أو سوء تنفيذها[3]، على أساس عدم تراتبية الجزاءات المترتبة عن عدم تنفيذ الالتزامات، وإنْ كان هذا التصنيف لم يعد ثابتا، حيث توجد أحكام قضائية في القانون الإنجليزي يُفضَل فيها التنفيذ العيني كجزاء لعدم تنفيذ الالتزامات العقدية تحت مسمى The Specific Performance[4].

كما أنه ثار جدل فقهي بخصوص طبيعة هذا التعويض فيما إذا كان يشكل جبرا للضرر اللاحق عن عدم التنفيذ أم مقابلا نقديا للالتزام العقدي غير المنفذ–الالتزام بإعادة التفاوض فيما يخص هذه الدراسة–،إذْ أنَّه إذا كانت النظرة الكلاسيكية ترى أنّ التعويض يمثل جبرا للضرر

[1].تجدر الإشارة إلى أنّ التنفيذ بطريق التعويض مرتبط بالاعذار به كما في التنفيذ العيني، إذْ تنص المادة 179 من ق م ج على أنَّ:" لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك."

[2] . حيث أشارت مثلا المادة 176 ق م ج المذكورة أعلاه أنه:" إذا استحال على المدين أنْ ينفذ الالتزام عينا...."

[3] .P.ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.434

[4] S. WHITTAKER, un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives Anglaises sur l'exécution en nature et la réparation, RDC, 2005, p. 49 ; B.FAUVARQUE-COSSAN, Bibliographie d'études comparatives des sanctions de l'exécution du contrat, RIDC, 1-2006, p.245; R. SEFTEN-GEEN, Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droit français et anglais:Bonne ou mauvaise surprises de la comparaison, in mélanges J.GHESTIN, p.91

الناجم عن عدم التنفيذ للالتزام بإعادة التفاوض أو سوء تنفيذ أو التأخر في تنفيذه[1]، حيث يرى الأستاذ LAROUMET:" أنَّ التنفيذ بمقابل الالتزام العقدي ما هو إلا المسؤولية العقدية أو المسؤولية الناشئة عن عدم تنفيذ العقد"[2]؛ فإنَّ بعض الفقه يرى أنَّ التعويض يعد مقابلا نقديا للالتزام غير المنفذ–الالتزام بإعادة التفاوض في هذه الحالة–وليس جبرا للضرر اللاحق من جراء هذا عدم التنفيذ[3].

غير أنَّ الجدل الفقهي ليس له أثر عملي في اعتبار التعويض جزاء لعدم التنفيذ إذ يرى الأستاذ LATHIER أنَّ التعويض هو"حل لوضع غير عادل أكثر منه جزاءا ضد من تسبب فيه"[4].

وتبعا لذلك وجب دراسة هذا التعويض من حيث المبدأ كتعويض كامل للالتزام بإعادة التفاوض (أولا)، وكذا حالة الإنقاص منه (ثانيا).

أولا: مبدأ التعويض الكامل للالتزام بإعادة التفاوض

Le Principe de Réparation Intégrale

يجد مبدأ التعويض الكامل أساسه في النصوص الدولية كنص المادة 74 من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع، حيث تنص على أنَّه:"يتألف التعويض عن مخالفة أحد الطرفيْن للعقد من مبلغ يعادل الخسارة التي لحقت الطرف الآخر والكسب الذي فاته نتيجة المخالفة، ولا يجوز أنْ يتجاوز التعويض قيمة الخسارة أو الربح الضائع التي يتوقعها الطرف المخالف، أو التي كان ينبغي

---

[1]. CH.LARROUMET, Les obligations, le contrat, Economica, 3eme Ed., 1996, p.598

[2].« L'exécution pour équivalant d'une obligation contractuelle ou responsabilité à raison de l'inexécution des contrats. »
V. Ibid., p.598

[3].D.TALLON, L'inexécution du contrat : pour une autre présentation, RTD.civ, 1994, p.223

[4]. « Remédier à une situation dommageable plutôt que de sanctionner celui qu'il a causé »

أشار إليه:

P.ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.436

به أنْ يتوقعها وقت انعقاد العقد في ضوء الوقائع التي كان يعلم بها، أو التي كان من واجبه أو يعلم بها كنتائج متوقعة لمخالفة العقد"، وكذلك نص المادة 2-4-7 من مبادئ الUnidroit، والتي نصت على أنَّه:"1- 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.

2- قد يكون الضرر غير مالي لاسيما المترتب عن الأذى المادي أو المعنوي"[1].

كما يجد هذا المبدأ أساسه أيضا في القوانين الداخلية، إذ نصت المادة 182 ف1 ق.م.ج على أنَّه:"إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي، هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أنْ يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول"، كما نصت المادة 1149 ق.م.ف على أنَّه:"إنَّ التعويضات المقررة لصالح الدائن تترتب بصفة عامة من الخسارة التي تكبَّدَها والربح الذي فاته مع مراعاة الاستثناءات والتعديلات أدناه"[2].

غير أنَّه لإقرار التعويض الكامل كجزاء لعدم تنفيذ أو سوء تنفيذ للالتزام بإعادة التفاوض وجب توافر شروط معينة(أ)، كما أنَّه يترتب على ذلك مجموعة من الآثار(ب).

---

[1].« Art.7.4.2 :

1- Le créancier à droit à la réparation intégrale du préjudice qu'il a subi du fait de l'inexécution. Le préjudice comprend la perte qu'il a subi et le bénéfice dont 'l a privé, compte tenu de tout gain résultant pour le créancier d'une dépense ou d'une perte.

2- Le préjudice peut être non pécuniaire et résulter notamment de la souffrance physique ou morale. »

V. Principes d'Unidroit2004, Op.cit, p. 171

[2] Art. 1149 C.c.F :« Les dommages et intérêt dus au créancier sont, en générale, de la perte qu'il faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et les modifications ci-après ».

أ: شروط إقرار مبدأ التعويض الكامل

يشترط لإقرار مبدأ التعويض الكاملLa Réparation Intégrale أنْ يكون الضرر اللاحق جراء عدم تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض، ضررا محققا (1)، ومتوقعا(2):

1- الضرر المحقق: La Certitude du Préjudice

يشترط في الضرر الناتج عن عدم التنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض باعتباره التزام عقدي أنْ يكون محققا، إذْ يكون الضرر حالًّا قد وقع بالفعل أو ضرر مستقبلي محقق الوقوع، حيث يمكن للدائن أنْ يطالب بالتعويض إذا كان بالإمكان تقدير الأضرار التي يمكن أنْ تقع بالفعل[1]، ويتمثل الضرر المحقق عند عدم تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض أو سوء تنفيذه في خسارة فرصة المحافظة على العقد وفق شروط جديدة، بما يُحقق مصالح أطراف العقد[2].

وتبعا لذلك فقد أكدَّت مبادئ القانون الموحد Unidroit في المادة 3-4-7 تحت عنوان"الضرر المحقق"على ضرورة أنْ يكون الضرر محققا، حيث نصت على أنه:"1- لا يُعوَّض إلا الضرر الذي يكون محققا بدرجة معقولة ولو كان مستقبلا.

2- يمكن تعويض الفرصة الضائعة في حدود احتمال توقعها.

3- إنَّ الضرر الذي يمكن تحديد مدى تحققه يترك تقييمه للسلطة التقديرية للمحكمة"[3].

---

[1]. خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج.1، مصادر الالتزام، د.م.ج، ط.2005،2، الجزائر، ص.152.

[2]. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.499

[3]. Art. 7.4.3 : « Certitude du préjudice.

1- N'est réparable que le préjudice, même future, qui établi avec un dégrée raisonnable de certitude.

2- La perte d'une chance peut être réparée dans la mesure de la probabilité de sa réalisation.

3- Le préjudice dont le montant ne peut être établi avec un dégrée suffisant de certitude est évalué à la discrétion du tribunal. »

V. Principes d'Unidroit 2004, Op.cit, p.171.

كما تضمنت ذلك المادة 501:9 من مبادئ القانون الأوروبي للعقود (PDEC) حيث نصت تحت عنوان "الحق في التعويض على أنه:" 1- للدائن الحق في التعويض عن الضرر الناتج عن عدم التنفيذ ما لم يستفد المدين من أحكما الإعفاء وفقا للمادة 108:8.

2- التعويض عن الضرر يشمل:

أ- الضرر غير المالي.

ب- الضرر المستقبلي متى كان من المعقول توقع تحققه"[1].

وإضافة إلى النُّصوص القانونية فقد أشارت القرارات التحكيمية إلى شرط تحقق الضرر، حيث أشارت غرفة التجارة الدولية CCI في قرارها رقم 2478 السابق الذكر إلى أنّه"يبدو أنَّ الضرر الذي لحق المدعية محققا حيث أنَّ الخلل في توزيع أحد الأطراف للمنتجات البترولية محل العقد دفعها إلى استبدال الكميات الناقصة، وذلك وفاء بالتزاماتها"[2].

2- الضرر المتوقع: La Prévisibilité du Préjudice

يشترط لإقرار التعويض الكامل عن الضرر أنْ يتم توقع هذا الأخير، بحيث لا يُعتَّد بالضرر الاحتمالي في نطاق الالتزامات العقدية[3]، والالتزام بإعادة التفاوض إحداها، حيث أنَّ فكرة إعادة التفاوض تقوم في الأساس على فكرة التوقع، إذْ وكما أشارت الدراسة إلى أنَّ الأصل

---

[1]. Art. 9.501 : « Droit à dommages et intérêt.

1-Le créancier à droit à dommages et intérêt pour le préjudice que lui causé l'inexécution lorsque le débiteur ne bénéficie pas de l'exonération prévue à l'article 8.108

2-Le préjudice réparable inclut ;

a- Le préjudice non pécuniaire,

b- Le préjudice future dont la réalisation peut raisonnablement etre tenue pour vraisonnablable ».

[2] . «'' Le préjudice de la demanderesse apparait certain. Le défaut de livraison d'une partie des produits pétroliers faisant l'objet du contrat l'a notamment obligée à procéder au remplacement des quantités manquantes, pour faire honneur à ses propres engagements,…''»

V. Sentence CCI N°.2478, précité, p. 234.

[3]. خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص. 152

فيها أنْ تَرِد في شكل اتفاقي من خلال شرط إعادة التفاوض، حيث يتوقع الأطراف مرحلة مستقبلية تمس عقدهم في مرحلة التنفيذ، وذلك عند إبرام العقد كما أنَّه حتى حالة عدم ورود شرط إعادة التفاوض في نطاق عقود التجارة الدولية وسكوت الأطراف عن ذلك لم يعد يُفسَّر كما أشارت الدراسة على أساس قبولهم لتنفيذ العقد كما هو بعد تغيُّر ظروف تنفيذه، حيث يَرِد في"تبرير قَصْرِ التعويض على الضرر المتوقع أنَّ المتعاقدين لم يتعاقدا إلاَّ على ما يتوقعانه من الضرر، فالضرر المتوَقع لا يدخل في دائرة العقد"[1].

ولقد أقرَّت النّصوص الدولية إلى جانب التشريعات الداخلية صفة التوقع في الضرر، فيما يخص النصوص الدولية فلقد أشارت المادة 74 من اتفاقية فينا سالفة الذكر، إلى هذا الشرط بنصها على عبارة"التي يتوقعها الطرف المخالف أو التي كان ينبغي عليها توقعها"، كما نصت مبادئ القانون الموحد Unidroit في مادتها 4-4-7، تحت عنوان"الضرر المتوقع"على أنَّه:"لا يُلزم المدين إلا بالضرر الذي توقعه أو الذي كان من المعقول أنْ يتوقعه لحظة التعاقد، كأثر محتمل لعدم التنفيذ"[2]، كما أنَّ شرط التوقع في الضرر أكدَّته التشريعات الداخلية، حيث نصت المادة 182 ف2 ق.م.ج:" غير أنَّه إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد". وهذا هو نفس منطوق المادة 221 ف2 ق.م.م، كما أشارت إليه أيضا المادة 1150 ق.م.ف

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، ج.1، ط.3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبان، 2000،ص. 770

[2]. Art. 7.4.4 « La prévisibilité du préjudice.

Le débiteur est tenu de seul préjudice qu'il a prévu, ou qu'il aurait pu raisonnablement prévoir, au moment de la conclusion du contrat comme une conséquence probable de l'inexécution ».

V. Principes d'Unidroit 2004, Op.cit, p.171.

بنصها على أنَّه:"لا يلتزم المدين إلاَّ بالتعويضات المتوقعة أو التي كان بالإمكان توقعها عند التعاقد..."[1].

ولقد أكدَّت إلى جانب النَّصوص الدولية والداخلية القرارات التحكيمية على صفة التوقع، حيث قضى القرار التحكيمي AMCO الصادر بتاريخ 20 نوفمبر 1984 أنَّه:"وفقا للمبادئ والقواعد المشتركة بين الأنظمة القانونية الرئيسية، فإنَّ التعويض يجب أنْ يُغطي الضرر المباشر والمتوقع، حيث اشتراط صفة"المباشر"، ما هو إلاَّ أثر لضرورة العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، واشتراط صفة "المتوقع" معترف به عمليا إجماعا..."[2].

غير أنَّه وإنْ كانت صفة التوقع شرطا في الضرر القابل للتعويض، إلاَّ أنَّها تخضع للمعيار الموضوعي في تقديرها وليس للمعيار الشخصي، وهذا ما أشارت إليه المادة 182 ف2 ق.م.ج والمادة 221 ف2 ق.م.م من خلال عبارة"...الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد"، أي الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وُجد فيها المدين، لا الضرر الذي يتوقعه هذا المدين بالذات[3].

ولقد اعتمد التحكيم التجاري الدولي نفس المنحى بخصوص تقدير صفة التوقع في الضرر، حيث أقرَّت غرفة التجارة الدولية CCI أنَّ تقدير هذه الصفة يُعد من مسائل الواقع المتروكة لتقدير محكمة التحكيم، إذ قضت في قرارها رقم 2404 أنَّه:"من أجل تحديد الضرر، خاصة فيما يتعلق بالكسب الضائع ،تجد المحكمة نفسها ملزمة بالقيام بتقيِّيم على

---

[1]. Art. 1150 de C.c.F : « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêt qui ont été prévu ou qu'on a prévu lors du contrat…»

[2]. « Selon le principes et les règles communes aux principaux systèmes juridiques, les dommages-intérêts doivent être limités à la réparation du dommages directe et prévisible. L'exigence de la prévisibilité se rencontre pratiquement partout…».

أشار إليه:

P.ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p. 440

[3]. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص. 772

أساس الأسعار العادية للأشياء، وبكل ما تم توقعه"[1]، وفي قرار تحكيمي آخر- قضيةAMINOIL-قضت هيئة التحكيم أنَّه:"لا يُحتسب في التعويض إلاَّ الأضرار الممكن توقعها عادة عند تاريخ إبرام العقد"[2].

ب: أحكام التعويض الكامل.

إذا ما أقرَّ التعويض كأثر للإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض فإنه يجب تقديره وتقيِّيمه، حيث يتم ذلك من خلال تقدير الضرر، والذي يُقدَّر من خلال النَّظر إلى ظروف التعاقد ومضمون العقد، كما يتم ذلك أيضا بالنَّظر إلى جسامة الخطأ المتمثل في الإخلال بهذا الالتزام[3].

وهذا ما أشارت إليه المادة 08 من اتفاقية فينا بخصوص تحديد السلوك التعاقدي حيث نصت على أنه:"1- في حكم هذه الاتفاقية تُفسَّر البيانات والتصرفات الصادرة عن أحد المتعاقدين وفقا لما قصده هذا الطرف، متى كان الطرف الآخر يعلم بهذا القصد، أو لا يمكن أنْ يجْهَلَه.

2- في حالة عدم سريان الفقرة السابقة تُفسَّر البيانات والتصرفات الصادرة عن أحد الطرفين، وفقا لما يفهمه شخص سوِّيُّ الإدراك، ومن نفس صفة الطرف الآخر إذا وضع في نفس الظروف.

3- عندما يتعلق الأمر بتحديد قصد أحد الطرفيْن أو ما يفهمه شخص سوّيّ الإدراك يجب أنْ يُؤخذ في الاعتبار جميع الظروف المتصلة بالحالة، لاسيما المفاوضات التي تكون قد تمت بين

---

[1]. « Pour l'appréciation du dommage, spécialement quant au gain manqué, le tribunal se trouve dans l'obligation de faire une évaluation en considération des cours ordinaire des choses et de ce que était prévisible… »
V. Sentence CCI, N° 2404, 1975, Rec.sen.arb., 1974-1985, p. 281.

[2]. « L'indemnisation devrait toutefois ne tenir compte que des dommages et qui pouvaient normalement être envisagés à la date de la conclusion du contrat »
أشار إليه:
F.OSMAN, Les Principes Généraux de la Lex Mercatoria, L.G.D.J, Paris 1992, p. 181

[3]. P.ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p. 443

الطرفيْن والعادات التي استقر عليها التعامل بينهما والأعراف، وأيُّ تصرف لاحق صادر عنهما"[1].

ويُفهم من هذه المادة أنَّ مُحددات السلوك التعاقدي تتمثل في النَّظر إلى ظروف التعاقد القائمة على المفاوضات والعادات والأعراف القائمة عليها العلاقة التعاقدية، والتصرفات الصادرة عن المتعاقدين، وبذلك لا يؤخذ بعين الاعتبار الضرر الذي لا يقوم على مثل هذه المحددات الخاصة بظروف التعاقد أو العقد[2].

وهذا ما أشارت إليه القرارات التحكيمية، إذْ أقرّ المحكمون في قضية AMINOIL أنَّه:"استنادا إلى مضمون العقد...وإلى التعديلات والتفسير وإلى كيفية تسيِّير العقد يفترض فحص جميع الظروف المرتبطة بموضوع الحال قبل أي تأسيس قانوني"[3]، ذلك أنَّه كما أشار ذات القرار"أنَّ المحكمة تعتبر أنَّه من الأنسب أنْ يتم تحديد مبلغ(التعويض المناسب)،من خلال فحص جميع الظروف المرتبطة بالواقع الملموس، على أنْ يتم على أساس مناقشة نظرية"[4].

إضافة إلى ذلك فإنّ تحديد الضرر يتم كذلك من خلال تحديد جسامة الخطأ، وذلك تبعا للعلاقة السببية الناشئة بينهما، إذْ يُحَدَد الخطأ كسلوك تعاقدي مناقض ومخالف لمقتضيات حسن النية في المجال التعاقدي[5]، حيث يُحدد هذا الخطأ بعدم سعي دائن الالتزام الذي صار

---

[1]. اتفاقية فينا، للأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص. 3و4

[2]. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, 443

[3] . « Se référer au texte du contrat…, aux amendements, interprétation,…et à la conduite qui s'est manifesté au cours de son existence, et suppose un ' examen de toutes les circonstances relatives au cas concret, plutôt que sur le fondement d'une discussion juridique ».

V. P.ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p. 444

[4].« Le tribunal considère que la détermination du montant de l'octroi d'une ' indemnité appropriée' est mieux réalisée au moyen d'un examen de toutes les circonstances relatives au cas concret plutôt que sur le fondement d'une discussion abstraite. »

أشار إليه:

F. OSMAN, Op.cit, p.180

[5] . أشارت الدراسة إلى السلوك التعاقدي الذي يعد خطأ أو سلوكا ضارا un comportement préjudiciable والمرتكب من قبل أحد المتعاقدين، غالبا ما يكون الدائن المستفيد من تغير ظروف تنفيذ العقد.

مرهقا نتيجة تغير ظروف تنفيذ العقد إلى المحافظة على العقد، برفضه لإعادة التفاوض أو تقاعسه في ذلك[1].

كما أنَّ جسامة الخطأ لا تقتصر على عدم تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض أو سوء تنفيذه، إذْ أنَّه في إطار عقود التجارة الدولية إنهاء العقد دون السّعي إلى المحافظة على العلاقة العقدية، بما تمثله هذه الأخيرة من أهمية اقتصادية يمثل خطأ عقديا، إذْ أنَّ فسخ العقد في إطار هذه العقود يعد آخر الحلول التي يلجؤ إليها متعاملو التجارة الدولية[2]، بل إنَّه وحتى في غياب شرط لتعديل العقد Une Clause Réaménagement، فإنَّ وقف المدين تنفيذ التزاماته بسبب تغير ظروف تنفيذ العقد كرد على رفض الدائن إعادة التفاوض، لا يعد من قبيل الأخطاء التي تؤدي إلى فسخ العقد، حيث إنَّ مثل هذا الإجراء–وقف تنفيذ العقد–يرمي إلى المحافظة على العقد إلى حين الاتفاق على حل من قبل أطراف هذا العقد[3].

وبالمقابل فإنَّ جبر الضرر يتم من خلال الوصول بدائن الالتزام بإعادة التفاوض إلى وضعية اقتصادية مشابهة لتلك التي لو نُفِّذ فيها العقد[4]، وهذا ما أكدَّه قضاء التحكيم، حيث قضت غرفة التجارة الدولية CCI في قرارها رقم 5904 لسنة 1989، أنَّه بخصوص"منح التعويض من قبل المتسبب في عدم تنفيذ العقد فإنَّه يجب وضع المدَّعِية في نفس الوضعية لو إذا ما نَفذَّت المدعى عليها التزاماتها بشكل صحيح"[5].

---

[1]. إنّ استفادة الدائن من الوضعية الجديدة المترتبة عن تغير ظروف تنفيذ العقد، كما أبانت الدراسة، هي استفادة ظرفية، إذْ أنَّ المدين الذي صار التزامه مرهقا ينتهي به المطاف إلى عدم تنفيذ التزامه، وبالتالي لن يكون هناك مقابل لما يقدمه الدائن باعتباره مدينا كذلك في إطار عقد تبادلي.

[2]. أشارت الدراسة في الفصل الأول من الباب الأول إلى أنَّ من خصوصيات العقد الدولي الأهمية الاقتصادية الكبيرة لمحله، إذْ يفرض ذلك على عاقديه ضرورة التعاون، بحيث يصير مبدأ التعاون ضرورة اقتصادية إضافة إلى كونه ضرورة أخلاقية في العقد.

[3]. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.446

[4]. F.OSMAN, Op.cit, p.179

[5]. « L'allocation de dommages et intérêt du chef de l'inexécution d'un contrat, la demanderesse doit être replacée dans la situation qui eut été la sienne si la défenderesse avait correctement rempli les obligations qui lui incombaient »
V. Sentence CCI, n° 5904(1989), Rec.sen.arb., CCI 1986-1990, p. 387
أشار إليه: P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p. 447

تطبيقا لذلك فإن تقدير الضرر بهذه الطريقة لا يخرج عن توقع الأطراف إذ يخضع هذا التقدير لقاعدة الخسارة اللاحقة Damnum Emergens والربح الضائع Lucrum Cessans، 'La Perte subie et Le Gain manqué'، والذي تضمنته النُّصوص الدولية والتشريعات الداخلية كما تمت الإشارة إليه[1].

ويُضاف إلى مفهوم الخسارة اللاحقة والربح الضائع مفهوم"الفرصة الضائعة"أو"فوات الفرصة" La Perte du Chance، والتي تُعرَّف أنَّها فرصة"تنفيذ العقد وفق شروط تم إعادة التفاوض بشأنها كان من الممكن أنْ تنتج عن محاولة تعديل العقد"[2]، حيث يطرح مفهوم فوات الفرصة إشكالا بخصوص التفرقة بينها وبين مفهوم الضرر المحتمل، حيث يقول الأستاذ Fillali OSMAN:"تتجلى المشكلة أنَّه من الصعب تطبيق التفرقة بين الضرر المحتمل أو ذلك الممكن حاليا، ولكن غير مؤكد التحقق فيها بعد وفوات الفرصة، التي تفترض أنَّ الوضعية نهائية، وليس من الممكن أنْ تتأثر بحدث مستقبلي"[3].

لتجاوز هذه الإشكالية في تقدير التعويض عن فوات الفرصة فإنَّ المحكمين كما الفقه يستندون على العلاقة السببية بين"فوات الفرصة" و"الخطأ العقدي"، المتمثل في عدم تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض[4]، وهذا ما تجلَّى في قضية الأهرامات Les Pyramides، أين طلب المدعي التعويض عن"انتفاء الفرص المواتية"La Disparition des Occasions Favorables

---

[1]. أشارت الدراسة إلى هذه النصوص القانونية، والمتمثلة في المادة 74 من اتفاقية فينا لعام 1980 والمادة 7.4.2 من مبادئ الـunidroit، أما بخصوص التشريعات الوطنية فقد استندت إلى هذا الأساس كل من المواد 182 ق م ج والمادة 221 ق م م والمادة 1149 ق م ف.

[2]. « La perte d'une chance c'est une exécution du contrat à de conditions renégociées qui aurait pu résulter de la tentative d'adaptation du contrat ».
V. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p. 448

[3]. « La difficulté est exacerbée par le fait que la distinction existante entre le préjudice éventuel. C'est-à-dire actuellement possible mais non certain que le dommage se réalisera ultérieurement, et la perte d'une chance, qui suppose que la situation actuelle est définitive et non susceptible d'être affectée par un événement future, est d'une mise en œuvre délicate ».
V. F. OSMAN, Op.cit, p.182

[4]. Ibid., p.182

حيث لم تستجب محكمة التحكيم كليا لهذا الطلب قاضية بـ"الأخذ بالمبلغ المالي المستثمر...وإدراجه كعامل نمو"، رافضا بذلك المحكمون تعويض الدائن عن الأضرار الناجمة عن انتهاء العقد من قبل الحكومة المصرية[1]، غير أنَّ بعض القرارات التحكيمية الأخرى استندت لرفض التعويض عن الضرر المحتمل على أساس"عامل المخاطر الذي كان كبيرا مقارنة بالذي كان متوقعا"[2]، وليس على أساس العلاقة السبّبية بين الضرر والخطأ العقدي.

وتبعا لما تقدَّم سواء تعلق الأمر بتقدير الربح الضائع أو الخسارة اللاحقة أو فوات الفرصة، فإنَّ التعويض عن الضرر الناتج عن عدم تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض أو سوء تنفيذه صعب التقدير في نطاق عقود التجارة الدولية، وهذا ما أشار إليه التحكيم الدولي، إذْ قضى في قضية AMINOIL أنَّ:"تحديد التعويض لطالما واجه صعوبات تقنية...والتي تتفاقم بالنظر إلى مسائل شائكة تتعلق بالاستثمار الأجنبي وعمليات معقَّدة اقتصاديا"[3].

كما تجدر الإشارة إلى مسألة تقدير التعويض تفترض وجود التزام بتخفيف الضرر L'obligation de Minimiser Le Dommage يُلْقَى على عاتق الدائن في العقد، وذلك نظرا لما لهذا الالتزام من تأثير على تزايد حجم الضرر[4].

---

[1] . أشار إليه:

F.OSMAN, Op.cit, p.182

« De prendre le montent de l'investissement actuel…et d'y ajouter un élément de croissance »

[2]. « Le facteur de risque qu'était bien plus grand qu'il n'avait été pour les prévisions ». V. Ibid., p.182

[3]. « la détermination de l'indemnité à toujours présenté des difficultés techniques qui se multiplient du fait de questions controversées relatives à l'investissement étranger et d'opération économiquement complexés »

أشار إليه:

Ibid., p.180

[4] . سيتم تناول الالتزام بتخفيف الضرر في الفرع الموالي.

ثانيا: الإنقاص من التعويض

إذا كان تقدير التعويض كما تقدم يخضع في الأساس إلى ظروف التعاقد إلى معيار موضوعي فإن سلوك المتعاقدين[1] قد يؤثر في هذا التقدير سلبا حيث يتحدد هذا السلوك في مدى التزام المتعاقدين بتخفيف الضرر L'obligation de Modérer le Préjudice، حيث يجد هذا الالتزام أساسه في الاتفاقيات والنصوص الدولية كما تضمنته القوانين الوطنية.

فبخصوص الاتفاقات الدولية فلقد نصت المادة 77 من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع CVIM على أنّه:"يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد أنْ يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة بما فيها الكسب الذي فات، وإذا أهمل القيام بذلك، فللطرف المخل أن يطالب بتخفيف التعويض بقدر الخسارة التي كان ممكن تجنبها"[2]، كما نصت المادة 8-4-7 من مبادئ القانون الموحد الUnidroit على أنَّه:

"1- لا يلتزم المدين بتعويض في الحالة التي يمكن للدائن فيها أنْ يخفف هذا الضرر بطرق معقولة.

2- يمكن للدائن أنْ يسترد النفقات التي أنفقها بصفة معقولة بغرض تخفيف الضرر"[3].

أما بخصوص التشريعات الوطنية فلقد أشارت العديد من القوانين الوطنية إلى الالتزام بتخفيف الضرر، فلقد نصت المادة 182 ق.م.ج ف1 على أنّه:"إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة

---

[1] . لقد أشارت الدراسة إلى أنّ الاعتبار الاقتصادي في نطاق عقود التجارة الدولية يحدد السلوك التعاقدي لأطراف هذه العقود، وذلك بغية تحقيق المشروع الاقتصادي محل هذه العقود، وتبعا لذلك يكتسي كما أبانت الدراسة مبدأ حسن النية ومبدأ التعاون أهمية كبيرة خاصة في إطار تنفيذ هذه العقود.

[2] . اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص.24

[3] Art. 7.4.8 « Atténuation du préjudice.

1- Le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait au l'atténuer par des moyens raisonnables.

2- Le créancier peut recouvrer les dépenses raisonnablement occasionnées en vue d'atténuer le préjudice. »

V. Principes d'Unidroit 2004, Op.cit, p.173

وما فاته من كسب، بشرط أنْ يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أنْ يتوقاه ببذل جهد معقول"[1]. كما أنَّ هذا الالتزام معترف به في نظام Common Law، تحت مسمى Duty to Mitigate أي واجب التخفيف[2]، وهذا على خلاف القانون المدني الفرنسي، وإن كان قد تضمنه مشروع Catala [3]لتعديل القانون المدني الفرنسي، حيث نصت المادة 1373 من هذا المشروع على أنَّه:"يؤخذ بعين الاعتبار امتناع الضحية تخفيض قيمة تعويضه، لما يكون بإمكانه من خلال وسائل مؤكدة ومعقولة ومتزايدة تخفيف نطاق ضرره أو تفادي تفاقمه"[4].

كما أنَّ الممارسة العقدية في نطاق عقود التجارة الدولية أشارت إلى الالتزام بتخفيف الضرر من خلال التنصيص عليه في الشروط العقدية، كالشرط الذي قضى بأنْ:"يبذل الأطراف قصارى جهدهم لتحقيق الأهداف المرجوَّة من هذا العقد، وبصفة خاصة يتخذ الطرف المضرور من عدم تنفيذ الالتزام كل الإجراءات المعقولة لتخفيف الضرر الذي ينتج من عدم التنفيذ؛ وفي حالة عدم قيامه بذلك فلا يُعوَّض إلا عن الأضرار التي كان ممكنا تجنبها أو تخفيفها"[5]، كما نص شرط آخر بخصوص القوة القاهرة على أنَّه:"يلتزم الأطراف في حالة القوة القاهرة أنْ يبذلوا كل المجهودات الضرورية لإزالة أو تخفيف الصعوبات التي يواجهها العقد، وتخفيف الأضرار المترتبة على هذه الصعوبات"[6].

---

[1]. وهو نفس منطوق المادة 221 ف1 ق م م

[2] أشار إليه: شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص.517

[3] . وهذا نسبة إلى الأستاذ Pierre CATALA، الذي ترأس مجموعة العمل المُعدَّة لهذا التعديل.

[4]. Art.1373:« Il sera tenu compte de l'abstention de la victime par une réduction de son indemnisation lorsque cette victime avait la possibilité par des moyens surs raisonnables et proportionnés, de réduire l'étendue de son préjudice ou d'en éviter l'aggravation. »

Publier sur le site web : www. Justice.gouv.Fr/art_pix/rapportctalaseptembre

[5] . أشار إليه: شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص. 520

[6] . أشار إليه: نفس المرجع، ص.521

وقد يتخذ الالتزام بتخفيف الضرر صورا عدَّة منها حرص الدائن على التفاوض مع المدين بغيَّة الوصول إلى اتفاق ودي[1]، ولقد أقرَّ قضاء التحكيم مثل هذه الصورة في قرار لغرفة التجارة الدولية CCI رقم 5910 بخصوص مؤسستين بلجيكيتين x وy ، قضت فيه أنه:"بما أنّ المشتري للشركة x لم يتحصل على كمية الزنك المرتقبة فقد قرر فسخ العقد، لذا فإنّ الشركة x حملت المؤسسة y المسؤولية على كل ضرر لأن السفينة لم تقم بمرحلة مباشرة من آنفرس إلى كراتشي، مع الإشارة إلى أنّه من أجل تخفيف الضرر فقد عملت من أجل الوصول إلى اتفاق مع مشتريها الباكستاني، ما أدى بها إلى دفع تعويض إلى هذا المشتري"[2].

كما أنّه من صور الالتزام بتخفيف الضرر محافظة الدائن على البضاعة محل البيع، وهذا ما أكدّه القرار التحكيمي الصادر في القضية رقم 7197 لسنة ،1992 والتي ورد فيها أنّه:"لا يتضح للمحكم أنّ المدعي(البائع) قد خالف الالتزام بتخفيف الضرر المنصوص عليه في المادة 77 من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع، وأنّ هذه الإجراءات(إجراءات الحفاظ على البضاعة) تفرض نفسها في عقد بيع البضائع، حتى ولو لم يكن هناك التزام تعاقدي يفرضها وفقا للمواد 72 إلى 85 من اتفاقية فينا، كما أنّ مصاريف التخزين(التي سترد إلى البائع) يجب ألا تزيد من الناحية الاقتصادية على القيمة الكلية للبضائع"[3].

وكنتيجة لما تقدم فإنَّ تحديد تأثير سلوك المتعاقدين، كمحدد لمعرفة مدى التزامهم بمبدأ تخفيف الضرر، كسبب لخفض قيمة التعويض يقتضي دراسة هذا السلوك في حالة رفض الدائن

---

[1] . نفس المرجع، ص.598 وما بعدها.

[2]. « L'acheteur pakistanais de X, ne recevant pas le Zinc attendu décida de résilier son contrat. X indiqua à Y qu'elle le tenait pour responsable de tout dommage pour que le navire n'avait pas effectué le voyage Anvers/Karachi directement tout en précisant que dans le souci de minimiser le préjudice elle s'efforcerait d'arriver à u arrangement amiable avec son acheteur au Pakistan. Ce à quoi elle parvient en versant à son acheteur une indemnité ».

V. Sentence CCI, n° 5910 (1988), Rec.sen.arb., CCI 1986-1990, p 370

أشار إليه:

P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.458

[3] . أشار إليه: شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص. 538

لإعادة التفاوض (أ)، وفي حالة سوء تنفيذ عملية إعادة التفاوض (ب)، وأخيرا سلوكهم في حالة فشل عملية إعادة التفاوض (ج).

أ: في حالة رفض إعادة التفاوض.

تبدو أهمية دراسة سلوك المتعاقدين من خلال التزامهم بتخفيف الضرر في حالة رفض إعادة التفاوض في تجنيب المدين الذي صار التزامه مرهقا من تفاقم الضرر الناتج عن تنفيذه للعقد بشروط غير عادلة، ذلك أنَّ الالتزام بتخفيف الضرر يدفع المتعاقدين إلى تعديلات على العقد، ولو كانت طفيفة[1]، حيث أنَّ الإخلال بالالتزام بتخفيف الضرر فيه إخلال بمبادئ أساسية كمبدأ حسن النية ومبدأ التعاون، والذي يستند عليها هذا الالتزام كباقي الالتزامات الأخرى.

وتبعا لذلك فإنَّ إخلال الأطراف المتعاقدة بمبدأ حسن النية الذي يقوم على أساسه جميع مراحل التعاقد قد يؤدي إلى إنقاص قيمة التعويض، وهذا ما قضت به غرفة التجارة الدولية CCI في قرارها رقم 3540 الذي ورد فيه:"لقد أشار المحكمون في إطار القضية إلى المبادئ العامة المطبقة عموما في التجارة الدولية، من خلال مبدأ حسن النية الذي يجب أنْ يسود إبرام وتنفيذ العقود، مشيرين إلى أنَّ ذلك يشكل مرجعا للممارسات العقدية كقاعدة أخلاقية للسلوك التعاقدي، إذْ من الممكن تقريبها للمبدأ العام للمسؤولية، حيث أنَّه في هذا الإطار بحث المحكمون عما إذا كان إنهاء الوكالة راجع إلى سلوك أحد المتعاقدين، وعما إذا كان قد سبب ضررا غير مبرر للمتعاقد الآخر، ليصلوا بذلك إلى عدم تماشي سلوك الشركة (N) التعاقدي مع مقتضيات الحفاظ على العلاقات التجارية الحسنة، ليخلص المحكمون إلى إقرار مسؤولية الشركة (N) عن إنهاء العقد"[2].

---

[1]. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p. 452

[2]. « Attendu que dans la cause les arbitres ont retenus à titre des principes généraux des obligations généralement applicables dans le commerce international, la bonne foi, qui doit présider à la formation et l'exécution des contrats, en précisant, que celle-ci=

كما أشار القرار رقم 2404 لغرفة التجارة الدولية إلى الالتزام بالتعاون الذي يملي على الدائن ضرورة العمل مع المدين المتضرر على تجاوز الصعوبات التي تعترض تنفيذه للعقد، من خلال الالتزام بتخفيف الضرر، بحيث قضت أنَّ على هذا الدائن:" نظرا إلى كون كل محكمة مدعوة للفصل في نزاع إلى الأخذ بعين الاعتبار إمكانية تخفيف الضرر، إذْ غالبا ما يحاول الطرف المتضرر إلقاء كامل مسؤولية الضرر الذي تعرض له على عاتق المتعاقد الآخر، في حين أنَّه كان بإمكانه التخفيف منه، وذلك بالاستجابة دون تأخير حالما وصل إلى علمه تضرر هذا الطرف المتضرر"[1].

ب: في حالة سوء تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض

تتجلى أهمية دراسة سلوك المتعاقدين خلال عملية إعادة التفاوض في كون الالتزام بإعادة التفاوض كأصل عام التزام ببذل عناية، لذا يقع على المحكمين فحص مدى عمل المتعاقدين على إنجاح هذه العملية والوصول إلى تعديل العقد، حيث يجب أنْ يتماشى سلوك المتعاقدين في إطار هذه المرحلة مع مقتضيات حسن النية والتعاون والتضامن[2].

وهذا ما أشار إليه التحكيم التجاري الدولي، حيث أقرَّت غرفة التجارة الدولية بعدم إنقاص قيمة التعويض الذي وجب دفعه من قبل المدعى عليها، لكونها لم تلتزم بإنجاح عملية

=exprimait notamment une référence aux usages, à une règle morale de comportement pouvant être rapprochée du principe général de responsabilité; qu'a cet égard ils ont recherché si la rupture du montant était imputable au comportement de l'une des parties et si elle aurait causé à l'autre un préjudice qui serait ainsi injustifié ; qu'ils ont ensuite évoqué l'incompatibilité du comportement de la société (N) avec le maintien des bonne relations commerciales ; pour en déduire que la dite société (N)…devait être tenue pour responsable de rupture du contrat; ».
V. Sentence CCI, N°3540, 1980, Rec.sen.arb de la CCI 1974-1985, p.408

[1]. «Considérant que tout tribunal appelé à juger un déférant doit « prendre en considération toute possibilité de maintien le préjudice. En effet, il arrive souvent que la partie lésée tache de mettre toute la responsabilité du préjudice subi sur son cocontractant alors qu'il lui aurait de toute évidence été possible de le réduire en agissant sans retard dès qu'elle avait eu connaissance de la défaillance de celui-ci. »
V. Sentence CCI N°. 2404,1975, Rec. Sen. Arb, de la CCI 1974-1985, p.281

[2]. P.ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p. 453

إعادة التفاوض لما طلبت أسعارا أعلى من الأسعار الدولية، إذْ قضت في قرارها رقم 2508 أنَّه:"لكن بالأخص من غير المعقول أن الشركة (y)...في إطار الظروف الاقتصادية اقترحت على (x) تعديل عقدهم من خلال إقرار أسعار أعلى من الأسعار الدولية في حين أنَّ طلب (y)، تماشيا مع مبدأ حسن النية، يجب ألا يقتصر فقط على ما هو معقول، بل كذلك مع ما هو جد ضروري لئلا يجعل تنفيذ العقد غير عادل...ليس بالضرورة أنْ يكون مقدار التعويض مماثلا لقيمة الضرر ولكن يمكن أنْ يكون أقل وفقا للظروف ولجسامة الخطأ؛ وفي قضية الحال وإنْ كان من المتقبل وفقا للظروف مطالبة (y) بالزيادة في السعر التعاقدي، إلا أنَّه من غير مقبول محاولاتها الحصول على أسعار تقارب الأسعار الدولية، وهذا الذي أدَّى إلى فسخ العقد، وبالتالي فإنَّ سلوك (y) لا يبرر إنقاص مقدار التعويض"[1].

كما أشار أيضا قضاء التحكيم إلى حالة خطأ مشترك بين المتعاقدين كسبب لإنقاص قيمة التعويض، حيث قضت غرفة التجارة الدولية CCI في قرار لها صادر لسنة 1984:"أنَّ المدعى عليها بالرغم من إرادتها في التعاون، إلا أنَّها لم تنجح في تزويد الطرف الإيطالي بالمعلومات التي طلبها في الوقت المناسب، مما يحملها آثار ذلك، في حين أنَّه وإنْ كان المحكمون

[1]. «Mais surtout, il est absolument invraisemblable que Y…sous prétexte des circonstances économique ait proposé à X…de modifier leur contrat an adoptant des prix supérieurs aux prix mondiaux, la demande de Y devait d'ailleurs, conformément à la bonne fois ce limiter non seulement à ce qui était raisonnable. Mais encore à ce qui était strictement nécessaire pour que l'exécution du contrat ne devienne pas manifestement inéquitable…le montant du dommages-intérêts n'est pas obligatoirement identique au montant du dommage, mais peut être fixé à un montant inférieur compte tenu des circonstances et de la gravité de la faute. En l'occurrence, il était en principe compréhensible, vu les circonstances économique, que Y tente d'obtenir une augmentation des prix contractuels, il était cependant inadmissible qu'elle cherche à obtenir des prix proches de prix mondiaux, ce qui revenait simplement à résilier le contrat. Le de y ne justifie donc pas une réduction des dommages-intérêts ».
V. Sentence CCI N°.2508, 1976, Rec. Sen.arb de la CCI 1974-1985, p.294.

يُقرُّون بوجوب دفع المدعية التعويض بسبب إنهائها العقد، إلاَّ أنَّهم أنقصوا من قيمة التعويض الواجب للمدعى عليها"[1].

ج: في حالة فشل عملية إعادة التفاوض

لقد أشارت الدراسة إلى احتمال عدم وصول عملية إعادة التفاوض إلى اتفاق بشأن تعديل العقد، كون الالتزام بإعادة التفاوض كأصل عام التزام ببذل عناية، حيث تفترض هذه الحالة عدم نجاح هذه العملية رغم سعيْ المتعاقدين إلى إنجاحها، إلا أنَّ تضرر المدين يؤدي بالضرورة إلى تضرر الدائن[2]، هذا الأخير الذي قد لا يسعى إلى تخفيف الضرر اللاحق به من خلال البحث عن متعاقدين اقتصاديين آخرين[3]، وهذا ما أقرته غرفة التجارة الدولية CCI في قرارها رقم 2103، الذي قضى بأنَّه:"حتى تاريخ...فإنَّه من المناسب تحديد التعويض وفق مقدار الحد الأدنى المضمون، إلا أنَّ(B)في رسالتها المؤرخة في...عبَّرَت عن إمكانية استمرار العلاقات وفق أسس أخرى، لذا كان من المشروع والعادي أنْ لا تبحث(A)في هذه الفترة عن علاقات عقدية مشابهة لتلك التي تربطها مع(B)، لتفشل بعد المفاوضات نهائيا والمحادثات المرتقبة مع (B) تاريخ...، ومنذ هذا التاريخ كان على(A)العمل على عقد علاقات جديدة، من أجل محاولة تعويض الضرر الناتج عن إنهاء عقدها مع(B)، وبما أنَّ(A) لم تُقدِّم ما يشير إلى مثل هذه

---

[1]. «…la défenderesse qui avait manifesté une volonté de coopérer mais qui n'avait pas réussi à fournir les renseignements demandés par la partie italienne en temps utile devait subir les effets de son comportement. Ainsi les arbitres, tout en condamnant = =la demanderesse à payer des dommages-intérêts pour rupture du contrat, ont sensiblement diminué le montant dû à le défenderesse ».

أشار إليه:

P.ACCAOUI-LORFING, op.cit, p. 454.

[2] . باعتبار عقود التجارة الدولية عقودا تبادلية.

[3]. P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p.455

الإجراءات، والذي يبدوا معقولا وعادلا معها التفكير أنَّه كان بمقدور(A)إذا اتخذت مثل هذه الإجراءات خفض الضرر الناتج عن إنهاء العقد المذكور إلى النِّصف"[1].

كما ربطت غرفة التجارة الدولية بين الأهمية الاقتصادية التي يكتسيها أحد أطراف العقد في التجارة الدولية والالتزام بتخفيف الضرر، كمحدد لسلوكه التعاقدي، إذْ ورد في قرار رقم 2216 ما يلي:" ينتظر من الشركة البائعة المرتبطة بالعقد حتى تاريخ التلكس بذل جهدها ابتداء من تاريخ هذا التلكس من أجل بيع هذا البترول للغير في أقرب فرصة من اجل التخفيف من الضرر، ومع الأخذ بعين الاعتبار التنظيم والأهمية الدولية للشركة البائعة فإن المحكمة ترى أنه من العدل أن على هذه الشركة الوصول إلى حل مناسب إلى غاية نهاية الشهرين..."[2].

---

[1]. « Que jusqu'à la date…, il convient de fixer, en fait le montant de cette indemnité au montant garanti puisque, dans sa lettre du…B envisageait la possibilité de poursuivre des relations sur d'autres bases et qu'il était dès lors légitime et normal que A ne cherche pas, pendant cette période, à nouer…des relations contractuelles semblables à celle qui l'unissent à B ; qu'une telle perspective de négociation et de discussion avec B parait avoir été définitivement exclue à la date du…que depuis cette date, A aurait dû s'efforcer de nouer de nouvelles relations pour tenter de compenser le dommage résultant de la fin de son contrat avec B, que A n'apporter pas le moindre justification de telles démarches, qu'il parait toutefois raisonnable et équitable de penser que si A= =les avait entreprise, elle aurait pu diminuer, de moitié, le préjudice résultant de la rupture susdite ».

V. Sentence CCI N°. 2103, 1972, Rec. Sen. arb. de la CCI 1974-1985, p. 205

[2]. « Attendu que (l'entreprise venderesse), qui jusqu'à (la date du télex) était retenue dans liens du contrat, se devait à partir de cette date de déployer tous ses efforts pour vendre ce pétrole à des tires de plus rapidement possible afin de réduire l'ampleur du préjudice ;

Attendu que compte tenu de l'organisation et de l'importance international de (l'entreprise venderesse), le tribunal estime équitable de juger cette société aurait dû trouver la solution adéquate à la fin du mois de… ; ».

V. Sentence CCI N°. 2216, 1974, Rec.sen.arb., CCI, 1974-1985, p.p. 226 et 227

خلاصة الفصل:

يتضح من خلال هذا الفصل أنَّ النتائج التي تتمخض عنها عملية إعادة التفاوض لها تأثير كبير على العقد بحد ذاته، إذ يتضح من خلال ما تمت دراسته ما لمبدأ سلطان الإرادة أي إرادة المتعاقدين من دور كبير في تحديد مصير العقد سواء أثناء عملية التفاوض أو بعدها، لذا فإنه يجب أن يتم رسم معالم إعادة التفاوض وفق أطر دقيقة وواضحة تفاديا لأية وضعيات غير عادلة لأحد الأطراف ولأي تأويلات من قبل التحكيم.

كما يتضح من خلال ما تقدم في هذا الفصل أنَّ الالتزام بإعادة التفاوض، وإن كان التزاما ببذل عناية–كأصل عام–، إذْ أنَّ غاية ما يقوم به المتعاقدون هو السَّعي وبذل الجهد للوصول إلى اتفاق يقضي بتعديل العقد، وليس تعديل العقد بحد ذاته وتجاوز اختلال تنفيذه، إلا أنَّه ضمانا لإنجاح عملية إعادة التفاوض واستنادا على مبادئ حسن النية والتعاون والتضامن التي تعتبر، إضافة إلى أهميتها في نطاق عقود التجارة الدولية، ذات مضامين ودلائل اقتصادية تفرض على المتعاقدين واجب الحرص على إنجاح هذه العملية.

وتبعا لذلك فإنَّ مخالفة أيْ متعاقد لمقتضيات إنجاح عملية إعادة التفاوض يعد سلوكا غير مقبول يعرض صاحبه إلى قيام مسؤوليته اتجاه المتعاقد الآخر، إضافة إلى إقرار التنفيذ العيني للالتزام بإعادة التفاوض متى كان ذلك ممكنا، وإنْ تعذر ذلك فيعد التعويض عن الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض الحل الأنسب لجبر الضرر اللاحق بأحد المتعاقدين، وذلك استنادا كما تقدم إلى التزام المتعاقدين بتخفيف هذا الضرر.

ونتيجة لتزايد الأهمية التي يكتسيها الالتزام بإعادة التفاوض كممارسة عقدية في نطاق عقود التجارة الدولية وجب التعرض إلى انعكاس هذه الأهمية في نطاق النصوص المنظمة لهذه العقود من جهة، ومن جهة أخرى مدى استعداد الأنظمة القانونية الداخلية لقبولها وتبنيها.

الفصل الثاني: المكانة القانونية لإعادة التفاوض: الواقع والمأمول.

نظرا لتزايد الاهتمام بفكرة إعادة التفاوض في نطاق عقود التجارة الدولية، كما كشف عنه الأستاذ ALMEIDA في استبيانه الذي بنى عليه دراسته المشار إليها في هذه الدراسة، فقد اتجهت التقنينات الحديثة لقواعد التجارة الدولية إلى تنظيم هذه الفكرة على اعتبار أنّها صارت تشكل قاعدة من قواعد الـ Lex mercatoria(مبحث أول).

كما أنَّ العولمة القانونية الناتجة عن العولمة الاقتصادية دفعت إلى التساؤل عن مدى إمكانية تبني هذه الفكرة في إطار قواعد قانون العقود في الأنظمة القانونية الداخلية، خصوصا في عصرنا الحالي الذي يشهد بداية سحب للقواعد الداخلية من طرف القواعد الدولية (مبحث ثاني).

المبحث الأول: إعادة التفاوض في إطار قانون التجار lex mercatoria

لقد أشارت الدراية من خلال ما تقدم أنّ فكرة إعادة التفاوض وليدة الممارسة العقدية في نطاق عقود التجارة الدولية، لذا فإنَّ البحث عن التطور الحاصل بشأنها وجب التعرض إلى أي مدى اعتبار التحكيم الدولي لها كقاعدة من قواعد قانون التجار lex mercatoria[1] (مطلب أول)، ثم المجهودات المبذولة من أجل تنظيمها وتقنينها(مطب ثاني).

المطلب الأول: إعادة التفاوض كقاعدة في إطار قانون التجار.

قبل التعرض إلى ما تشكله فكرة إعادة التفاوض من قاعدة في إطار الـ lex mercatoria أو كما عبّر عنه الأستاذ Khan بقوله:"بتوافر شواهد على وجود قاعدة لقانون التجار أو قانون اقتصادي عبر دولي"[2] ، وجب الإشارة إلى ما لاحظه الأستاذ ALMEIDA[3] بخصوص القرارات التحكيمية ذات الصلة بموضوع إعادة التفاوض، إذْ يقول:"إنّ تحليل القرارات التحكيمية المتضمنة لاختلال العقد يكشف أنّ المحكمين يستعملون عدّة عبارات لوصف الحال المعتمد في حالة تغيُّر غير متوقع للظروف خارج إرادة الأطراف يؤدي إلى اختلال

---

[1] . يُراد بمصطلح lex mercatoria مجموعة القواعد التي استقرت في التعامل التجاري الدولي نتيجة الأعراف والعادات الناشئة بين متعاملي التجارة الدولية، بحيث تعتبر بالنسبة لهم قواعد ملزمة، ولقد ثار جدل فقهي بخصوص مكانتها في إطار التجارة الدولية.

انظر بخصوص ذلك في الفقه العربي:

- شبة سفيان، عقد البيع الدولي، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2012، ص.353

وفي الفقه الغربي:

E. GAILLARD, Trente ans de lex mercatoria pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit, JDI, 1995, p.5 et S; KH. PHILIPPE, lex mercatoria et pratique des contrats internationaux, in « le contrat économique international », Bruxelles, 1975, p.200 et s.

[2] . « Un bon témoignage de l'existence d'une lex mercatoria ou d'un droit transnational. »

أشار إليه:

F.OSMAN, Op.cit, p.166

[3] . أشارت الدراسة إلى قام بها الأستاذ Mauricio ALMEIDA PRADO في معرض رسالته المنشورة باستبيان بخصوص شروط إعادة التفاوض عارضا الإشكالات التي واجهته في سبيل ذلك ولقد استندت الدراسة إلى حد كبير على ما توصل إليه هذا الأستاذ.

العقد، حيث أنَّ العبارة الأكثر استعمالا هي Rebus sic stantibus[1]، إلاَّ أنَّ عبارات كعدم التوقع أو حتى اختلال العقد مستعملة هي كذلك، كما يمكننا ملاحظة التطبيق غير المباشر "لاختلال العقد"من خلال الالتزام بإعادة التفاوض...وكملاحظة أخيرة بخصوص المشاكل التي تعترض الدراسات في هذا الميدان ونظرا لسرية التحكيم، فإنَّ عددا قليلا من القرارات التحكيمية كان محل نشر في المجلات المتخصصة، بل مقاطع منها فقط"[2].

وتبعا لذلك فإنَّ دراسة مدى اعتبار فكرة إعادة التفاوض قاعدة من قواعد الـ lex mercatoria يستدعي التعرض إلى القرارات التحكيمية التي اعترفت بمسألة تغير ظروف تنفيذ العقد (فرع ثاني)، والتي تندرج فكرة إعادة التفاوض في إطارها، إذْ وكما أشارت الدراسة في الفصل الأول منها يعد مبدأ سلطان الإرادة أو مبدأ قدسية العقد مبدأ أساسي يسوس عقود التجارة الدولية، كما يسوس قواعد قانون العقود في إطار القوانين الداخلية.

---

[1] . يُعرف مفهوم Rebus sic stantibus أو " بقاء الأشياء على حالها"، كما ذكر الأستاذ Louis THIBIERGE: " أنّها عبارة لاتينية...تُستعمل للإشارة إلى الوضعية "الاقتصادية والمالية، إلخ" القائمة لحظة إبرام العقد طويل الأجل لمعرفة إذا كانت المحافظة على هذه الوضعية شرطا لهذا العقد صراحة أو ضمنيا، بحيث أنّ الاختلال الكبير لهذه الوضعية يُبرر إنهاء أو تعديل العقد الأصلي."
« Tant que les choses demeurent en l'état » elle désigne «la formule latine…utilisée pour désigner la référence à la situation (économique, monétaire, etc.) qui existait au moment de la conclusion d'un accord de longue durée, dans la question de savoir si le maintien de cette situation a été considéré (expressément ou implicitement) comme la condition de cet accord, de telle sorte que l'altération grave de cet état de choses justifierait la caducité ou l'adaptation de l'accord originaire ».
V. L. THIBIERGE, le contrat face à l'imprévu, Economica, Paris, p.126

[2] . « L'analyse de l'accueil du Hardship par les décisions arbitrales internationales doit tenir compte du fait que les arbitres utilisent plusieurs expressions pour désigner le remède apporté lorsqu'un changement de circonstances, imprévisible et extérieure aux parties bouleverse l'économie du contrat. Le plus souvent cette notion est représentée par l'expression ' rebus sic stantibus', mais des termes tels que 'imprévision' ou même hardship sont également utilisée. Nous pourrons également constater l'application indirecte du hardship par la vois de l'obligation de renégocier le contrat…il nous faut faire une dernière remarque concernant les difficultés auxquelles se heurtent les études dans ce domaine. Compte tenu de la confidentialité des arbitrages, seul un faible nombre de sentences a fait l'objet de publication dans les revues spécialisées. Il ne s'agit par ailleurs, que assez d'extraits des sentences rendues ».
V. M. ALMEIDA PRADO, Le hardship…Op.cit, p.199

الفرع الأول: القرارات التحكيمية المتبنية لإعادة التفاوض.

لقد ربط الأستاذ ALMEIDA بين فكرة إعادة التفاوض ومبدأ حسن النية لدراسة مدى اعتبارها قاعدة من قواعد قانون التجار[1] (أولا)، وذلك بالاستناد على مجموعة من قرارات التحكيم التي تُعتبر قرارات مُؤسسة لهذه الفكرة(ثانيا).

أولا– ارتباط فكرة إعادة التفاوض بمبدأ حسن النية.

لقد أبانت الدراسة إلى استناد فكرة إعادة التفاوض على مبدأ حسن النية في حالة عدم التنصيص عليها في العقد أي في حالة عدم ورود شروط عقدية تقضي بإعادة التفاوض كأساس لها، حيث استند التحكيم التجاري الدولي على مبدأ حسن النية باعتباره أهم المبادئ التي يقوم عليها العقد سواء في إطار قانون التجارة الدولية أو في إطار نظرية العقد في القوانين الداخلية[2]، ذلك أنَّ استناد هذه الفكرة على مبدأ حسن النية يُصبغها بصبغة قواعد الـ lex mercatoria، إذْ وردت عدَّة قرارات تحكيمية بهذا الخصوص منها قرار غرفة التجارة الدولية cci رقم 5030 القاضي بأنّه:"طبقا للقواعد المشتركة بين القوانين الوطنية يُعتبر الالتزام بالتصرف بصدق في العلاقات التعاقدية بطبيعته مبدأ أساسي في العلاقات الاقتصادية...فالطبيعة الخاصة للمتعاقدين، والأهمية الاقتصادية للصفقة المبرمة، وطبيعة عقد التعاون المبرم بين الدولة السائرة في طريق النمو يفرض على المؤسسة واجبات الحذر والإعلام والاستعلام، والتي لم تُحترم في قضية الحال، الأمر الذي أدَّى مباشرة إلى بروز معوِّقات منذ إبرام العقد"[3]، كما أنَّ غرفة التجارة

---

[1] . Ibid., p.215

[2]. انظر الصفحة.....

[3] . « Appartenant au fond commun des droit nationaux l'obligation de se compter loyalement dans des relations contractuelles constitue naturellement un principe essentiel des rapports économiques de l'opération nouée et sa nature de contrat de coopération posé avec un état en développement imposaient à l'entreprise des devoirs de prudence, d'information et de renseignement qui n'ont pas été respectés en l'espèce et qui sont la cause des difficultés depuis rencontre»
V. Sentence CCI N° 5030, précité, p.1004-1012

الدولية عنوَّنت في أحد فقرارات قراراها رقم 6219 بـ"الالتزام بإعادة التفاوض بحسن نية"،حيث قضت فيه بأنَّه:"أ- بوجود شبه توقف للدفع الخارجي من الدولة X، كان على Y البحث بحسن نية مع دائنته العمومية عن الطرق والوسائل لتسوية معوّقات مديونيته، حيث يجد هذا الالتزام مصدره في مصطلحات العقد أولا...ثم في المبادئ العامة لقانون التجارة الدولية....التي تفرض على المتعاقدين في حالة حدوث مشكلات تُعيق تنفيذ العقد التباحث والتعاون الايجابي من أجل بحث سبل تجاوزها"[1].

وتبعا لذلك فإنّ ارتباط فكرة إعادة التفاوض بمبدأ حسن النية يجعلها تكتسب أهمية كبيرة في ظل قواعد الlex mercatoria، وذلك باعتبار أنّ مبدأ حسن النية يجعلها تكتسب أهمية جد كبيرة في ظل هذه القواعد، وهذا ما أكدّته غرفة التجارة الدولية في عدّة قرارات، حيث ورد في قرارها رقم 3131 السابق الذكر أنّه:"من المبادئ المستوحاة منها هذه الأخيرة – قواعد قانون التجار- مبدأ حسن النية الذي يجب أنْ يسود تكوين وتنفيذ العقود، حيث أنَّ الاهتمام بمبدأ حسن النية التعاقدي يُعد أحد الاتجاهات السائدة التي تكشف التقاء التشريعات الوطنية بشأنها...

إنَّ حسن النية لا يُعبر فقط عن حالة نفسية عن العلم أو الجهل بواقع ما، لكن يُعبر أيضا عن قاعدة في الممارسات، عن قاعدة أخلاقية للسلوك...إنّها إذْن تُتَرجِم مقتضى السلوك

---

[1]. « A- the duty to negotiate in good faith.

In the view of the casi termination of external payments by the state X, Y was under the duty to find in good faith with his public debtor ways ans means for a rescheduling of these debts. This obligation result above all from the terms of the contract…this obligation also result from the general principles of international trade law…wich, if the execution of a contract meets seriouse difficulties, impose the= =parties a duty to get together and to actively cooperate in finding ways to overcome these problems».

V. Sentence CCI N° 6219, précité, p.1050

الذي يُمكن أنْ يرقى إلى مبدأ عام للمسؤولية"[1]، وهذا ما تضمنته أيضا قرارها رقم 5953،الذي ورد فيه أنَّه:"من بين هذه المبادئ الأكثر عمومية بدون شك مبدأ حسن النية، حيث أنَّ الاشتراط الأساسي لحسن النية...الموجود في كل الأنظمة القانونية سواء القوانين الوطنية أو القانون الدولي...فهي أساس قواعد قانون التجار...فحسن النية المفترضة دوما يجب أنْ تسود مفاوضات العقود وتفسيرها وكذا تنفيذها، وهذا ما يُؤكده إجماع الفقه وتؤكده القرارات التحكيمية المنشورة مصدر القانون المختار من قبل المحكمين، وذلك بدون استثناء"[2].

غير أنَّه وإنْ كان مبدأ حسن النية يلعب هذا الدور الأساسي في تنفيذ العقد من واجب الإعلام بما يُعيق تنفيذ العقد، وتبادل للمقترحات لتجاوز هذه المعوّقات، فإنَّ هذا لا يعني أنّ على الأطراف التفاوض بشأن أيَّة مشكلات بسيطة تعترض تنفيذ عقدهم[3].

ثانيا– القرارات التحكيمية المؤسسة لإعادة التفاوض.

هناك العديد من القرارات التحكيمية التي أسست لإعادة التفاوض في إطار قانون التجار، حيث أخرجتها من نطاق الممارسة العقدية إلى نطاق قواعد الـlex mercatoria، من

---

[1] . « One of the principles wich inspires the latter is that of the good faith which must preside the performance of contracts. The emphasis placed on contractual good faith is moreover one of the dominat tendencies revealed by 'the convergence of national of national laws on the matter'….
Good faith expresses not only a stat of mind, the knowledge or ignorance of a fact, but olso ' reference to customs, to an ethical rule of conduct…It thus expresses a required conduct which can be linked to the general principal of responsability.».
V. Sentence CCI N° 3131, précité, p.124

[2] . «Parmi ces principes, le plus générale sans doute celui de la bonne foi, cette exigence fondamentale de la bonne foi…se trouve dans tous les systèmes du droit, qu'il s'agisse des droits nationaux ou de droit international…Elle est bien l'essence de la lex mercatoria…la bonne foi, qui toujours présumée, doit présider à la négociation= =des contrats et à leur interprétation comme à leur exécution. La doctrine est unanime et les sentences publiées qui sont la source de droit privilégiée des arbitres le confirme, sans exception ».
V. Sentence CCI N° 5953, 1983-1986, JDI, p.1056-1063, Obs. Y.DERAINS.
أشار إليه:
M. ALMEIDA PRADO, Le hardship…Op.cit, p.216

[3] .Ibid., p.216

بينها قرار غرفة التجارة الدولية CCI في قرارها رقم 6219 السالف الذكر، أين عنوّنت أحد فقراته بـ"الالتزام بإعادة التفاوض"، وكذا قرارها رقم 2291 الذي ربط الالتزام بإعادة التفاوض بقواعد الlex mercatoria، حيث ورد فيه أنّه:"1- في أي تعامل تجاري يستند على توازن متبادل للأداءات، حيث أنَّ إنكار ذلك يجعل من العقد التجاري عقد احتمالي يقوم على التخمين والصدفة، وبهذا فإنَّ الحفاظ على توازن الأداءات على الصعيد المالي يعتبر قاعدة في إطار قانون التجار، إذْ أنَّ تحديد الثمن في جميع العقود الدولية تقريبا يتم بالنظر إلى شروط قائمة لحظة إبرام العقد، ويتغير هذا التحديد بالنظر إلى أدوات تعكس تغيرات قيَّم مختلف العناصر المكوّنة للمنتوج أو الخدمة...

2- يجب أنْ تُفسَّر الاتفاقات بحسن نية، حيث يلتزم كل طرف اتجاه الطرف الآخر بسلوك لا يضره، وأنَّ إعادة التفاوض كقاعدة عرفية في العقود الاقتصادية...

3- على الأطراف إثبات الحرص العادي والإيجابي والمعقول في الحفاظ على مصالحهم وبالأخص الحرص على عدم تقديم عروض متسرعة وغير معقولة من شأنها مفاجأة المتعاقدة الآخر"[1].

[1] . « 1-toute transaction commerciale est fondée sur l'équilibre des prestations réciproques et que nier ce principe reviendraient à faire de contrat commercial un contrat aléatoire, fondé sur la spéculation ou le hasard. C'est une règle de lex mercatoria que les prestations restent équilibrées sur le plan financier et c'est pourquoi dans presque tous les contrats internationaux, le prix conclusion du contrat et il variera en fonction de paramètres qui reflètent les variations des valeurs des différents éléments qui composent le produit ou les prestations…

2- les conventions doivent s'interpréter de bonne foi, chaque partie ayant l'obligation d'avoir à l'égard de l'autre un comportement qui ne puissent lui nuire et la renégociation raisonnable étant coutumière dans les contrats économique internationaux…

3-les parties doivent faire preuve d'une diligence normale, utile et raisonnable dans la sauvegarde de leurs intérêts, notamment en veillant à ne pas faire des offres hâtives, non raisonnées, susceptible de surprendre le cocontractant ».

V. Sentence CCI N°2291, 1975, Rec.sen.arb, de la CCI, 1974-1985, p.p.274 et 275

ويعلّق الأستاذ ALMEIDA على هذا القرار بقوله:"نلاحظ أنّه في هذه الحالات أنّ الالتزام بإعادة التفاوض يجد مصدره مباشرة في الشروط العقدية، بطريقة لا تُوحي باعتبارها كمصدر مأمول يشهد بوجود هذه القاعدة في قانون التجار"[1]، أيْ أنّ هذا الالتزام لا يُشكل بصورة صريحة قاعدة من قواعد الlex mercatoria.

غير أنَّ هذا الموقف فيه إجحاف وعدم إنصاف نظرا لما حظيَّت به فكرة إعادة التفاوض من اهتمام، بالرغم من كونها تقنية قانونية حديثة الظهور، بل إنَّ إشارة المحكمين لها في قراراتهم لدليل على تزايد أهميتها على صعيد التجارة الدولية إلى حد التنصيص عليها في إطار مبادئ الunidroit[2].

كما أنَّ أهمية فكرة إعادة التفاوض تعود إلى مرونتها بما يحفظ مصالح المتعاقدين، وهذا ما أشارت إليه غرفة التجارة الدولية في قرارها رقم 5953، بخصوص مدى اعتبار الالتزام بإعادة التفاوض التزاما بتحقيق نتيجة أو بذل عناية، وذلك بمناسبة نزاع بين مؤسسة إسبانية وأخرى أمريكية بشأن عقد توريد للوقود، ورد فيه أنّه "إذا كان الالتزام بالتفاوض لا يمثل سوى التزاما ببذل عناية، إلا أنَّه في الحقيقة قريب من الالتزام بتحقيق نتيجة...إذن هذا الالتزام التزام عقدي يقع على عاتق كل طرف، حيث أنَّ التزامهما بالتفاوض قبل هذا التاريخ من كل سداسي حول نقطة واحدة هي الثمن، بدون أنْ يكون ذلك التزاما بالوصول إلى اتفاق.

---

[1]. « Nous avons pu constater que, dans ces cas, l'obligation de négocier trouvait sa source directement dans des clauses contractuelles, de sorte qu'il n'était pas souhaitable de les considérer comme des sources optimales pour attester l'existence de cette règle dans la lex mercatoria ».
V. M. ALMEIDA PRADO, Le hardship…Op.cit, p.219

[2]. انظر المطلب الموالي من هذا المبحث.

...من جهة أخرى كانت المفاوضات حول آلية تحديد الثمن جدِّية، بحيث كانت هناك عدّة طرق مطروحة والتي لم يرد الاتفاق بشأنها، لهذا اتفق الأطراف على مفاوضات جزئية لاحقة"[1].

ويُعلق الأستاذ ALMEIDA على هذا القرار بالرغم من عدم اعترافه بوضوح باعتبار إعادة التفاوض من قواعد الlex mercatoria، بقوله:" يُمكننا ملاحظة أنّه للأطراف في إطار قانون التجار حرية تحديد سقف للمجهودات الواجب بذلها للقيام بإعادة التفاوض نتيجة تغير للظروف، بطريقة توحي بوجود التزام بتحقيق نتيجة، شريطة أنْ يتم الإشارة إليه في العقد"[2].

وترتيبا على ذلك فإنّ بإعادة التفاوض بخصوص اعتباره التزاما بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية –كما أشارت الدراسة– دفعت بعض الفقه إلى اعتباره التزاما هجينا Hybrid، وذلك بالنظر إلى أهمية المصالح العقدية الكبيرة المراد الحفاظ عليها[3]، كما أنّ مرونة فكرة إعادة التفاوض لا تقتصر على ذلك بل تتجلى أيضا من خلال عمومية الشروط التي ترد فيها كونها تتضمن الحديث عن مخاطر عامة[4].

---

[1]. « Si l'obligation de négocier ne constituait qu'une obligation de moyens, elle était en réalité très proche d'une obligation de résultat.=
=…cet engagement est donc une obligation contractuelle qui s'impose à chacune des parties. Leur obligation de négocier avant telle date de chaque semestre sur un seul point, à savoir le prix, n'est cependant pas une obligation d'aboutir.
….D'autre part, la négociation sur le mode de détermination du prix fut sérieuse et différentes méthodes furent envisagées, sur laquelle elles ne purent se mettre d'accord, si bien qu'elles aboutirent à s'en remettre à des négociations partielles ultérieures ».
V. Sentence CCI N° 5953, 1983-1986, JDI, 1990, Obs. Y. DERAINS

[2] « Nous pouvons ainsi constater que, au sein de la lex mercatoria, les parties ont l'autonomie de fixer le niveau des efforts exigés des parties pour l'accomplissement de l'obligation de négocier à la suite d'un bouleversement des circonstances, de sorte=
=que l'ont pourront envisager la validité d'une obligation de résultat, à condition qu'elle soit formellement établie dans le contrat. »
V. M. AlMEIDA PRADO, Le hardship…Op.cit, p.220

[3]. انظر الصفحة .....

[4]. انظر الصفحة.....

وبالمقابل من إشارة قرارات تحكيمية إلى أهمية فكرة إعادة التفاوض صراحة، فقد تضمنت قرارات أخرى ما يُشير إلى هذه الأهمية، وذلك بالإشارة إلى مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد.

الفرع الثاني: تغير ظروف تنفيذ العقد في إطار التحكيم التجاري الدولي.

تكتسي دراسة مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد أو اختلال توازن العقد في إطار التحكيم التجاري الدولي أهمية كبيرة لدى دراسة فكرة إعادة التفاوض، إذْ أنّ هذه الأخيرة جاءت كما أبانت الدراسة كحل لما يترتب عن مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد من اختلال للتوازن العقدي، ذلك أنَّ الاعتراف بمسألة تغير ظروف تنفيذ العقد في نطاق الlex mercatoria يُعد اعترافا للحل الوارد بشأنها في إطار هذه القواعد والمتمثل في إعادة التفاوض، حيث أنّ الأصل في العقود الدولية هو مبدأ سلطان الإرادة Pacta sunt servanda[1] أي مبدأ قدسية العقد.

كما تجدر الإشارة إلى ما لاحظه الأستاذ ALMEIDA بخصوص القرارات التحكيمية الواردة في هذا الشأن بقوله:" من الجدير ذكره أنَّه في البحث عن قاعدة مادية في قانون التجار، أنَّ العديد من القرارات التحكيمية في الحقيقة تستند إلى قوانين وطنية أو اتفاقيات دولية أو شروط عقدية، لذا يجب لدى تحليل هذه القرارات فحص ما إذا أقام المحكمون رابطة أيا كانت مع قواعد قانون التجار"[2].

وتبعا لذلك فلقد أشارت غرفة التجارة الدولية CCI إلى مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد كأحد مسائل وقواعد الlex mercatoria، حيث قضّت في قراراها رقم 4761 أنّه:"وبذلك

[1] انظر في التطور التاريخي لهذا المبدأ:
J. BARMANN, Pacta Sunt Servanda. Considérations sur l'histoire du contrat consensuel. RIDC, 1961, N°,1, 1961, P.18 et S.

[2] . « il convient de préciser que l'investigation sur l'existence d'une règle matérielle dans la lex mercatoria doit faire particulièrement attention au fait que plusieurs sentences sont en réalité fondée sur des droit nationaux, des conventions internationales ou des clauses contractuelles. Lors de l'analyse de ces sentences, il faudra alors vérifier si les arbitres ont établi un rapport quelconque avec la lex mercatoria ».
V. M. AlMEIDA PRADO, Le hardship…Op.cit, p.200

فإنّ القانون الليبي، مثله مثل بعض القوانين الوطنية الأخرى كالقانون الألماني أو السويسري أو كذلك قواعد قانون التجار...يعترف بنظرية الظروف الطارئة كمبدأ، وأنَّ مبدأ قدسية العقد Pacta sunt servanda يجد حدوده في المبدأ الأعلى لحسن النية"[1].

يتضح من خلال هذا القرار اعتراف المحكمين بمشكلة تغير ظروف تنفيذ كقاعدة من قواعد الlex mercatoria، وإنْ كان القانون الليبي هو القانون المطبق على موضوع النزاع.

كما قضى المحكم في قضية Liamco Vs Lybia بتطبيق مبدأ تغير تنفيذ العقد rebus sic stantibus، وذلك بخصوص نزاع بين شركة Liamco المدعية، والمرتبطة بعقد امتياز مع الحكومة الليبية المدعى عليها، على إثر قيام هذه الأخيرة بتأميم قطاع المحروقات، حيث ورد في هذا العقد أنّه:"يخضع عقد الامتياز هذا ويُفسّر طبقا لمبادئ القانون الليبي المشتركة مع مبادئ القانون الدولي، وفي حالة غياب مثل هذه القواعد المشتركة، فطبقا للقواعد العامة للقانون كما هي مطبقة من طرف المحاكم الدولية"[2]، ولقد ورد في القرار التحكيمي بخصوص مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد أنّه:"طبقا للقانون الدولي فإنّ مبدأ القوة الملزمة للعقود يجد له أحيانا استثناءًا من خلال"تغيُّر ظروف العقد"، وهذا يعني إعمال مبدأ القوة الملزمة للعقد متى لم تتغير الظروف التي أُبرم فيها العقد، وأنَّه في حالة تغير مثل هذه الظروف كلِّية فإنَّه من الممكن طلب والحكم بتعديلها أو إلغائها.

---

[1]. « Ce faisant, il droit libyen, à m'image d'autres droit nationaux tels le droit allemand et le droit suisse ou encore de la lex mercatoria…donne effet à le droit suisse ou encore de la lex mercatoria…donne effet à la théorie de l'imprévision qui procède du principe supérieur de la bonne foi.»
V. Sentence N°4761, 1987, JDI, 1987, p.1042 et S., Obs. S. JARVIN.

[2] . « this is concession shall be governed by and interpreted in accordance with the principles of law of lybia common to the principles of international law, and in the absence of such common principles then by and in accordance with the general principles of law as may have been applied by international tribunals. »
أشار إليه:
M. AlMEIDA PRADO, Le hardship…Op.cit, p.202

هذه الفكرة قريبة من نظرية الظروف الطارئة المعروفة في القوانين المدنية والإدارية المعروفة في بعض الدول"[1].

ولقد علّق الأستاذ ALMEIDA على هذا القرار بقوله:" يُلاحظ أنّ المحكم أقر بأنّ مبدأrebus sic stantibus يُشكل مبدأ مشتركا بين القانون الدولي وبعض القوانين الوطنية، على غرار القانون الليبي، غير أنّه في ظل عدم وجود إشارة صريحة للlex mercatoria فإنّه يثور الشك حول إذا ما كان المحكم أراد بالفعل الإقرار بوجود هذا المبدأ في ظل هذه القواعد، أم اكتفى بالتعبير بكل بساطة عن وجود هذا المبدأ في القانون الدولي العام وبعض القوانين الوطنية"[2].

ومن بين القرارات التحكيمية التي أشارت إلى هذا المبدأ قرار غرفة التجارة الدولية CCI رقم 1512 بخصوص نزاع بين بنك باكستاني وشركة هندية يربطهما عقد ضمان بنكي une grantie bancaire، والذي تأثر بفرض حالة الطوارئ في الهند وباكستان بسبب نزاعهما المسلح سنة 1965، حيث ورد في هذا القرار:"...من المتعارف عليه عالميا التفسير الضيق للاستثناء الوارد بشأن مبدأ قدسية العقد وكذا خطورته، وبدون شك فالقانونيين في مختلف

---

[1]. « Under international law, the principles binding force of treaties is sometimes restricted by the proposition of Rebus sic stantibus. This means that binding force is subject of the continuance under which treaty was concluded. If such circumstances change substantially then its modification of cancellation maybe claimed and resorted to.

This limitation is Akin to the doctrine of unforeseen events 'théorie de l'imprévision', wich is known in civil and adminstrative laws in some countries ».

أشار إليه:

M. AlMEIDA PRADO, Le hardship…Op.cit, p. 203

[2] . « Nous constatons que l'arbitre à établi que le Rebus sic stantibus constitue un principe commun au droit international et à certains droit nationaux, notamment le droit libyen. Cependant, puisqu'aucune référence explicite n'a été faite à l'égard de la lex mercatoria, des doutes subsistent sur le fait de savoir si l'arbitre a voulu effectivement reconnaitre l'existence d'une règle sur le Rebus sic stantibus dans ce domaine ou s'il a simplement exprimé la coexistence de ce principe dans le droit international public et dans certains droits nationaux »

V. M. AlMEIDA PRADO, Le hardship…Op.cit, p.203

الدول، مهما كانت آراؤهم وتفسيراتهم لمفهوم تغير ظروف العقد كسبب لعدم التنفيذ، فإنهم يتفقون على ضرورة حد تطبيق ما يُعرف بـRebus sic stantibus المشار إليه أحيانا بعبارات 'الفشل التعاقدي، قوة قاهرة، ظروف طارئة، أو بمصطلحات أخرى مشابهة' في حالات أو أسباب قاهرة تُبرره، مع الأخذ بعين الاعتبار ليس فقط معيار التغيرات الأساسية، وإنما أيضا صفة خصوصية هذه العقود ومقتضيات الصدق والعدالة وجميع ظروف القضية"[1].

غير أنّ قرار غرفة التجارة الدولية رقم 7365 الصادر سنة 1997 يُعد أكثر القرارات وضوحا وصراحة بخصوص اعتراف وتطبيق المحكمين لمبدأ Rebus sic stantibus، حيث تعلق النزاع بعقد تجهيز عسكري بين حكومتي الولايات المتحدة وإيران المبرم سنة 1977، وبعد سنتيْن أي بعد قيام الثورة الإسلامية الإيرانية سنة 1979، التي أثَّرت على تنفيذ هذا العقد، ولقد ورد في هذا القرار أنّه:"في ظل قانون العقود في كافة الأنظمة القانونية الداخلية، هناك استثناءات على القاعدة العامة pacta sunt servanda، ظهرت على خلفية أنّه من العدل والعدالة في الظروف الخاصة أنْ يُعفى قانونيا عدم تنفيذ الأداءات العقدية، وإنْ كانت مختلف الأنظمة تختلف حول نطاق الإعفاء، إلاَّ أنّها تتفق على نفس المبدأ المتمثل في وقوع بعض الأحداث غير المتوقعة التي تمس بالأداءات العقدية، بدون خطأ من المتعاقدين وخارج رقابتهم، وبذلك فإنَّ القسم 4 من مبادئ الUnidroit في المادة 6.2.3 المحددة للآثار القانونية لتغير ظروف العقد، نصت على أنّه:

---

[1]. «…il est universellement considéré comme étant d'interprétation stricte et étroite, entant que dangereuse exception au principe du caractère sacro-saint contrats. Quelle que soit l'opinion ou l'interprétation des juristes des différents pays en ce qui concerne le concept de modification des circonstances comme excuse d'une non-exécution, ils s'accordent sans doute sur la nécessité de limiter l'application de la soi-disant Rebus sic stantibus.(quelques fois visée par les expression 'frustration','force majeur', 'imprévision' et autres termes similaires) à des cas ou des raisons contraignantes le justifient, en considérant non seulement le caractère fondamental des modification, mais aussi le caractère particulier des contrats en cause, des exigences de loyauté et d'équité et toutes les circonstances de l'affaire. »
V. Sentence CCI N° 1512, précité, p.209

"إذا أقرَّت المحكمة بوجود تغير لظروف العقد فإنّه يمكن أنْ يؤدي ذلك، إذا كان معقولا إلى:

أ. إنهاء العقد في تاريخ وأجل يُحدد، أو

ب. تعديل العقد بهدف الحفاظ على توازنه.

وتبعا لذلك فإنّه طبقا لحسن النية والعدالة الاتفاقية يُمنع على أيِّ متعاقد التمسك بمبدأ قدسية العقد في حالة التغير الأساسي وغير المتوقع لظروف العقد، حيث أنّ فكرة المساس بمبدأ قدسية العقد تُعرف بعبارة clausula Rebus sic stantibus، إذْ يبقى العقد ملزما ما لم تتغير الظروف التي أُبرم فيها، ولهذا من الواضح في كل الأحوال أنّه طبقا لمبدأ Pacta sunt servanda فإنّ ليس كل تغير للظروف محل اعتبار، لهذا فإنّه نظرا لطابعه الاستثنائي فإنَّه لا يُطبق إلا إذا كان التغير أساسيا وغير متوقع، ومثل هذا الاستثناء الضيق على هذا المفهوم متعارف عليه في العديد من الأنظمة القانونية كمبدأ عام في القانون"[1].

[1] . « Under the laws of contract in all municipal legal systems exceptions to the basic notion of Pacta Sunt Servanda have been developed in the ground that in particular circumstances fairness and justice require the making of a legal excuse for non-performance of contractual promises. While the excuse concepts in different legal= =systems vary to a great extent, they are all based on largely same premise; namely, that some unforeseen development has accured affecting the contractual performance without the fault and beyond the control of the parties. For instance, subsec .4 of the Unidroit principles Art 6.2.3 setting out legal consequences of hardship states:

If the court finds hardship it may, if reasonable:

a- Terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or

b- Adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.

Moreover, from the convenant of good faith and fair dealing wich is implied in each contract follows that in case in wich the circumstances to a contract undergo said fundament change in an unforeseeable way, a party is precluded from invoking the binding effect of the contract. The idea that a change of circumstances may effect the binding force of a contract is known under the maxim clausula rebis sic stantibus: the contract remains binding that things remains unchanged. It is understood, however, that due to the fundamental principal principal of pacta sunt Servanda not any change of circumstances can be sufficient. Due to its exceptional charachter, its application is only justified if the change in circumstances was fundamental and unforeseeable. In

ويُعلق الأستاذ ALMEIDA على هذا القرار بقوله:"نلاحظ اعتراف المحكمين بمبدأ rebus sic stantibus كمبدأ عام في القانون الدولي ذو طابع استثنائي مقابل مبدأ Pacta sunt servanda، مستندين على قاعدة تغيُّر الظروف في مبادئ القانون الموحد unidroit لتحديد الآثار القانونية لتطبيقه (إنهاء العقد أو تعديله).

إذن يتعلق الأمر بالقرار التحكيمي الأول الذي يُحدد لنا مفهوم مبدأ Rebus sic stantibus وتطبيقه"[1].

غير أنّه بالمقابل إن كانت هذه المرة الأولى التي يعترف بها التحكيم التجاري الدولي بمبدأ rebus sic stantibus، فإنّه توجد قرارات تحكيمية تكشف تردد التحكيم الدولي في اعتبار هذا المبدأ قاعدة من قواعد الlex mercatoria بل وترفضه، كقرار غرفة التجارة الدولية CCI رقم 8873، والذي ذكر فيه المحكمون:" أنّ تغير ظروف العقد مبدأ استثنائي ليس مقبولا إلا في إطار الشروط العقدية...إذن لا يمكن اعتبار الأحكام الخاصة بتغير الظروف الواردة في مبادئ الUnidroit كممارسات تجارية، وذلك لتطبيق هذه المبادئ كممارسات تجارية دولية"[2].

---

such restrictive and narrow form this concept has been incorporated into so many legal systems that it is widely regarded as a general principle of law ».

CCI n° 7365, 1997, in revue de droit uniformed, n°3, 1999, p.796-799.

أشار إليه:

M. AlMEIDA PRADO, Le hardship…Op.cit, p. 204

[1] . « Nous constatons ainsi que les arbitres ont reconnu l'existence de rebus sic stantibus comme un principe général du droit international ayant un caractère tout à fait exceptionnel face à l'adage pacta sunt servanda. Par ailleurs, ils se sont appuyés sur la règle du Hardship dans les principes Unidroit pour établir le contenu des conséquences juridiques de son application (l'extinction ou l'adaptation du contrat).

Il s'agit donc de la première décision arbitrale qui procède à la fois à la définition et à l'application de u rebus sic stantibus ».

V. Ibid, p. 205

[2]. « Le hardship est un principe tout à fait exceptionnel qui n'est accepté que dans le cadre de clauses contractuelles…il est donc exclu que l'on puisse considérer les dispositions en matière de hardship contenues dans les principes d'Unidroit comme des usages du commerce; pour une application de principes comme usages de commerce international.»

V. Sentence CCI N°8873, 1997, JDI, 1998, p.1017, Obs. D.HASHER.

إلاّ أنّه يبدوا أنّه وإن كان لمثل هذا التردد ما يُبرره، إذْ وكما أشارت الدراسة إلى أنّ قيام العلاقات العقدية الدولية على أساس مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ قدسية العقد، حيث أنَّ للأطراف حرية ترتيب مراكزهم العقدية بعيدا عن الأحكام التي أقرتها القوانين الوطنية، لذا فإنَّ الاعتراف بمبدأ Rebus sic stantibus لم يتم بتلك الصيرورة الموجودة في بعض الأنظمة القانونية الوطنية؛ إلا أنَّه وكما تقدّم فإنّ القرارات التحكيمية العديدة التي اعترفت بهذا المبدأ تُبيِّن مدى تزايد أهميته، بما يُوحي ببداية قبوله في نطاق قواعد التجارة الدولية، لما تُمثله مشكلة اختلال العقد نتيجة تغير ظروف تنفيذه من عدم عدالة للمتعاقدين، علاوّة على المصالح الاقتصادية التي على المحك، وهذا ما يُشير بمفهوم التبعية إلى أنَّ الاعتراف بمشكلة تغير الظروف العقد التي تعترض حياة العقود هو اعتراف بالحلول الخاصة بها، وأهمها فكرة إعادة التفاوض.

المطلب الثاني: جهود تنظيم فكرة إعادة التفاوض.

تبرز جهود تنظيم فكرة إعادة التفاوض من خلال الجهود المبذولة لتنظيم وتقنين قواعد الـ lex Merctoria، وذلك ما يبرز من خلال قواعد أو مبادئ القانون الموحد unidroit(فرع أول)، والتي أصدرها العهد الدولي لتوحيد قواعد القانون الخاص بداية من سنة 1994[1]، وكذا قواعد القانون الأوروبي للعقود (فرع ثاني).

[1]. للتفصيل بخصوص قواعد الـunidroit، انظر المراجع التالية:
E. CHARPENTIER, les principes d'Unidroit : une codification de la les mercatoria ?, le cahier de droit civil, Vol.46, 2005, p.193; M. BACHTMBONELL, the unidroit principles and transnational law, Rev. Dr. Uni, 2002, p.199; A. GIARDINA, les principes unidroit sur les contrats internationaux, JDI, 1995, p. 597; I. VEILLARD, le caractère général et commercial des prinicpes d'unidroit relatifs aux contrats du commerce international, RDAI, N°4, 2007, p.479 ; H. VAN HOUTTE, les principes Unidroit et l'arbitrage commercial international, in ICC éd, The unidroit principles for international commercial contract, a new lex mercatoria, Paris, 1995, p. 181 et S.

وتبعا لذلك وجب دراسة نطاق تطبيقهما، وكذا كيفية معالجتهما لمشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد.

الفرع الأول: مبادئ الـ unidroit

للحديث عما يُمثله دور مبادئ الـunidroit من أهمية قانونية في سبيل الجهود المبذولة لتقنين وتنظيم فكرة إعادة التفاوض (ثانيا)، وجب التعرض ٰلى أهميتها وقيمتها القانونية من خلال دراسة نطاق تطبيقها(أولا).

أولا– القيمة القانونية لمبادئ الـ unidroit.

تتحدد القيمة القانونية لمبادئ الـ unidroit من خلال نطاق تطبيقها، حيث أنّ هذه المبادئ عبارة عن مجموعة من المواد القانونية يَعقب كل مادة منها مجموعة من التعليقات des commentaires لشرحها، وهذا ما أثار إشكالا بخصوص هذه التعليقات، إذْ يرى الأستاذ ALMEIDA أنّه:"إذا كانت صفة عمومية المواد لها ما يبررها، فإنّ ذلك لا يخلو من الانتقاد كون أنّه إذا كانت هذه المواد تحمل صفة القواعد القانونية، إلاّ أنّ تعليقاتها لا تحمل أية قيمة إلزامية بالرغم من كونها مهمة وتمثل جزءا أصيلا من المبادئ، وعلى كلٍ فأنّ هذه التعليقات لا تقدم إلا تفسيرات لما أراده واضعو القواعد المعنية من هذه الأخيرة، غير أنّه إذا حملت هذه التعليقات مستجدات بالمقارنة مع فحوى المواد يمكننا القول أنَّ تفسيرات هذه القواعد من شأنها أنْ تطرح اشكالات.

ولقد أشارت تجربة UCC[1] إلى تساؤلات بخصوص هذا الموضوع...التي وإن كانت تعترف بصفة عامة بتأثير التعليقات الرسمية على قراراتها أكثر من أي مصدر فقهي آخر إلا أنّها

[1]. قانون التجارة الموحد الأمريكي Uniform commercial code

ترفضها عندما تتعارض هذه التعليقات مع مضمون المواد وبصفة أخص عند تحمل هذه التعليقات جديدا مقارنة بمضمون النصوص"[1].

كما أنّ القيمة القانونية لمبادئ الـ unidroit تكن لدى بعض الفقه كالأستاذ Hans في التفريق الاصطلاحي بين مفهوم " المبادئ" ومفهوم " القواعد" من االناحية النظرية، إذ يقول " إنّ المبادئ القانونية هي أحكام قانونية مثلها مثل القواعد القانونية، وقد يُقال أنها تختلف عن القواعد بحكم كونها عامة، غير أنه في الواقع ومهما يكن الأمر فإنّ المبادئ القانونية تتدرج من حيث صفة العمومية وإن كان البعض منها أكثر خصوصية، والفرق الأساسي بين المبادئ والقواعد يتمثل في كون المبادئ تمنح معايير أساسية والتي يمكن أن تتعارض مع بعضها البعض في حالة تطبيقها على حالة معينة، بينما القواعد القانونية تُطبق في كافة الحالات، إضافة إلى ذلك إنّ تعارض المبادئ بعضها مع البعض يُكسب بعضها أهمية مقارنة مع البعض الآخر. علاوّة على أنّ المبادئ القانونية هي موضوع نقاش مستمر حول أساسها ونطاقها على خلاف القواعد التي في حالة تطبيقها تحدد الحالة كلية بدون أنْ يتعارض بعضها مع البعض الآخر، بحيث تُطَّبق كلية بدون إشكال"[2].

---

[1]. « Si le caractère général des articles se justifie, il n'est pas sans inconvénient, car si les articles ont la portée de règles de droit, leurs commentaires, bien qu'essentiels et faisant partie intégrante des principes, ne peuvent avoir aucune valeur obligatoire ou contraignants. En effet, ils n'offrent que l'interprétation que leurs auteurs ont voulu attribuer à la règle concernée. Ainsi, lorsque les commentaires proposent des innovations significatives par rapport au texte des articles, nous pouvons estimer que l'interprétation des ces règles pose des difficultés.
L'expérience de l'UCC en droit Américain à déjà suscité des questions sur ce sujet…, les tribunaux Américains ont généralement reconnu aux commentaires officiels une influence sur leurs décisions plus importante que celle de toute autre ouvrage doctrinal. Cependant, lorsque les commentaires s'opposaient aux textes des articles, ils ont été rejetés par les tribunaux. Egalement lorsque les commentaires ont innové par rapport aux textes des articles, ils ont été plus fréquemment refusés »
V. M. AlMEIDA PRADO, Le hardship…Op.cit, p.233

[2]. « legal principles are as good as statement of a law as are legal rules. It has been said that legal principles differ from legal rules by more general. In fact, however, legel priciples have different degrees of generality and some maybe quit specific. A

وبالرغم من كون مبادئ الـ unidroit ليست لها خصائص التشريع من حيث عنصر الإلزام إلاّ أنّ بعض الفقه كالأستاذة élise اعتبرت أنّ هذه المبادئ تعتبر تقنينا للـ lex mercatoria، حيث تتوافر على الشروط الواجبة في التقنين من الناحية الشكلية ومن الناحية الموضوعية، أي مضمون هذه القواعد؛ فمن الناحية الشكلية ترى هذه الأستاذة " أنّ تحليل العنصر الشكلي لهذه المبادئ يخلص بسهولة إلى إمكانية اعتبارها من هذا المنطلق تقنينا"[1]، أما من ناحية مضمون هذه المبادئ فتربطها هذه الأستاذة بمدى استيعابها لقواعد الـ lex mercatoria لتصل إلى أنّه "من أجل تحديد مدى تضمن المبادئ للحلول المعتمدة من قبل الـ lex mercatoria يجب مقارنتها مع هذه القواعد طبقا لقاعدة البيانات المعتمدة من قبل مركز القانون عبر الدولي لجامعة Cologne المسمساة transnational database، والذي يكشف عن تضمن جزء كبير من هذه المبادئ لقواعد الـ lex mercatoria"[2].

وتبعا لذلك فإنّ أهمية مبادئ الـUnidroit تزايدت منذ صدورها على الصعيد الفقهي، وأيضا على مستوى القرارات التحكيمية الكثيرة التي أشارت إليها كما سبقت الإشارة

---

more essentiel difference between principles and rules is that principles offer fundamental standards which maybe in conflict when applied to a specific case, while rules apply in all-or-nothing fashion. Morever, principles will receive more weignt than others. Furthermore, principles are subjet to continuouse debate on their justification and scope. A rule on the other hand, it applies, fully determinates the situation. Rule do not have to be weigned against one another they are strictly adhered to without question ».

V. H. VAN HOUTTE, Op.cit, p.184

[1] . « L'analyse de la facteur formelle des principes conduit aisément à la conclusion qu'ils peuvent êtres considérés de ce point de vue comme une codification ».

V. E. CHARPENTIER, Op.cit, p.197

[2] . «Pour déterminer dans quelle mesure les principes reflètent vraiment les solutions admise par la lex mercatoria, ceux-ci peuvent être comparé à la liste des principes et des règles de la lex mercatoria compilée par le center for transnational law=

=(université de Cologne) dans sa base de données (transnational law database) cet exercice révèle que les principes reprennent en grande partie connus de la lex mercatoria »

V. E. CHARPENTIER, Op.cit, p.199

إليه، وهذا نظرا لاتساع نطاق تطبيقها ليشمل العقود الدولية بمعناها الواسع، وهذا ما أشارت إليه المبادئ ذاتها، حيث نصت في مقدمتها على أنّه " المبادئ التالية تقدم قواعد عامة لتحكم أساسا العقود الدولية"[1].

ولقد ورد في التعليقات الواردة بشأن هذه المقدمة ما يفيد سعة هذه المبادئ، حيث قضى التعليق الأول على ما يلي: "1- العقود 'دولية':

يُمكن تحديد الصفة الدولية للعقد بطرق عدّة، فالحلول المعتمدة من قبل التشريعات الوطنية والدولية تشير إلى المقر أو الإقامة المعتادة للأطراف في دول مختلفة، أو إلى تبني معيارا أكثر عمومية كأنْ يقوم العقد على 'علاقات مهمة بين عدة دول' أو 'يفرض خيارا بين عدة تشريعات لدول مختلفة' أو 'كأن يمس مصالح التجارة الدولية'.

إنّ المبادئ لا تشير بصورة صريحة إلى هذه المعايير يجب إعطاء مصطلح عقود دولية أكبر تفسير ممكن من أجل عدم استبعاد أي مفهوم ما عدا الحالات التي لا يتوافر فيها العنصر الدولي، أي لما لا ترتبط العناصر المكوِّنة للعقد إلاّ بدولة واحدة"[2].

---

[1] . « Les principes qui suivent énoncent des règles générales propres à régir les contrats du commerce international ».
V. Principes Unidroit 2004, Op.cit, p.125

[2]. « 1- Contrats 'internationaux'.

Le caractère international d'un contrat peut être défini de très nombreuses façons. Les solutions adoptées dans les législations nationales et internationales vont des références à l'établissement ou à la résidence habituelle des parties dans différents payes, à l'adoption des critères plus généraux comme le fait que le contrat à ' des liens importants avec plus d'un état', qu'il ' impliques un choix entre les législations de différents états', ou qu'il ' affect les intérêts du commerce international'.=

=Les principes ne posent aucun des ces critères de façon expresse. Il faut toutefois donner au concept de contrats ' internationaux' l'interprétation la plus large possible, afin de n'exclure en définitive que les situations dans les quelles il n'existe aucun élément international, c'est-à-dire lorsque les éléments pertinents du contrat en question n'ont de lien qu'avec un seul pays ».

V. Commentaire N°1

كما أنّ مبادئ الUnidroit أشارت بصورة صريحة إلى أنّ صفة "التجارة" في العقود الدولية لها مدلولها الخاص، حيث نص التعليق الثاني على المقدمة على أنّه:"إنّ ضبط العقود الدولية بصفة " التجارة" لا يهدف إلى إقرار التفرقة التقليدية القائمة في بعض الأنظمة القانونية بين الأطراف أو المتعاملين على أساس "مدنيين" و"تجاريين" أي وقف المبادئ على مسألة إذا ما كان الأطراف أو المتعاملين لهم صفة التاجر أو أن العملية لها طابع تجاري، وإنّما الهدف هو استبعاد عقود الاستهلاك من نطاق تطبيق مبادئ الـ unidroit، حيث تخضع هذه العقود أكثر فأكثر إلى قواعد خاصة في مختلف الأنظمة القانونية، والتي تكون آمرة في أغلبها بهدف حماية المستهلك[1] أي الطرف الذي لم يبرم عقداً بسبب تجارته أو مهنته.

إنّ المعايير المعتمدة على الصعيد الوطني والدولي تتغير فيما يخص التفرقة بين عقود الاستهلاك وغيرها من العقود، حيث أنّ المبادئ لا تعطي تعريفا صريحا لها، وإنما تفترض إعطاء صفة التجارة مدلولا أوسع ليشمل ليس فقط العمليات التجارية الخاصة بالتوريد أو مقايضة السلع والخدمات؛ وإنما أيضا عمليات اقتصادية أخرى كعقود الاشمار و/أو الامتياز أو العقود المتعلقة بالخدمات المهنية إلخ"[2].

---

[1]. يُراد بحماية المستهلك توفير الأمان له بالمعنى الواسع، بمعنى سلامة كل شيء يتعامل معه ليس فقط اقتصاديا وإنما أيضا اجتماعيا، انظر المراجع التالية لأكثر تفصيل:
أنور أحمد أرسلان، مفهوم حماية المستهلك، بحث مقدم إلى ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، منظمة من قبل كلية الشريعة والقانون، بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 6 و7 سبتمبر1998، ص.02
عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، ط.1، الإسكندرية، 2004، ص.43
نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص.44
قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص.01
ليندة عبد الله، المستهلك والمهني: مفهومان متباينان، بحث مقدم إلى الملتقى الوطني الأول، حول حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي، المنظم من قبل معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي بالوادي، يوميْ 14و15 أفريل، (غير منشور)، ص.32

[2]. « 2- Contrats ‘ de commerce’.=
=La limitation aux ‘contrats du commerce’ ne vise en aucune façon à adopter la distinction traditionnelle qui existe dans quelques systèmes juridiques entre les parties et/ ou les opérateurs ‘civils’ et ‘commerciales’, c’est-à-dire à faire dépendre l’application des principes de la question de savoir si les parties ont le statut formel de ‘commerçants’ (merchants, kauflaute) et/ ou si l’opération à un caractère commercial, l’idée poursuivie est davantage d’exclure du champ d’application des principes ce

ثانيا– تنظيم مبادئ الـ unidroit لفكرة إعادة التفاوض.

لقد أشارت مبادئ الـunidroit بداية إلى ضرورة احترام مبدأ قدسية العقد جاعلة من مسألة تغير ظروف تنفيذه استثناءا ضيق الحدود يرد على هذا المبدأ، حيث قضت المادة 6.2.1 تحت عنوان "احترام العقد" على أنّه:"على الأطراف تنفيذ التزاماتهم حتى ولو صارت مرهقة مع مراعاة الأحكام التالية والخاصة باختلال العقد"[1].

وهذا ما أكده واضعو هذه المبادئ في التعليق الأول على هذه المادة، الذي ورد فيه:" 1– إنّ هذه المادة إقرار بكل وضوح بأنّه طبقا للمبدأ العام للقوة الإلزامية للعقد(انظر المادة1.3) فإنّه يجب الاستمرار في تنفيذ العقد أطول مدة ممكنة بدون النظر إلى التكاليف التي يتحملها المدين في سبيل ذلك، بمعنى آخر يجب احترام بنود العقد حتى ولو تعرض طرف ما إلى خسائر كبيرة بدل الأرباح المتوّقعة أو إذا لم يجدي تنفيذ هذا العقد نفعا لهذا الطرف"[2].

---

qu'on appelle 'les opérations de consommation' qui sont plus en plus soumises dans les divers systèmes juridiques à des règles spéciales, impérative pour la plupart, visant à la protection du consommateur, c'est-à-dire une partie qui conclut un contrat autrement que pour son commerce ou sa profession.

Les critères adoptés à la fois au niveau national et international varient également en ce qui concerne la distinction entre les contrats de consommation et les contrats de non-consommation. Les principes ne donne pas de définition expresse, mais l'on suppose que le concept de contrat de 'commerce' devrait être entendu dans le large possible afin d'inclure non seulement les opérations de commerce pour la fourniture ou l'échange de marchandises ou de services, mais aussi d'autre types d'opérations économiques telles que les contrats d'investissement et/ou de concession, les contrats pour des services professionnels, etc. »

V. Commentaires N°2

[1] . Art. 6.2.1 ' respect de contrat'

Les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serais devenu plus onéreuse, sous réserve des dispositions suivantes relatives au hardship.»

V. Principes d'Unidroit 2004, Op.cit, p. 161

[2] . « 1- Règles générale : Force obligatoire du contrat.

L'objectif de présent article est dire clairement que, du fait de l'existence du principe général de la force obligatoire du contrat (voir l'article 1.3), le contrat doit être exécuté aussi longtemps que cela est possible et sans se soucier de la charge que cela peut imposer au débiteur. En d'autres termes, même si une partie subit de grosses

وتبعا لذلك فإنّ مبادئ الunidroit حرصت على تأكيد قدسية مبدأ القوة الملزمة للعقد كمبدأ قانوني يحكم العقود، وذلك في مواجهة تزايد تأثير الممارسة العقدية في صياغة الأحكام العقدية، لتجعل هذه المبادئ من مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد مسألة استثنائية، وهذا ما حرص أيضا واضعو هذه المبادئ على تأكيده من خلال التعليق الثاني على هذه المادة، والذي قضى تحت عنوان "عدم الأخذ بتغير الظروف إلاّ في حالات استثنائية"

"إنّ مبدأ القوة الإلزامية للعقد ليس مبدأ مطلقا حيث أنّه لما تطرأ ظروف تؤدي إلى الاختلال الأساسي لتوازن الأداءات، مما ينتج عنه وضعية استثنائية تُسمى طبقا لهذه المبادئ باختلال العقد"، والتي تخضع للمواد التالية من هذا القسم"[1].

وكنتيجة لذلك فلقد تضمنت المادة 6.2.2 "مفهوم اختلال العقد" أو hardship، بينما تناولت المادة 6.2.3 الآثار المترتبة عنه؛ حيث قضت المادة 6.2.2 تحت عنوان "تعريف" أنّه:" نكون أمام حالة اختلال للعقد لما تطرأ أحداث من شأنها أنْ تؤدي إلى اختلال جوهري بالأداءات، سواء من خلال زيادة تكاليف تنفيذ الالتزامات، أو انخفاض قيمة مقابل الأداء،و

أ- أنّ هذه الأحداث وقعت أو علم بها الطرف المتضرر بعد إبرام العقد،

ب- لم يستطع الطرف المتضرر الأخذ بعين الاعتبار هذه الأحداث بصفة معقولة عند إبرام العقد.

ج- أنّ هذه الأحداث تخرج عن إطار رقابة الطرف المتضرر، و

---

pertes au lieu des profits escomptés ou si l'exécution n'a plus de sens pour cette partie, les clauses du contrat doivent néanmoins être respectées. »
V. Commentaire N°1

[1]. « 2. Changement de circonstances retenu seulement dans des cas exceptionnels.

Le principe de la force obligatoire du contrat n'est cependant pas un principe absolu. Lorsque surviennent des circonstances telles qu'elles entrainent une altération fondamentale de l'équilibre des prestations, elles créent une situation exceptionnelle appelée dans les présents principes ' Hardship' et régie par les articles suivants dans la présente section ».
V. Commentaire N°.2

د- أنّ الطرف المتضرر لم يتحمل تبعات هذه الأحداث"[1].

وعلاوّة على تحديدها مفهوم اختلال العقد المؤدي إلى إعادة التفاوض أشارت التعليقات الواردة بشأن هذه المادة على استقلالية وتميز هذا المفهوم عن باقي المفاهيم الأخرى، من خلال تمّيِّيزه عن مفهوم القوة القاهرة بالرغم من تشابههما، حيث قضى التعليق السادس على أنَّه:"

6- اختلال العقد والقوة القاهرة.

من خلال التعريفات المقترحة 'لاختلال العقد' والقوة القاهرة (انظر المادة 7.1.7) يمكن طبقا لهذه المبادئ اعتبار بعض الحالات حالات اختلال العقد، وفي نفس الوقت حالات قوة قاهرة، وفي هذه الحالة للطرف المتضرر من هذه الأحداث اختيار أحدهما، فإذا اختار القوة القاهرة فذلك لتبرير عدم تنفيذ التزامه؛ وإذا اختار اختلال العقد فذلك لإعادة التفاوض بشأن شروط العقد في المقام الأول من أجل استمرار وجود العقد وفق شروط معدّلَة"[2].

---

[1]. Art. 6.2.2. « Définition

il y a hardship lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le couts de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et

Que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat.

Que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération ;

Que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée, et

Que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée. »

V. principes d'Unidroit 2004, Op.cit, p. 161

[2]. « 6. Hardship et force majeure.=

=Du fait des définitions respectives du hardship et de la force majeure (voir l'article 7.1.7) il peut y avoir dans ces principes des situations du fait que peuvent être considérée en même temps. Comme des cas de hardship et de force majeure. Si tel est le cas, il appartient à la partie touchée par ces événements de décider du moyen à invoquer. Si elle invoque la force majeure, c'est pour justifier l'inexécution de s& prestation. Si elle invoque le hardship c'est en premier lieu en vue de renégocier les clauses du contrat afin de permettre au contrat de continuer à exister avec des clauses révisées. »

V. Commentaire N°. 6

غير أنّه بالمقابل حرص واضعو مبادئ الunidroit على الإشارة إلى الإطار الطبيعي لفكرة إعادة التفاوض المتمثل في كونها ممارسة عقدية يُمكن لأطراف العقد ترتيب مراكزهم العقدية من خلالها وفقا لما يتماشى ومصالحهم العقدية، لما تتسم به هذه الفكرة من مرونة، إذْ قضى التعليق السابع على المادة 6.2.2 أنّه:"

7- اختلال العقد والممارسة العقدية.

إنّ مفهوم اختلال العقد في هذه المادة يأخذ بالضرورة طابعا أكثر عمومية، وبما أنّ عقود التجارة الدولية تتضمن أحكاما أكثر دقة بهذا الخصوص، فللأطراف كنتيجة لذلك تعديل محتوى هذه المادة من أجل إقرار أحكاما خاصة إذا رأوا أنّ ذلك مناسب لعمليتهم الخاصة"[1].

وتبعا لذلك فلقد حددت مبادئ الunidroit شروط إعمال الالتزام بإعادة التفاوض في إطار الرؤية التي أقرتها الممارسة العقدية، والمتمثلة أساسا في عدم توقع الحدث المخل بالعقد واستقلاله عن إرادة المتعاقدين[2]، حيث قضى التعليق رقم 03 على ذات المادة، تحت عنوان "شروط إضافية لاختلال العقد"، أنّه:

" أ- الأحداث الطارئة أو التي تم العلم بها بعد إبرام العقد.

طبقا للفقرة أ من هذه المادة فإنّه يجب أنْ تقع الأحداث المؤدية لاختلال العقد، أو أنْ يتم العلم بها من قبل الطرف المتضرر بعد إبرام العقد، وإذا علم الطرف المتضرر بهذه الأحداث، أو كان يجدر به العلم بها عند إبرام العقد فلا يحق له التمسك باختلال العقد لاحقا.

---

[1]. « 7-Hardship et pratique contractuelle.

La définition du hardship dans le présent article revêt nécessairement un caractère plutôt général. Les contrats du commerce international contiennent souvent des dispositions beaucoup plus précises à ce propos. Les parties peuvent par conséquent estimer opportun d'adapter le teneur du présent article afin de tenir compte des caractéristiques particulière e l'opération spécifique. »
V. Commentaire N°. 7

[2]. سبقت الإشارة إلى هذين الشرطيْن.

ب–عدم استطاعة الطرف المتضرر الأخذ بعين الاعتبار هذه الأحداث بصفة معقولة.

حتى في حالة وقوع تغير لظروف العقد بعد إبرامه، فإنّ الفقرة ب من هذه المادة تِكد أنّ هذه الأحداث لا تؤسس لحالة اختلال للعقد، إذا كان بمقدور الطرف المتضرر أخذها بعين الاعتبار بصفة معقولة عند إبرام العقد.

وفي بعض الأحيان يكون تغير ظروف العقد متزايدا لكن أثره النهائي يمكن أنْ يُعتبر حالة اختلال للعقد، إلا أنَّنا لا نكون أمام حالة اختلال للعقد إذا كان تغير ظروف العقد قد بدأ قبل إبرامه ما لم يكن هذا التغير مفاجئا أثناء العقد...

ج–أحداث خارجة عن رقابة الطرف المتضرر.

طبقا للفقرة جـ من هذه المادة لا نكون أمام حالة اختلال للعقد إذا كانت الأحداث المؤدية إلى هذه الحالة غير خارجة عن رقابة الطرف المتضرر...."[1].

---

[1] . « 3. Conditions supplémentaires pour qu'il y ait hardship.

a) Les événements surviennent ou sont connus après la conclusion du contrat.

Selon l'alinéa a) du présent article les événements constituant le hardship doivent survenu ou être connus de la partie lésée après la conclusion du contrat. Si cette partie avait eu connaissance de ces événements lors de la conclusion du contrat, elle aurait pu en tenir compte à ce moment là. Elle ne pourrait pas invoquer le hardship ultérieurement.

b) La partie lésée ne pouvait raisonnablement prendre ces événements en considération.

Même si le changement de circonstances survient après la conclusion du contrat l'alinéa b) du présent article précise que ces circonstances ne peuvent constituer une situation, du hardship si la partie lésée avait pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement les prendre en considération…

Parfois le changement de circonstances est progressif, mais le résultat final de ces changements progressifs peut constituer un cas de hardship. Si le changement= =commence avant la conclusion du contrat, il n y aura pas de hardship à moins que le changement ne soit spectaculaire au cours de l'exécution du contrat…..

c) Événements qui échappent au contrôle de la partie lésée.

En vertu de l'alinéa c) du présent article, un cas de hardship ne peut survenir que si les événements qui constituent le hardship échappent au contrôle de la partie lésée.»

V. Commentaire N°. 3

وتبعا لما تقدم يتضح أنّ مبادئ الunidroit قد حرصت على إبراز شروط إعمال فكرة إعادة التفاوض ممثلة في عدم توقع الأحداث واستقلاليتها عن إرادة المتعاقدين، لكن ليس تماما بالصورة التي جاءت بها الممارسة العقدية، أيْ من خلال شروط إعادة التفاوض، كالشرط الذي قضى بأنّه:" في حالة تغير النظام الاقتصادي أو المالي كما هو عليه في 01 جانفي 1998 بطريقة غير متوقع في 01 جانفي 1998..."[1]، أو كالشرط الذي قضى بأنّه:" يتفق الأطراف على أنّه طيلة مدة تنفيذ هذا العقد فإنه من الممكن أنْ تتغير الظروف التقنية والاقتصادية تغيرا جوهريا ودائما...خارجة عن رقابة الأطراف وغير متوّقعة عند إبرام العقد..."[2].

وترتيبا على ذلك يتضح من خلال المادة 6.2.2 سابقة الذكر أنّه بالمقارنة مع الأمثلة من شروط إعادة التفاوض، أنّ مبادئ الunidroit تُفَصّل في مسألة توقيت وقوع الأحداث المخلة بتوازن العقد، حيث تثور إشكالية بخصوص حالة ما إذا وقعت هذه الأحداث قبل أو أثناء عملية إبرام العقد والتي نصت عليها هذه المادة مما لا يميزها عن مفهومي الغلط والغبن[3].

كما أنّه بالمقابل تختلف مبادئ الunidroit عما أقرته الممارسة العقدية من خلال شروط إعادة التفاوض بعد تنظيمها لطبيعة الأحداث المخلة بالتوازن العقدي، والتي تؤدي بالنتيجة إلى إعادة التفاوض[4]، ولعل ذلك يُفسَّر كما يبدو من خلال إشارة هذه المبادئ ذاتها- كما تقدَّم- إلى ترك الحرية للمتعاقدين في تكيِّيف أحكام هذه المبادئ وفق مصالحهم العقدية، حيث يندرج السكوت عن تنظيم طبيعة الأحداث المخلَّة بتوازن العقد على أنّه ترك للأطراف حرية تنظيم هذه المسألة؛ على أنَّ مبادئ الunidroit وإنْ لم تُشر إلى طبيعة الأحداث المخلة بتوازن العقد فقد أشارت إلى أثر هذه الأحداث على العقد من خلال عبارة

[1] . سبقت الإشارة إلى هذا الشرط.
[2]. سبقت الإشارة إلى هذا الشرط.
[3] . M. ALMEIDA PRADO, Le hardship…Op.cit, p. 235 et 236.
[4]. لقد أشارت الدراسة إلى طبيعة هذه الأحداث من خلال التعرض إلى المخاطر العامة والمخاطر الخاصة، انظر الصفحة.....

"...لما تقع أحداث من شأنها أنْ تؤدي إلى إخلال جوهري بالأداءات"، وذلك من خلال 'الزيادة في تكاليف تنفيذ الالتزامات' أو 'انخفاض قيمة مقابل الأداء'؛ غير أنّ بعض الفقه لاحظ بعض التناقض بين ما ورد في فحوى هذه المادة وبين ما ورد في التعليقات الخاصة بها في هذا الخصوص[1]، إذْ يرى الأستاذ FONTAINE أنّ:"مفهوم اختلال العقد يقوم على أساس اختلال توازن الأداءات، حيث أنّ هذا الأساس لا يُمثل سوى أحد مظهريُ الظاهرة، إذْ أنّ المظهر الآخر يتمثل في فقدان العقد لأي قيمة اقتصادية بالنسبة لأحد أطرافه بدون اختلال توازنه بالضرورة، وهذا ما لم تشر إليه المادة على خلاف التعليق الذي تضمن عدة تلميحات لذلك، وعليه من شأن هذا النقص في المادة أن يُؤدي إلى طرح إشكالات عند تطبيق هذه الأحكام"[2].

وتبعا لذلك فقد اقترح بعض الفقه كالأستاذ ALMEIDA إعادة مراجعة وتعديل مبادئ الunidroit بخصوص هذه المسألة لعدم تماشيها والممارسة العقدية[3].

---

[1]. لقد أشار التعليق الثاني الوارد على المادة 6.2.2، كما المادة، إلى الاختلال الجوهري للأداءات العقدية ثم لّمّح إلى إمكانية اختلال العقد بدون أنْ يتم الإخلال بهذه الأداءات، حيث ورد فيه:" إنّ الانخفاض الكبير لقيمة الأداءات أو الانعدام الكلي لهذه القيمة يمكن أنْ يعود إما إلى تغيرات أساسية في ظروف السوق (مثل أثر الارتفاع الكبير للتضخم على الثمن المتفق عليه في العقد)، وإما إلى انعدام غاية العقد (مثل أثر منع البناء على قطعة أرضية مخصصة لذلك البناء)، أو آثار الحظر الحكومي على تصدير سلعة بغرض تصديرها لاحقا)"

« La forte diminution de la valeur ou la perte totale de tout valeur des prestations peuvent être dues soit à des modifications radicales des conditions du marché (par exemple l'effet d'une hausse spectaculaire de l'inflation sur un prix convenu au contrat) soit à la disparition de la finalité du contrat (par exemple l'effet d'une interdiction de construction sur un terrain acquis pour y construire ou l'effet d'un embargo sur les exportations de marchandises en vue de leur exportation ultérieurement) »

[2] . « La notion de hardship se trouve trop axée sur l'équilibre des prestation, qui n'est que l'une des deux hypothèses du phénomène. L'autre hypothèse, celle ou le contrat perd tout son utilité économique pour l'une des partie, sans être nécessairement déséquilibré, n'est pas visé par le texte, bien que le commentaire y fasse plusieurs allusions. Cette insuffisance de texte risque de provoquer des contestations quand à l'application en pareil cas des dispositions en cause. »

أشار إليه: M. ALMEIDA PRADO, Le hardship…Op.cit, p. 239

[3] . M. ALMEIDA PRADO, Le hardship…Op.cit, p.239

غير أنّه بالرغم من هذا الاختلاف تظل مبادئ الunidroit إحدى أهم الخطوات المهمة جدا لتنظيم وتقنين فكرة إعادة التفاوض بإخراجها من إطار الممارسة العقدية إلى إطار قانوني تنظيمي[1].

وعلاوّة على ما تقدم لم تكتف هذه المبادئ بتحديد مفهوم اختلال توازن العقد وشروطه بل حددت الآثار المترتبة عن ذلك، والمتمثلة أساسا في إعادة التفاوض، إذْ نصت المادة 6.2.3، تحت عنوان " الآثار"، على أنّه:

1- للطرف المتضرر في حالة اختلال توازن العقد طلبْ مباشرة إعادة التفاوض على أن يكون هذا الطلب مسببا و أنْ يقدم بدون تأخير كبير.

2- ليس بمقدور الطرف المتضرر وقف التزاماته بمجرد تقديم الطلب.

3- في حالة عدم اتفاق الأطراف في أجل معقول، لكل طرف حق اللجوء إلى المحكمة.

4- يُمكن للمحكمة في حالة إقرارها بوجود حالة اختلال العقد، إذا ما رأت معقولا:

أ-إنهاء العقد في التاريخ ووفقا للشروط التي تحددها، أو

ب-تعديل العقد بهدف الحفاظ على توازن الأداءات"[2].

---

[1]. B. FOUAD, Op.cit, p.152

[2] . «Art. 6.2.3. Effets

1- En cas de hardship, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociation. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée.

2- La demande ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution des ses obligation.

3- Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre partie peut saisir le tribunal.=

=

4- Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship peut, s'il estime raisonnable :

a) Mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ; ou
b) Adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations. »

يتضح من خلال هذه المادة أنّ الحل الأمثل لمواجهة مشكلة اختلال توازن العقد يتمثل في إعادة التفاوض، الذي يجب أنْ يتم وفق مبدأ حسن النية الذي أكدت عليه المبادئ في مواد أخرى، ليأتي بعدها دور المحكمة في حالة فشل عملية إعادة التفاوض في الوصول إلى اتفاق بشأن تعديل العقد، إذْ يُمكنها إما أن تقضي بإنهاء العقد أو بتعديله متى كان ذلك ممكنا، على أن بعض الفقه قد عارض مسألة اللجوء إلى المحكمة أساسا بدعوى أنّ فكرة إعادة التفاوض نشأت في الأصل نتيجة سعي متعاملي التجارة الدولية إلى تفادي الحلول الوطنية، ومن ثمَّ تفادي اللجوء إلى المحاكم[1].

إلا أنّه بالرغم من الانتقادات التي تم توجيهها لمبادئ الunidroit بخصوص فكرة إعادة التفاوض، إلا أنّها تظل أحد أهم وسائل تقنين الlex mercatoria، بل إنّ أهميتها تتعدى ذلك كونها تُعد كما حاول إبرازه واضعو هذه المبادئ نموذجا حتى للقوانين الداخلية في إطار جهود توحيد القانون الخاص، كما نص عليه التعلق الثالث الواردة على مقدمتها تحت عنوان "المبادئ والعقود الوطنية المبرمة بين الأشخاص الخاصة"، والذي ورد فيه:"علاوّة على أنَّ المبادئ وضعت من أجل عقود التجارة الدولية فإنّ ذلك لا يمنع الأشخاص الخاصة الاتفاق على تطبيقها على عقد وطني مع خضوعه إلى القواعد الآمرة للقانون الداخلي المنظِّم للعقد"[2].

الفرع الثاني: مبادئ القانون الأوروبي للعقود.

V. Principes d'Unidroit 2004, Op.cit, p.195

[1]. M. ALMEIDA PRADO, Le hardship…Op.cit, p. 243

[2]. « 3- les principes et les contrats nationaux conclus entre personnes privées.

Bien que les principes soient conçus pour des contrats du commerce international, rien n'empêche des personnes privées de s'entendre pour appliquer les principes à un contrat national. Tout d'accord de ce type serait cependant assujetti aux règles impératives de la loi interne régissant le contrat. »

V. Commentaire N°. 3

لقد ظهرت مبادئ القانون الأوروبي للعقود نتيجة الجهود المبذولة من قبل القانونيين في أوروبا[1]، من أجل توحيد قواعد قانون العقود في الفضاء الأوروبي (أولا)، حيث حاولت هذه المبادئ تنظيم مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد(ثانيا).

أولا– نطاق تطبيق مبادئ القانون الأوروبي للعقود.

جاءت مبادئ القانون الأوروبي للعقود نتيجة جهود اللجنة الأوروبية للعقود، والتي تضم مجموعة من الباحثين والأساتذة من مختلف دول أوروبا تحت رئاسة الأستاذ Ole LANDO حيث ظهرت أول نسخة من هذه المبادئ باللغة الإنجليزية سنة 1995، ثم تلتها النسخة الفرنسية سنة 1998[2]، غير أنّ فكرة هذه المبادئ تعود إلى سنة ،1974 وبدأ العمل بها سنة 1981 ومازال إلى اليوم، إذْ جاءت هذه الفكرة كما عبّر عنها الأستاذ Lando استجابة "للحاجة إلى قاعدة مشتركة لقانون العقود، وذلك كأساس لقواعد مشتركة تحكم جوانب خاصة من العقود والتي هي في تزايد ملحوظ"[3].

إلاّ أنّه بالمقابل فإنّ مبادئ القانون الأوروبي للعقود المعبر عنها اختصارا PDEC، ليست المشروع الوحيد في إطار توحيد قواعد قانون العقود، إذْ توجد بجانبه جهود أخرى لتوحيد قواعد هذا القانون كمشروع الإطار المرجعي المشترك le projet de cadre commun des

---

[1] . R. HOUIN, pour une codification européenne du droit des contrats et des obligations, in « études juridique offertes à Léon Julliot de LA MORANDIERE, DALLOZ, 1964, 223 et S. ;
B. OPPETIT, droit commun et droit européen, in « l'internationalisation du droit », Mélange en l'honneur d'YVON LOUSSOUARN, 1994, p. 311 et S.; C. WITZ, plaidoyer pour un code européen des obligations, D., N°.5, 2000, p.79 et S.; M. OUDIN, un droit européen…pour quel contrat ?, RIDC, 2007/3, p. 475 et S.

[2]. D. TALLON, les travaux de commission Lando, in ' L'harmonisation de droit des contrats en Europe', sous la direction de CH.JAMIN et D. MAZEAUD, économica, 2001, p.119; B. FAUVRAQUE-COSSAN, droit européen et international des contrats : l'apport de la codification doctrinales, R.D, 2007, N°2, p. 99

[3]. « Il ya besoin d'une infrastructure communautaire au droit du contrat pour servir de fondement aux règles communautaires qui gouverne des espèces spécifiques du contrat, en augmentation constante ».
أشار إليه: D.TAllON, les travaux…Op.cit, p.119 et 120

les principes contractuels communs (PCCR)، والمبادئ العقدية المشتركة références (PCC)[1]، إضافة إلى أعمال لجنة المكسب المشترك l'acquis communautaire المعد من قبل طرف مجموعة البحث في القانون الخاص المشترك الساري المفعول le groupe de recherche sur le droit privé communautaire[2]، والتي اهتمَّت بتجميع التوجيهات الأوروبية المبدئية الخاصة بالعلاقات العقدية[3].

غير أنَّه وبالرغم من هذه الجهود العديدة المبذولة من أجل توحيد قانون العقود في أوروبا، إلاّ أنَّ مبادئ القانون الأوروبي للعقود تظل أهم هذه الخطوات مقارنة بغيرها، حيث يشير الأستاذ Denis بخصوص تأثر باقي مشاريع توحيد هذا القانون بمبادئ القانون الأوروبي للعقود أنّه"بصفة عامة...نشير إلى أنّ المبادئ العقدية المشتركة المحررة من طرف مجموعة فريق جمعية CAPITANT ومؤسسة التشريع المقارن وفيَّة في جانب كبير منها لروح، إنْ لم يكن لفحوى مبادئ القانون الأوروبي للعقود، كما أقرته لجنة Lando، بالرغم من بعض التعديلات والحذف والإضافات الموجودة هنا وهناك، والسبب في بقاء واضعي المبادئ العقدية المشتركة أوفياء للخيارات السياسية والتقنية الكبرى لمبادئ Lando بسيط يتمثل في أنَّه قد تجلى لهم أنَّه مع مرور الوقت اكتسبت مبادئ القانون الأوروبي للعقود شرعية كبيرة جدا وشأنا كبيرا جدا لدى الوسط القانوني الأوروبي"[4].

---

[1]. انظر في المقارنة بين هذه المشاريع:
D. MAZEAUD, Principes du droit européen du contrat, projet de cadre commun de référence, principes contractuels communs, RTD. Européen, 2008, p.723

[2]. C. AUBERT DE VINCELLES, la recherche d'une cohérence en droit européen de l'acquis communautaire d'un droit européen des contrats, in 'droit Européen du contrat et droit des contrats en Europe, quelles perspectives pour quel équilibre ?', Colloque organisé par le centre d'étude en droit des affaires et des contrats CERDAC le 19 Septembre 2007, Litec, p.7

[3]. انظر فيما يخص التوجيهات الأوروبية وأثرها في توحيد قانون العقود:
C. AUBERT DE VINCELLES, Double harmonisation du droit européen des contrats, instrument optionnel et directives cadre, RTD. Européen, 2001, p.621

[4]. « D'une manière générale…, en précisera que les principes contractuels communs rédigés par le groupe association CAPITANT/ société de la législation comparée sont,

وعلاوّة على ذلك أيضا تبرز أهمية مبادئ القانون الأوروبي للعقود في عمومية نطاقها مقارنة بالجهود والمشاريع الأخرى، كالكسب المشترك l'acquis communautaire، حيث ترى الأستاذة Carole بخصوص المشاكل التي تعترض هذه الأخيرة أنَّ"آخر الإشكالات والأهم بكل تأكيد بين كل الإشكالات، يتعلق بنطاق البحث في الكسب المشترك الذي يتضمن في جانب كبير منه قواعد قانون الاستهلاك، فكيف يمكن تعميم قانون حمائي خاص بفئة محددة من المتعاقدين؟"[1].

ولقد جاءت مبادئ القانون الأوروبي كما هو الحال بالنسبة لمبادئ unidroit عبارة عن مواد قانونية متبوعة بمجموعة من التعليقات بالنسبة لكل مادة، وذلك تأثرا بمبادئ القانون الأمريكي المسماة Restatement، غير أنّ الفرق بين هذه المبادئ يكمن في أنَّ الrestatement تعكس قواعد القانون في أمريكا الشمالية، في حين أنّ مبادئ القانون الأوروبي جاءت مكملة أو مضافة إلى قواعد القانون هدفها تجاوز التشريعات الوطنية من أجل إقرار قواعد متناسقة تصلح لأن تكون أساسا للقانون الأوروبي مستقبلا[2].

---

dans une assez large mesure fidèle à l'esprit sinon à la lettre des principes du droit européen des contrats tels qu'il avait été conçu par la commission Lando, même si certains modifications, suppressions et ajouts sont intervenus ici et là, la raison pour laquelle il a semblé opportun, aux rédacteurs de PCC (principes contractuels communs), de rester fidèle aux grandes options politiques et techniques des principes Lando est au fond assez simple. Il leur est en effet apparu qu'avec le temps les PDEC (principes du droit Européen des contrats) avait acquis une très forte légitimité et très grandes autorité dans la communauté juridique européenne »

V. D.MAZEAUD, principes…Op.cit, p.723

كما اختار الأستاذ Bénidicte في مقاله المُشار إليه مبادئ القانون الأوروبي، كأحد أهم جهود توحيد القانون الخاص في أوروبا إلى جانب مبادئ الـunidroit بعد إشارته إلى جميع المشاريع المطروحة على المستوى الأوروبي، والتي تدخل فيما أسماه التقنينات الفقهية، انظر:

B. FAUVARQUE-COSSAN, Op.cit, p. 96 et S.

[1] . « La dernière difficulté, et certainement la plus importante d'entre toute, concerne le champ d'investigation de l'acquis communautaire qui comprend, pour une grande partie, le droit de la consommation. Comment généraliser un droit protection d'une catégorie particulière de contractants ».

V. C. AUBERT DE VINCELLES, La recherche…Op.cit, p. 97

[2]. B. FAUVARQUE-COSSAN, Op.cit, p. 97

وتبعا لذلك جاءت المادة 1.101 من مبادئ القانون الأوروبي للعقود مصرحة على أنّها عبارة عن تقنين للlex mercatoria أوربية، حيث قضت تحت عنوان "تطبيق المبادئ" أنّه:"

1-تُطبق هذه المبادئ كقواعد عامة لقانون العقود في الإتحاد الأوروبي.

2-تُطبق هذه المبادئ إذا اتفق الأطراف على إلحاقها بعقدهم أو بإخضاعه لها.

3-يُمكن تطبيق هذه المبادئ إذا الأطراف:

أ* اتفقوا على إخضاع عقدهم إلى المبادئ العامة للقانون أوlex mercatoria أو عبارة مشابهة.

ب* إذا لم يختاروا نظاما أو قواعد قانونية تحكم عقدهم.

4-يمكن للمبادئ تقديم حلا للنزاع المطروح، إذا لم يكن نظام أو قواعد القانون الواجب التطبيق كافية لذلك"[1].

ويرى الأستاذ Jaque RAYNARD تعليقا على ذلك أنَّ"المبادئ-القانون الأوروبي- تشكل صيغة حديثة للlex mercatoria...فإذا كانت المبادئ ذات توجه لحكم العقود الدولية(أين نجد أنَّ البعد ليس أوربيا فقط)، فإنَّ تأثيرهم على قانون العقود الداخلية جد

[1]. Art. 1.101 « Application des principes.

1- Les présents principes sont destinés à s'appliquer en tant que règles générales du droit des contrats dans l'union Européenne.

2- Ils s'appliquent lorsque les parties sont convenues de les incorporer à leur contrat ou d'y soumettre celui-ci.

3- Ils peuvent recevoir application lorsque les parties

a) Sont convenues que leur contrat serait régi par 'les principes généraux du droit', ' la lex mercatoria' ou une expression similaire;

b) Ou n'ont pas choisis de système de règles de droit devant régir leur contrat.

4- Ils peuvent, en cas d'insuffisance du système ou de règles de droit applicables, procurer la solution de la question posée. »

مؤكد، إذْ هدف واضعي هذه المبادئ مزدوج، وضع مجموعة من القواعد في خدمة الأطراف المتعاقدة، والمحاكم القضائية والتحكيمية، وكمثال للتشريعات الوطنية في الأجل الطويل".[1]

وبالمقابل فقد حظيت مبادئ القانون الأوروبي بقبول فقهي، وذلك بوضعها في نفس الخانة مع مبادئ الـunidroit؛ حيث يرى الأستاذ TALLON بخصوص تأثير هذه المبادئ، أنّه"إذا كان أمرا اعتباطيا تقديم فرضيات عن تأثير نصٍ–مبادئ القانون الأوربي– لم يكتمل بعد، فإنه يمكننا الاستعانة بالقبول الذي حظيت به مبادئ الـunidroit فكما نعلم أنّها قد تقدّمت ولاقت إلى حد ما اعتراف بها"[2]، بل إنّ بعض الفقه قد جمع بين هذه المبادئ و مبادئ الـunidroit من حيث الأهداف، حيث يرى الأستاذ Bénidicte "أنَّ هذه التقنيات – unidroit وPDEC– جد متقاربة، حيث تسعى إلى تحقيق نفس الأهداف على المستوى الدولي والأوروبي، مثل:

– تسهيل التجارة الدولية أو تعزيز وحدة السوق، بفضل قاعدة عامة ترتكز عليها الأحكام المتميزة المشتركة الخاصة بالعقود،

– تشكيل قانون نموذجي يكون مصدر إلهام للمشرعين (الأمر الواقع بالنسبة لعدد من المشرعين الوطنيين والإقليميين)، وكذا بالنسبة للقضاة.

---

[1]. « …les principes revendiquent ‘ formulation moderne de la lex mercatoria’…Si les principes ont donc vocation à gouverner les contrats internationaux (où l’on voit que l’enjeu n’est plus seulement européen), leur influence sur le droit des contrats internes et tout autant affirmé. En effet, la visée des rédacteurs de ce texte est double: élaborer un corps des règles immédiatement à la disposition des parties contractantes, tout come des tribunaux judiciaires ou arbitraux ; à plus long termes, inspirer les législateurs nationaux. »

V. J. RAYNARD, les principes du droit européen du contrat : une lex mercatoria à la mode européenne, RTD.civ, 1998, p.1007

[2] « il est certes hasardeux de se livrer à des hypothèses sur l’impact d’un texte qui n’est pas encore terminé. Mais en peut s’aider en se référant à l’accueil qu’a été fait aux principes Unidroit qui ont pris, on le sait, une certaine avance, et donc déjà obtenus certaine reconnaissance. »

V. D. TALLON, les travaux…Op.cit, p.122

- خلق رابط اتصال بين النظام القانون المدني ونظام القانون الموحد، ووضع حجر الأساس لقانون أوروبي مستقبلي، وحتى عالمي للعقود؛
- منح الأطراف في العقود الدولية إمكانية اختيار قانون جديد ومحايد؛
- منح المحكمين صيغة حديثة للlex mercatoria "[1].

وترتيبا على ذلك فإنّ أهمية مبادئ القانون الأوروبي للعقود تظهر من خلال جهود توحيد قواعد قانون العقود في أوروبا بالرغم من وجود اختلافات كبيرة بين الأنظمة القانونية[2]، وخصوصا بين نظاميْ القانون المدني والقانون الموَّحد[3]، ولعلَّ أهم النقاط المدرجة في إطار هذه المبادئ تلك المتعلقة بتنظيم مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد، منه تنظيم فكرة إعادة التفاوض، بحيث يظهر جليّا محاولة تجاوز الحدود بين قانون التجارة الدولية والقوانين الداخلية، كما هي محاولة لتجاوز الحدود بين الأنظمة القانونية الداخلية فيما يخص هذه المسألة.

---

[1]. « Ces codifications, très proches l'une de l'autre, poursuivent les mêmes objectifs à l'échelon international ou européen, à savoir:
-facilité le commerce international ou renforcer le marché unique grâce à une infrastructure générale sur laquelle pourront s'appuyer les mesures communautaires particulières en matière de contrat ;
-constituer une loi-modèle, source d'inspiration pour les législateurs (déjà elles ont inspiré de nombreux législateurs nationaux et même régionaux) ainsi que pour les juges.
-servir de lien entre la tradition civiliste et celles de common law et poser ainsi les premiers pierres d'un futur code européen voir mondial des contrats :
-offrir aux parties à des contrats internationaux la possibilité de choisir une nouvelle loi, neutre ;=
=-procurer aux arbitres une formulation moderne de la lex mercatoria. »
V. B. FAUVARQUE-COSSAN, Op.cit, p.97

[2]. سيتم التعرض إلى الوضع القائم بخصوص الأنظمة القانونية الوطنية أو الداخلية فيما يخص مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد، والتطور الحاصل بشأنها في ذلك في المبحث الموالي.

[3]. انظر بخصوص نظرة كلاً من قانونيي النظامين – القانون المدني والقانون الموَّحد- إلى مبادئ القانون الأوروبي:

- H.BEAl, La commission Lando : le point de vue d'un common lawyer, in 'Harmonisation du droit des contrats en Europe', Op.cit, p.123 et S.
- D. MAZEAUD, La commission Lando : le point de vue d'un juriste français, in 'Harmonisation du droit des contrats en Europe', Op.cit, p. 140 et S.

ثانيا– تنظيم مبادئ القانون الأوروبي للعقود لفكرة إعادة التفاوض.

لقد نظَّمت المادة 6.111 من مبادئ القانون الأوروبي للعقود مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد، ومسألة إعادة التفاوض كحل أساسي لها، حيث قضت: "

1- كل طرف ملزم بتنفيذ التزاماته ولو صار تنفيذها جد مرهق، سواء بزيادة تكاليف هذا التنفيذ أو انخفاض قيمة مقابل الأداء.

2- غير أنّه يقع على عاتق الأطراف الالتزام بمباشرة المفاوضات بغية تعديل عقدهم أو إنهائه، إذا صار هذا التنفيذ مرهقا لدرجة لا تُحتمل من طرف أحدهم بسبب تغير ظروف العقد،

أ– التي وقعت بعد إبرام العقد،

ب– التي لا يمكن أخذها بعين الاعتبار لحظة التعاقد بصفة معقولة،

ج– والتي لا يمكن للطرف المتضرر تحملها وفقا للعقد.

3- وفي حالة عدم اتفاق الأطراف في أجل معقول، يُمكن للمحكمة:

أ– إنهاء العقد في الأجل ووفقا للشروط التي تحددها؛

ب– تعديل العقد بطريقة توَّزَع فيها الخسائر والأرباح الناتجة عن تغير الظروف بعدالة بين الأطراف.

وفي كلتا الحالتيْن يُمكن للمحكمة الحكم بالتعويض جبرا للضر الحاصل لأحد الأطراف نتيجة رفض الطرف الأخر للتفاوض، أو وقفه له بسوء نية"[1].

---

[1]. Art.6.111 : Changement de circonstances.

1- Une partie est tenue de remplir ses obligations, quand bien même en serait devenue plus onéreuse soit que le cout de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué.
2- Cependant, les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elles en raison d'un changement de circonstances.

وترتيبا على ذلك فإنه بالمقارنة مع مبادئ الunidroit، فإنَّ مبادئ القانون الأوروبي للعقود تتفق معها في التأكيد على مبدأ القوة الملزمة للعقد، كما تتفق كلا المجموعتيْن من المبادئ على تفضيل فكرة إعادة التفاوض كحل أمثل لمشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد واختلاله، غير أنَّ وجه الاختلاف بينهما يكمن في أنّ مبادئ القانون الأوروبي للعقود يعتد بالأحداث التي تقع بعد إبرام العقد، وليس كما في مبادئ الunidroit، التي تعتد بتلك التي تقع قبل إبرام العقد؛ كما تميزت مبادئ القانون الأوروبي للعقود بإقرارها لحق المحكمة بفرض تعويض عن الضرر الناتج عن رفض إعادة التفاوض أو وقف عملية إعادة التفاوض بسوء نية ، وذلك من أجل التأكيد على رغبة واضعي هذه المبادئ في فرض هذه الفكرة كحل لاختلال العقد في مرحلة تنفيذه.

كما أنّ مبادئ القانون الأوروبي تعد أكثر النصوص شمولا فيما يخص تنظيم اختلال توازن العقد أثناء تنفيذه مقارنة بالجهود والمشاريع الأخرى كالمبادئ العقدية المشتركة PCC ومشروع الإطار المرجعي المشتركPCCR ، حيث يرى الأستاذ Denis أنّه"بما أنَّ المشاريع الثلاثة المقارن بينها– PDEC،PCC،PCCR – بالرغم منم اختلاف الأطر التي ترد فيها، تبنت واجب حسن النية بشقيه المختلفين (التضامن والتعاون)، فإنَّه من غير المفاجئ أنْ تتبنى كلها مراجعة العقد لظروف طارئة، مما يُبرز بعدها الاجتماعي؛ مع الإشارة إلى أنَّ مقتضيات العدالة العقدية التي يبرزها تبني مراجعة العقد لظروف طارئة لم يتم إعمالها بنفس المستوى في هذا المشاريع.

---

a- Qui est survenu après la conclusion du contrat,
b- Qui ne pouvait être raisonnablement pris en considération au moment de la conclusion du contrat.
c- Et dont la partie lésée n'a pas à supporter le risque en vertu le contrat.

3- Faute d'accord des parties dans un délai raisonnable, le tribunal peut.
a- Mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe;
b- Ou l'adapter de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et les profits qui résultent du changement de circonstances.

Dans l'un et l'autre cas, il peut ordonner la réparation du préjudice que cause à l'une des parties le refus par l'autre de négocier ou sa rupture de mauvaise foi des négociation ».

فمن الواضح بخصوص مبادئ القانون الأوروبي للعقود أنَّ مراجعة العقد في حالة تغيُّر الظروف تَّمَ التوسع في اعتمادها من أجل حماية المتعاقد المتضرر"[1].

كما أنَّه بالمقابل فإن جهود تنظيم فكرة إعادة التفاوض لم تقتصر على الصعيد القانوني الأوروبي فلقد سعت منظمة الـ OHADA[2] على المستوى الإفريقي إلى إقرار نموذج قانوني للعقود، حيث نصت مبادئها تحت قسم"اختلال الظروف" على فكرة إعادة التفاوض، والتي جاءت مواده موافقة لما أقرّته مبادئ الـUnidroit، إذْ نصت المادة 6/23 من مبادئ الـ OHADA على أنَّه:"نكون أمام اختلال لظروف العقد عندما تقع أحداث تُخل جوهريا بتوازن الأداءات سواء من خلال زيادة تكاليف تنفيذ الالتزامات أو انخفاض قيمة مقابل الأداء،و

أ- أنّ هذه الأحداث وقعت أو علم الطرف المتضرر بها بعد إبرام العقد،

ب- لم يستطع الطرف المتضرر أنْ يأخذها بصفة معقولة بعين الاعتبار عند إبرام العقد.

ج-هذه الأحداث تخرج عن إطار رقابة الطرف المتميز،

د- أنَّ الطرف المتضرر لم يتحمل تبعات هذه الأحداث"[3].

---

[1] . « Puisque les trois projets comparés ont tous, en dépit du statut différent dont ils le dotent, consacré le devoir de bonne foi dans ses deux variantes (loyauté, coopération), il n'est pas très étonnant qu'ils admettent tous la révision du contrat pour imprévision, ce qui témoigne de leur dimension sociale, Reste que à y regarder de plus près, l'impératif de la justice contractuelle qu'exprime l'admission de la révision pour imprévision n'est pas célébré avec la même intensité.

Dans les principes du droit européen du contrat, il est clair que la révision du contrat en cas de changement de circonstances est assez largement admise dans un souci de protection du contrat en difficulté ».

D. MAZEAUD, Principes…Op.cit, p. 733.

[2]. OHADA هي اختصار لـ Organisation pour l'harmonisation en Afrique de droit des affaires.=

=لم يتم تناول الجهود المبذولة من طرف هذه المنظمة في إطار هذه الدراسة رغم أهميتها لضعف عدد الدول المنضوية تحت لوائها، كما هو موضح على موقعها الرسمي على الانترنت www.ohada.com

[3]. Art. 6/23 « Définition.

كما نصت المادة 6/24 من ذات المبادئ على آثار اختلال العقد، حيث جاءت مطابقة لمقتضى المادة 6.2.3 من مبادئ الUnidroit، والتي تقضي بمباشرة إعادة التفاوض بغيُّة تعديل العقد أو إنهائه؛ وفي حالة عدم وصول الأطراف إلى اتفاق بشأن ذلك فللمحكمة أن تقضي بإنهاء العقد أو تعديله.

وتبعا لما تقدّم يتضح الاهتمام الذي حظيت به فكرة إعادة التفاوض من قبل النصوص الدولية الحديثة الرامية لتقنين قواعد الlex mercatoria، مما يُشِير إلى اعتبار هذه الفكرة قاعدة من قواعد هذه الأخيرة، وذلك كحل أنسب لمشكلة اختلال توازن العقد بسبب تغير ظروف تنفيذه، مما يدفع إلى التساؤل عن مدى التطور الحاصل بشأن هذه الفكرة في القوانين الداخلية بعد القبول الدولي لها.

المبحث الثاني: نحو تبني فكرة إعادة التفاوض في التشريعات الداخلية.

بعد قبول فكرة إعادة التفاوض في إطار مبادئ الUnidroit، ومبادئ القانون الأوربي للعقود وانتقالها من إطار الممارسة العقدية من خلال شروط إعادة التفاوض والممارسة التحكيمية من خلال فرض الالتزام بإعادة التفاوض، إلى إطار التنصيص القانوني الدولي، فإنَّ التطور الحاصل لهذه الفكرة يدفع إلى التساؤل عن مدى إمكانية تبني التشريعات الداخلية لها في إطار قانون العقود.

Il y a bouleversement des circonstances lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et

a) Que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat,

b) Que la partie lésée n'a pu lors de la conclusion du contrat raisonnablement prendre de tels événements en considération ;

c) Que ces événements n'ont pas été assumés par la partie lésée. »

V. Principes OHADA sur son site web officiel : www.OHADA. com.

وتبعا لذلك فإنَّ دراسة تطور فكرة إعادة التفاوض في إطار التشريعات الداخلية يستدعي قبل الوقوف إلى ما وصلت إليه هذه الفكرة(مطلب ثاني)، التعرض إلى المعوِّقات القائمة في طريق توظيفها في إطار النظرية العامة للعقد(مطلب أول).

المطلب الأول: معوِّقات تبني فكرة إعادة التفاوض.

يُمكن حصر المعوِّقات التي تحد من تبني فكرة إعادة التفاوض في مسألتيْن أساسيتيْن، الأولى تتعلق بالقوانين الداخلية، حيث تتفاوت نظرة هذه التشريعات في تنظيم مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقود(فرع أول)، أما المسألة الثانية تتعلق بطبيعة فكرة إعادة التفاوض كخيار اقتصادي[1] يتيح للمتعاقدين القدرة على تجاوز مشكلة اختلال العقد بأنفسهم بينما تميل التشريعات الداخلية إلى تضييق الحرية التعاقدية (فرع ثاني).

الفرع الأول: تفاوت التشريعات الداخلية في تنظيم مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد[2].

إنَّ مما يُعيق تبني فكرة إعادة التفاوض كمبدأ عام يُنظم مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد، تفاوت التشريعات في تنظيمها لهذه المسألة بين منكر لها كالقانون الفرنسي (أولا)، ومعترف بها كالقانون الجزائري(ثانيا)، والقانون الانجليزي(ثالثا)، والقانون الألماني (رابعا)[3].

أولا– في القانون المدني الفرنسي.

إنَّ الأصل الذي يقوم عليه القانون المدني الفرنسي[4] يتمثل في عدم اعترافه بنظرية للظروف الطارئة كمبدأ عام يحكم العقود في إطار القانون المدني، وذلك تأثرا بمبدأ سلطان

---

[1]. سيتم التعرض إلى أهمية العنصر الاقتصادي في الإطار القانوني في المطلب الموالي.

[2]. تستبعد هذه الدراسة التفصيل في التنظيم التشريعي لمشكلة تغير ظروف العقد في القوانين الداخلية، مكتفية بعرض الجوانب ذات الصلة فقط بإعادة التفاوض حيث تحتاج دراستها إلى إفرادها بدراسات مستقلة.

[3]. لقد أشارت الدراسة إلى أنَّ من أهم أسباب استحداث فكرة إعادة التفاوض كآلية لمعالجة مشكلة تغير الظروف، نفور متعاملي التجارة الدولية من الحلول التي أقرّتها التشريعات الوطنية، وذلك لتفاوتها في تنظيم هذه المسألة.

[4]. فيما يخص التطور التاريخي للموقف القانوني من نظرية الظروف الطارئة في النظام الفرنسي، انظر:
جاك غستان، المطوَل في القانون المدني، مفاعيل العقد وآثاره، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ص.364

الإرادة pacta sunt servanda وقدسية العقد[1]، والذي تضمنته المادة 1134 ف1وف2، والتي نصت على أنَّه:" الاتفاقات المبرمة بطريقة صحيحة تقوم مقام العقد بالنسبة إلى عاقديها.

ولا يُمكن إلغاؤها إلا باتفاق مشترك للمتعاقدين أو للأسباب التي يُقررها القانون"[2]، وهذا ما كرسته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهيرcanal de craponne سنة 1876، والذي ورد فيه:" لا يجوز للمحاكم الأخذ بعين الاعتبار الزمن والظروف لتعديل اتفاقات الأطراف، وذلك مهما بدى قرارهم عادلا"[3].

وتبعا لذلك يتضح عدم اعتراف القانون المدني الفرنسي بنظرية للظروف الطارئة ولا بمشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد كقاعدة عامة، مكتفيا بإقرار بعض الاستثناءات التشريعية نظرا لظروف الحربيْن العالميتيْن[4]، إضافة إلى بعض الاستثناءات القضائية[5]، مما استتبع معه تردد فقهي في قبول أو رفض هذه النظرية[6].

B. FAUVARQUE-COSSON, le changement de circonstances, in 'Colloque durée et contrat', R.C, 2004/1, p.69; H. BEN SLIMA, le temps et le contrat, R.J.L, N°5, année 40, 1998, p.10

5. M.L. CARTIER et O. AKYUREK, crise économique et révision des contrats: une approche pratique des règles applicables, GDP, N°165, 2009, p.2

[2]. Art.1134 Alé. 1 et 2 : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qu'ils ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.»

[3]. «Il n'appartient pas aux tribunaux, quelque équitable que puissent leur paraitre leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties.»

أشار إليه:

B. FAUVARQUE-COSSON, le changement…Op.cit, p.67

وانظر كذلك في مناقشة هذا القرار:

D. MAZEAUD, L'arrêt canal moins, R.D, 2010, p.2481

[4]. انظر في هذه الاستثناءات، كلا من:

جاك غستان، مفاعيل العقد...مرجع سابق، ص.368 وما بعدها

J-L. MOURALIS, Imprévision, Rep.civ.D, 2003, p.7 et p.12

[5] . يتمتع القضاء المدني في النظام الفرنسي بدور مهم بخصوص الاختلال الاقتصادي للعقد، انظر:

B. OPPETIT, le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français, in 'le rôle du juge en présence des problèmes économiques', travaux de l'association de H. CAPITANT, T.22, 1970, p.185 et S.

[6] . I. DE LAMBERTERIE, Op.cit, p.224 et 225; CH. SOUCHON, contrats de droit privé, in ' les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles', Op.cit, p.16 et S.

وبذلك فإنَّ رفض التعديل القضائي للعقد يُتيح للأطراف القدرة على تعديل عقدهم باعتباره أداة للتوقع، ممَّا يسمح بإدراج شروط إعادة التفاوض[1] إلى جانب شروط التعديل الأخرى[2]، وهذا تحت إطار المقول الشهير للأستاذ Fouillée:"من يقول تعاقديا يقول عادلا"[3]، مما يعني أنَّه لا مجال لإعادة التفاوض ما لم يرد شرط يقضي به.

وبالمقابل من ذلك فإنَّ القانون الإداري الفرنسي قد اعترف بنظرية الظروف الطارئة منذ قرار مجلس الدولة الشهير Gaz de Bordeaux الصادر في 24 مارس 1916 الخاص بارتفاع أسعار الوقود[4]، حيث يترتب عن تطبيق هذه النظرية أحد الآثار التالية: منح التعويض، أو إنهاء العقد، أو فرض مفاوضات جديدة تحت رقابة القاضي الإداري[5].

وأمام هذا الوضع غير المتسق في القانون الفرنسي، علَّقت الأستاذة Bénédicte على هذه المسألة القديمة الجديدة بقولها:" إنَّ رفض التعديل لظروف طارئة المقرر سنة 1876 بمقتضى قرار قناة Craponne يُشكل جزءا من تراثنا الجماعي الذي يُفاجئ القانونيِّين خارج فرنسا والذين لا زالوا يؤكدون بهذا الخصوص على أصالة القانون الخاص الفرنسي، فبالرغم من التحولات الاقتصادية والقانونية والسياسية والاجتماعية، وبالرغم من الانتقادات الموَّجهة لقاعدة تصنف على أنَّها قديمة، وبالرغم من عدم التناسق بين الحل المقرر للعقود المدنية والتجارية والحل الذي يبدو مخالفا المقرر للعقود الإدارية، وبالرغم من المناداة بالأخذ بالقوانين الآتية من الخارج، وبالرغم بالأخص من عدم الاستقرار المطَّرد الذي يمس الاقتصاد والحياة السياسية والآداب والقانون، إلاَّ أنَّ هذا الحل بقي صامدا تحت راية المادة 1134 من القانون المدني"[6].

---

[1] . M.L. CARTIER et O. AKYUREK, Op.cit, p. 3

[2]. F. PETIT et M-H. DELLANDER, droit des contrats, 4éme , Archetype 82, Paris, 2013, p.106.

[3] . «Qui dit contrat dit juste.»

أشار إليه: محمد حمدي إسماعيل، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، (بدون طبعة، بدون سنة نشر)، ص.11

[4]. أشار إليه:

F.HAUT, contrats administratifs, in « les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles », Op.cit, p.41.

[5]. M . ALMEIDA PRADO, le Hardship…Op.cit, p.27

[6]. « L'interdiction de la révision pour imprévision consacrée en 1876 par l'arrêt canal de Craponne, fait partie de notre mémoire collective. Elle surprend les juristes étrangers qui ne manquent pas de relever, à cet égard, l'originalité de droit privé

وتبعا لما تقدم يُمكن استخلاص أنَّ فكرة إعادة التفاوض في ظل القانون المدني الفرنسي لا تجد لها تطبيقا سوى في حالة ورود شرط عقدي يقضي بها، كما أنَّه يُمكن تطبيقها في حالة العقد الإداري، كأثر لإعمال نظرية الظروف الطارئة، إذا ما رأى القاضي الإداري توافر شروط هذه النظرية، حيث تُباشر هذه المفاوضات تحت رقابته، ممَّا يجعلها أكثر فاعلية مقارنة بتلك التي قد تُباشر قبل اللجوء إلى القضاء الإداري.

ثانيا– القانون الجزائري.

لقد نص المشرع الجزائري على نظرية للظروف الطارئة في نص المادة 107 ق م ج[1]، التي نصت على أنَّه:" يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.

ولا يقتصر على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف بحسب طبيعة الالتزام.

غير أنَّ إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أنَّ تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإنْ لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث تهدده خسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفيْن أنْ يرد الالتزام إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

يتضح من خلال هذه المادة الخروج الواضح عن مبدأ القوة الملزمة للعقد[2] الوارد في نص المادة 106 ق م ج، إذْ يرى الأستاذ محمد صبري السعدي أنَّه كان من الأجدر عدم إدراج

---

français. En dépit des transformations économiques, juridiques, politiques, sociales, en dépit des critiques exprimées à l'encontre d'une règle qualifiée d'archaïque, en dépit de l'incohérence qui consiste à retenir une solution pour les contrats civils et commerciaux et une autre, en apparence contraire, pour les contrats administratifs, en dépit des appels à s'inspirer des droits venus d'ailleurs, en dépit, surtout, de l'instabilité chronique qui affecte l'économie, de la vie politique, les mœurs, le droit, cette solution à survécue sous la bannière de l'article 1134 du code civil. »
V. B. FAUVARQUE-COSSON, le changement…Op.cit, p. 67

[1]. جاءت المادة 107 فـ3 مطابقة لنص المادة 147 فـ2 ق م م، وستقتصر الدراسة لما له علاقة بإعادة التفاوض في العقد، للمزيد من التفصيل في نظرية الظروف الطارئة، انظر المراجع التالية:
عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج.1، المجلد الثاني، مرجع سابق، ص. 707
نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص. 287
عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص. 23 وما بعدها.

[2]. علي فيلالي، مرجع سابق، ص. 371

الفقرة رقم 03 الخاصة بالظروف الطارئة في المادة 107، وإنما إلحاقها بالمادة 106 المتعلّقة بالعقد شريعة المتعاقدين[1].

وتبعا لهذه المادة فإنَّه في حالة توافر شروط نظرية الظروف الطارئة ،من عمومية للحدث وعدم توقعه واستقلاله عن إرادة المتعاقدين، إضافة إلى وقوعه بعد إبرام العقد[2]، جاز للقاضي التدخل من أجل إعادة التوازن للعقد، غير أنَّ هذه السلطة الجوازية الممنوحة للقاضي طبقا لبعض الفقه[3] تتعارض مع هدف المشرع من تبني نظرية الظروف الطارئة، أين جعل كل اتفاق على مخالفتها باطلا، ممَّا يجعل القاضي ملزما بتعديل العقد[4]، حيث تتعلق أحكام هذه النظرية بالنظام العام ممَّا يُمنع معه على أطراف العقد سواء كان داخليا أو دوليا–إذا كان خاضعا للقانون المدني الجزائري–إدراج شروط إعادة التفاوض[5].

وعلى خلاف هذا الوضع فقد أقرَّ المشرع الجزائري تعديل العقود الإدارية ممثلة في الصفقات العمومية من خلال الاتفاق المشترك بين أطراف هذه الصفقات، حيث نصت المادة 64 ف1 وف2 من المرسوم الرئاسي 10-236[6] بخصوص الأسعار المتفق عليها في الصفقات العمومية على أنَّه:" يُمكن أنْ يكون السعر ثابتا أو قابلا للمراجعة.

عندما يكون السعر قابلا للمراجعة يجب أنْ تحدد الصفقة صيغة أو صيغ مراجعته، وكذلك كيفيات تطبيق هذه الصيغة أو الصيغ الخاصة بالمراجعة ضمن الشروط المحددة في المواد من 67 إلى 71 أدناه"، ونصت المادة 65 من ذات المرسوم على انَّه:" يُمكن قول تحيِّين الأسعار التي يُحدد مبلغها طبقا للمادة 66 من هذا المرسوم، إذا كان يفصل بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة، أجل يفوق مدة تحضير العرض زائد ثلاثة (3) أشهر، وكذلك إذا تطلبت الظروف الاقتصادية ذلك.

---

[1]. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص.304

[2]. انظر في هذه الشروط، كلا من:
عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص. 48 وما بعدها
محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 305 وما بعدها.

[3]. مثل الأستاذ علي فيلالي

[4]. علي فيلالي، مرجع سابق، ص. 378

[5]. N-E, TERKI, les clauses de force majeure et de hardship…Op.cit, p.11

[6]. المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن لتنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، ج.ر.ع 58، سنة 2010

يُمكن للمصلحة المتعاقدة أنْ تُحَيِّنَ أسعار صفقة مبرمة حسب إجراء التراضي عند انقضاء أجل صلاحية السعر المنصوص عليها في التعهد، الذي يفصل بين تاريخ توقيع المتعاقد على الصفقة وتاريخ التبليغ بالشروع في تقديم الخدمة...."

كما نصت المادة 66 ف1 من ذات المرسوم على أنَّه:"إذا ورد في الصفقة بند ينص على تحيِّين الأسعار، فإنَّ تطبيق هذا البند يتوقف على الشروط الآتية:

يُمكن تحديد مبلغ التحيِّين إما بطريقة إجمالية وجزافية وباتفاق مشترك، وإما بتطبيق صيغة مراجعة الأسعار إذا نصت الصفقة على ذلك."

تبعا لذلك يتضح أنَّ المشرع الجزائري قد أشار إلى إعادة التفاوض في الصفقات العمومية من خلال عبارات كالاتفاق المشترك، بند المراجعة، وذلك وفق شروط محددة تضمنها المرسوم السابق الذكر.

يتضح من خلال ما تقدم عدم إمكانية تطبيق فكرة إعادة التفاوض في ظل الوضع الحالي لقواعد نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، المنصوص عليها في المادة 107 باعتبار أنَّ هذه القواعد من النظام العام التي لا يجوز مخالفتها على خلاف قواعد القانون الإداري التي تسمح بذلك في حدود معينة.

ثالثا– القانون الإنجليزي.

بالرغم من اعتراف القانون الانجليزي بمبدأ قدسية العقد[1]، وعدم تضمنه لقاعدة عامة لمعالجة تغير الظروف[2]، فلقد ابتدع القضاء الإنجليزي حلا متميزا وخاصا به فيما يخص مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد[3] ، تتمثل في نظرية الفشل التعاقدي the frustration، حيث عرفها اللورد radcliffe على أنَّه "نكون أمام نظرية الفشل التعاقدي لما يُقر القانون أنَّه لا يمكن تنفيذ التزام

[1].Y.M. LAITHIER, l'incidence de la crise économique sur le contrat dans les droit de common law, RDC, 2010/1, p.408

[2]. M. MEKKI, hardship et révision des contrats, SDE, 2010, p. 2296

[3]. R. DAVID, les contrats en droit Anglais, L.G.D.J, Paris, 1985, p.306; J. BELL, Rapport Anglais, in 'le contrat aujourd'hui, Op.cit, p.243; H. BEN SLIMA, Op.cit, p.58

عقدي بدون خطأ من أحد المتعاقدين، بسبب أنَّ الظروف التي كان يجب أنْ يُنفَذ طبقا لها هذا الالتزام جعلته مختلفا تماما عن الالتزام الذي تضمنه العقد"[1].

وتبعا لذلك فإنَّ مناط نظرية الفشل التعاقدي هو الاختلاف الجذري الذي يمس الالتزامات العقدية، حيث أنَّ هذا المفهوم لا يجد له نظيرا في القوانين الأخرى كالقانون الفرنسي، وإنْ كانت العديد من الحالات التي تغطيها نظرية الفشل التعاقدي تتشابه مع الحالات التي يُعالجها مفهوم القوة القاهرة في نظام القانون المدني civil law[2]، حيث من بين شروط هذه النظرية الاستحالة القانونية والمادية[3].

ويُلخص الأستاذ Ralph مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد في القانون لإنجليزي بقوله:" إنَّ المبدأ العام الذي يقوم عليه القانون الإنجليزي يتمثل في كون الالتزامات العقدية مطلقة، حيث ليس للمحاكم سلطة تعديل شروط عقد بهدف تصحيح الاختلال الذي تسبب فيه وقوع أحداث غير متوقعة، غير أنَّ هناك استثناء يُنْهى فيه العقد في حالة تطبيق الفشل التعاقدي، حيث طبقا لهذه النظرية يُمكن فسخ العقد إذا طرأت بعد إبرامه حوادث جعلت من تنفيذ الأداءات أمرا غير قانوني، أو مستحيلا، أو غير مجدٍ من الناحية القانونية...

إذن من الواضح أنَّ نظرية الفشل التعاقدي تُطبق لما تقع حوادث تجعل من التنفيذ مختلفا تماما عما تم توقعه في العقد، كما أنَّ القرارات اللاحقة– أي القرارات القضائية اللاحقة عن

---

[1]. « Frustration occurs whenever the law recognizes that without defaule of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in wich performence is called for would rende rit at a thing radically different from that wich was undertaken by the contract ».

أشار إليه:

D. PHILIPPE, Le changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle, Bruxelle, Bruyllant, 1986, p.333

وانظر كذلك:

O. MORETEAU, droit anglais des affaires, DALLOZ, 374 et S.

[2]. D. PHILIPPE, Le changement de circonstances...Op.cit, p.333

[3]. بخصوص شروط إعمال نظرية الفشل التعاقدي انظر:

R. DAVID, Op.cit, p. 304 ; D. PHILIPPE, le changement…Op.cit, p. 374 et S.

تلك المؤسِسَة لهذه النظرية– تُشير إلى أنَّ نطاق هذه النظرية لم يُوَّسع ليشمل الحالات التي تؤدي فيها حوادث غير متوقعة إلى تنفيذ مرهق لأحد الأطراف"[1].

وتبعا لذلك فإنَّ القانون الإنجليزي، مثل القانون الفرنسي، يجعل من مبدأ القوة الملزمة للعقد أصلا ومبدأ عاما بينما نظرية الفشل التعاقدي الاستثناء، والتي يبدو أنها لا تعالج نفس الفرض الذي تعالجه فكرة إعادة التفاوض، إذْ تواجه هذه الأخيرة فرض التنفيذ المرهِق للالتزامات، بينما تواجه نظرية الفشل التعاقدي فرض الاختلاف الجذري في تنفيذ الالتزامات، مما يؤدي إلى القول بعدم إمكانية تطبيق فكرة إعادة التفاوض في ظل نظرية الفشل التعاقدي بين الحقوق المحصَّلة وتلك غير المحصَّلة[2].

غير أنَّه بالمقابل يمكن أنْ تجد فكرة إعادة التفاوض تطبيقا لها في القانون الإنجليزي إذا ما ورد شرط عقدي يقضي بها إذْ ليس هناك في القانون الإنجليزي ما يمنع من إدراج مثل هذه الشروط العقدية التي تنظم مرحلة تنفيذ العقد[3].

رابعا– القانون الألماني[4].

---

[1]. « Le principe général sur lequel le droit Anglais est fondé est que les obligations contractuelles sont absolues. Les cours n'ont pas le pouvoir de modifier les clauses d'un contrat en vue de rectifier le déséquilibre entrainé pas la survenance d'événements inattendus. Il existe une exception dans le cas où le contrat prend fin par application de la doctrine 'Frustration'. Selon cette doctrine, un contrat peut être résolu si, après sa conclusion, surviennent des événements qui rendent l'exécution des prestations illégales, impossible ou commercialement stérile…

Alors qu'il est clair que la 'Frustration' s'applique quand surviennent des circonstances rendent l'exécution, radicalement différente de celle qui était prévue au contrat, les décisions postérieures montrent que cette doctrine n'a pas été étendue aux espèces où des événements imprévus rendent l'exécution simplement plus onéreuse pour l'une des parties. »

V. R. WYNNE-GRIFFITHS, rapport national sur l'Angleterre, in 'les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles', Op.cit, p. 143

[2]. للتفصيل أكثر بخصوص آثار الـ Frustration، انظر:

J. BELL, op.cit, p. 246 et S.

[3]. R. WYNNE-GRIFFITHS, Op.cit, p. 151

[4]. انظر في تطور القانون المدني الألماني:

C. WITZ, chronique de droit civil Allemand, RTD.civ, 1994, p.443 et S.

يقوم القانون الألماني ابتداءً على ضرورة احترام القوة الملزمة للعقد[1]، غير أنَّ الفقه سجل عدَّة نظريات لمعالجة مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد[2]، إلاَّ أنَّ أهم هذه النظريات التي ابتدعها الفقه وكرَّسها القضاء الألماني تتمثل في نظرية انهيار أساس العقد[3]، التي اقترحها الفقيه Oertmann، حيث تتلخص هذه النظرية في "إمكانية فسخ العقد بسبب تغير الظروف لما تتبدد توقعات وافتراضات الأطراف حول التطور العام للأشياء، عما كنت عليه عند إبرام العقد"[4].

كما أنَّ مفهوم الأساس العقدي لم يكن محل ضبط مما جعل منه مفهوما مرنا اتسع ليشمل ليس فقط الأحداث الطارئة بل امتد ليشمل مفهوم الغلط والسبب بما يقابله في القانون الفرنسي[5]، حيث يقول الأستاذ Denis "لقد ابتدع القانونيون الألمان نظرية 'انهيار الأساس التعاقدي' التي تسمح في حالة انهيار الأساس العقدي بتعديل التزامات الأطراف المتعاقدة أو أحيانا إنهاء العقد حيث تقوم هذه النظرية على تعريف جد واسع، مما جعلها محل عدة تطبيقات فضائية والتي تُغطي العديد من الافتراضات التي تم تناولها في نظامنا القانوني في إطار زاوية مختلفة تماما"[6].

---

[1]. R. SPARWASSER, les modifications du contrat rapport Allemagne, in 'les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles', Op.cit, p. 124

[2] . من بين هذه النظريات clausula rebus sic stantibus ونظرية الافتراض la théorie de présupposions المقترحة من قبل الفقيه winddheid، انظر في ذلك:

D.PHILIPPE, le changement…Op.cit, p.216 et S.; R. SPARWASSER, Op.cit, p.124 et 125

[3]. تستعمل بعض المراجع القانونية المصطلح الأصلي المتمثل في: Leher der Geschoftsgrundlage

[4]. « Une résolution du contrat pour changement de contrat est possible lorsque les prévisions et suppositions (Erwartungen, Vorstellungen, Annahmen) des parties telles qu'elles existaient lors de conclusion du contrat, sur l'évolution générale des choses sont déçues ».

V. R. SPARWASSER, Op.cit, p. 125

[5]. P. ANCEL, la théorie du fondement contractuel et son intérêt pour le droit français, R.C, 2006/3, p.897

[6].« Les juristes Allemands ont développé l'institution du 'Wegfall der Geschaftsgrundlage' qui, permet, en cas de disparition de la base contractuelle, de modifier les obligations des parties contractantes, ou parfois, de dissoudre le contrat. Cette théorie dotée d'une définition très large, à fait l'objet de nombreuses= =applications jurisprudentielles. Celle-ci couvrent de nombreuses hypothèses de fait que, dans notre système juridique, sont envisagées sous un angle tout à fait différent.»

وتبعا لما تقدم فإنَّ الأثر المترتب على تطبيق نظرية 'انهيار أساس العقد' كقاعدة عامة تعديل العقد، أما الاستثناء فهو فسخ وإنهاء العقد[1]، غير أنَّ دور القاضي لدى غالبية الفقه فيما يخص تعديل العقد لا يتعدى الإشراف ومراقبة عملية تعديل العقد من قبل المتعاقدين[2].

كما أنَّه بالمقابل فإنَّ القانون الألماني يسمح للأفراد بإبرام عقد جديد يحل محل العقد القديم، وذلك وفق إطاريْن إما ما يُسمى بعقود التعديل أو ما يُسمى عقود التجديد، كما أنّه ليس هناك ما يمنع من إدراج شروط إعادة التفاوض في العقود، حيث يرى الأستاذ Ralph بخصوص هذه الشروط أنَّه " يُمكن تعريف الالتزام بإعادة التفاوض الذي يُمثل محل مثل هذا النوع من الشروط، على أنَّه التزام أطراف عقد بتعديله بسبب ظروف جديدة عن طريق الاتفاق والتفاوض معا من أجل هذه الغاية، وإذا كان القانون الألماني B.G.B لا يعرف هذا النوع من الالتزامات، إلا أنَّ ذلك لم يمنع الممارسة العملية من استعمال هذه الشروط استجابة إلى حاجة جد واقعية، خاصة في العقود طويلة الأجل"[3].

من خلال ما تقدم يتضح أنَّ التفاوت التشريعي في معالجة تغير ظروف تنفيذ العقد من خلال فرض حلول متباينة أدى إلى تفاوت في تطبيق هذه الفكرة إلى حد نفيها تماما في بعض الأنظمة القانونية[4]، مما يؤدي إلى القول إلى عدم تشكيلها لمبدأ عام في ظل التشريعات الداخلية المنظمة للعقد.

كما أنَّه مما يُعيق تطبيق فكرة إعادة التفاوض في إطار هذه التشريعات الفلسفة التي يقوم عليها قانون العقود كما يُبيِّنه الفرع الموالي.

V. D. PHILPPE, le changement…Op.cit, p. 215

[1]. Ibid., p.294

[2]. R. SPARWASSER, Op.cit, p. 131

[3]. « L'obligation de renégocier le contrat, qui est l'objet de ce genre de clauses, peut se définir comme l'obligation des parties à un contrat existant d'adapter ce contrat à des circonstances nouvelles par voie d'accord et de négocier ensemble à cette fin. Le B.G.B ne connait pas ce genre d'obligation, mais cela n'a pas empêché la pratique d'utiliser ces clauses, répondant à un besoin tout à fait réel, surtout dans les contrats de longue durée.»

V. Ibid., p. 139

[4]. لقد حاولت بعض الدراسات جمع الحلول الوطنية في نفس الخانة من حيث دراستها في إطار شروط إعمالها، انظر في ذلك:

H. ZAUGG, Op.cit, p. 12 et S.

الفرع الثاني: التوجيه التعاقدي كعائق لفكرة إعادة التفاوض.

يبدو أنَّه من أكبر ما يعيق تبني فكرة إعادة التفاوض في التشريعات الداخلية لقانون العقود ما تتسم به هذه التشريعات من توجيه عقدي dirigisme contractuel[1]، إذْ وكما أشارت الدراسة فإنَّ فكرة إعادة التفاوض تقوم على أساس ترك مهمة تجاوز الآثار المترتبة عن تغير ظروف تنفيذ العقد إلى عاقديه ذاتهم عن طريق التفاوض، بمعنى أنَّ مناط عملية إعادة التفاوض هو إرادة الأطراف، غير أنَّه إذا كان ذلك له ما يُبرره في إطار عقود التجارة الدولية على أساس الحرية الكبيرة الممنوحة لأطراف هذه العقود في ترتيب مراكزهم العقدية، فإنَّ الوضع في القوانين الداخلية الخاصة بقانون العقود مُغاير، إذْ تميل هذه التشريعات إلى تقييد إرادة الأطراف في هذا المجال، وفي أحسن الأحوال إقرار هذه التشريعات ما أقرته إرادة المتعاقدين عند إبرام العقد بخصوص إعادة التفاوض، أي شرط إعادة التفاوض، كما هو الحال بالنسبة للقانون الفرنسي مثلا على خلاف القانون المدني الجزائري كما تقدم.

ويأتي موقف التشريعات الداخلية نتاج تطور نظرتها إلى مبدأ سلطان الإرادة من الإطلاق إلى التقييد، إذْ أنَّ إطلاق مبدأ سلطان الإرادة Pacta sunt servanda بررته دواعي استقرار المعاملات[2]، حيث استند هذا الموقف على اعتبارات فلسفية واجتماعية تتمثل في المذهب الفردي[3]؛ ذلك أنَّ قداسة العقد وفقا لهذا الموقف لا تشمل فقط عاقديه بل تمتد إلى كلٍ من المشرع والقاضي[4]، ولا حدود لهذه النظرة إلا فيما يخص مسائل عيوب الإرادة، أو ما يتعارض مع النظام العام والآداب العامة، أو حماية للقاصر فيما يخص قواعد الأهلية[5].

إلا أنَّ تطور الحياة الاقتصادية والتكنولوجية وسَّعت الهوَّة بين المساواة القانونية والمساواة الفعلية الواقعية بين المتعاقدين، والتي بُنِي مبدأ سلطان الإرادة على افتراض تقارب هذيْن النوعيْن

---

[1]. لقد تم اقتباس هذا المصطلح من مقالة الأستاذيْن Michel و Daniel، انظر:
M. ARMAND-PREVOST et D. RICHARD, le contrat déstabilisé, S.J, N°27, 1979, p.5

[2]. علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، رسالة ماجيستير في القانون الخاص، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان الجزائر، 2007، ص.27

[3]. جاك غستان، المطوَل في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط.1، سنة 2000، ص.47 و48

[4]. علاق عبد القادر، مرجع سابق، ص.14

[5]. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد 1، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ص.158

من المساواة، فأخذت التشريعات كأثر لذلك في التضييق أكثر فأكثر من مبدأ سلطان الإرادة، فاسحة المجال أمام المشرع والقاضي التدخل على حساب الإرادة العقدية، حماية لأحد الإرادتيْن أو حماية لمصالح أحد المتعاقدين[1]، حيث يُتصوّر أنْ يتمتع أحد المتعاقدين بنفوذ اقتصادي يُقوّي مركزه نتيجة الاحتكار[2] أو تركيز المشروعات الاقتصادية[3] مثلا.

ولعل من أبرز مظاهر تقييد حرية الأطراف في ظل قانون العقود فيما يُمكن ربطه بإعادة التفاوض[4] يتمثل في نظرية الظروف الطارئة أو ما يقابلها في الأنظمة القانونية المختلفة كما تقدم، وكذا الشروط التعسفية، حيث يُتصوَّر أنْ يُملي أحد المتعاقدين إرادته على المتعاقد الآخر، إذا ما ورد شرط إعادة تفاوض في العقد[5].

---

[1]. انظر في هذا المعنى المتمثل في اختلال العقد كلا من:
محمد إبراهيم سليم، التسلط الاقتصادي وأثره على التوازن العقدي، دار المطبوعات الجامعية، ط.1، الإسكندرية، 2007
C. SAINT- ALARY-NOUIN, les contrats déséquilibrés, T.1 et T.2, PUAM, 2000

[2].انظر فيما يخص تعريف الاحتكار المراجع التالية:
أيسر فؤاد، حرية المنافسة ومنع الاحتكار في نطاق سياسة الاقتصاد الحر، بحث مقدم إلى برنامج الحماية القانونية للنشاط الاقتصادي، صادر عن المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، القاهرة مصر، 2002، ص.11
أمل محمد شلبي، الحد من آليات الاحتكار، دار الجامعة الجديدة، (بدون طبعة)، الإسكندرية، 2006، ص.115

[3]. الحلو أبو الحلو، النظام العام في مجال المنافسة والاستهلاك، مجلة دراسات قانونية، صادرة عن مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ع.5،2005، ص.40

[4]. هناك عدَّة مسائل التي تُعد من قبيل تقييد مبدأ سلطان الإرادة كالغبن وشرط الإعفاء من المسؤولية والشروط الجزائية وغيرها، غير أنَّ هذه المسائل غير مرتبطة بفكرة إعادة التفاوض، انظر بخصوصها:
M. ARMAND-PREVOST et D. RICHARD, Op.cit, p.6 et S.

[5]. A. KIRILLOV, Les clauses de hardship en droit prospectif à l'épreuve de l'article L.442-6-1-2° du code de commerce, Petites affiches, N°. 190, 2011, p.5 et S.=
=ولقد تناولت التشريعات الحديثة الخاصة بقانون العقود بإسهاب مسألة الشروط التعسفية كأحد أبرز مظاهر اختلال العقد في مرحلة تكوينه، غير أنَّها اختلفت في تنظيمها لها، فلقد تناولها المشرع الجزائري إبتداءًا في نص المادة 110 ق م ج، التي قصر فيها الشروط التعسفية على عقود الإذعان، بحيث يكون الشرط العقدي تعسفيا متى مخالفا لروح العدالة، ثم تناولها في تشريعات حديثة، كالقانون 04-02المؤرخ في 23 سبتمبر 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم، ج ر ع 41، سنة 2004، والمرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المعدل والمتمم، ج ر ع 56، سنة 2006؛ حيث وضع معيارا لتحديدها يتمثل في إخلالها بالتوازن العقدي.
والجدير بالذكر أنَّ المشرع الفرنسي على خلاف نظيره الجزائري قصر هذه الشروط على عقود الاستهلاك، للتفصيل انظر كلا من:
محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، (بدون طبعة).
J. CALAIS-AULOY, droit de la consommation, Dalloz, Paris, 3éme éd, 1992

ولقد سبق أنْ أشار الفقه في إطار عقود التجارة الدولية إلى مسألة ارتباط فكرة إعادة التفاوض بالشروط التعسفية، حيث عبَّر الأستاذ FONTAINE عن ذلك بقوله:"قد تُدرج شروط إعادة التفاوض أيضا لما يكون هناك اختلال في القوى بين المتعاقدين، حيث أنَّ الطرف الأكثر قوة يفرض إدراج مثل هذه الشروط يُحرر بطريقة تخدمه وحده"[1]، غير إنْ كان هناك في نطاق قانون التجارة الدولية ما يحد من هذا الأثر السلبي، إذْ أنَّ اعتبارات التعاون بين أطراف العقد لإنجاح المشروع أو الهدف الاقتصادي للعقدي تفرض استبعاد أي سلوك مخالف لمبدأ حسن النية، كما أشارت الدراسة، حيث يَبرز اندماج القيمة الخُلُقيَّة مع القيمة الاقتصادية في إطار العقد.

وبالمقابل يبدو أنَّ فكرة إعادة التفاوض لا تجد لها تطبيقا في نظرية العقد في الفقه الإسلامي، وذلك لخصوصية هذا الفقه، إذْ أنَّ إرادة المتعاقدين تُنشئ العقد، ولكن آثار وأحكام هذه العقود من ترتيب الشارع الحكيم، حيث يقول الإمام محمد أبو زهرة بخصوص ذلك:" أما الآثار والأحكام فبترتيب الشارع حفظا للعدل بين الخلق وصونا للمعاملات عن دواعي الفساد، منعا للغرر في الصفقات وحسما لمادة الخلاف بين الناس"[2]، حيث أنَّ الفقه الإسلامي لم يعرف نظرية متكاملة بخصوص تغير ظروف تنفيذ العقد، إلاَّ أنَّه عرف تطبيقات لنظرية 'فسخ العقد لعذر' وهي نظرية شبيهة بنظرية الظروف الطارئة[3]، كما عرف هذا الفقه مسألة الشروط التعسفية مبطلا لها لتنافيها مع مقتضي العقد[4].

يتضح مما تقدم أنَّ إعمال فكرة إعادة التفاوض في التشريعات الداخلية يواجه عائقيْن، الأول يتمثل في وجود تقنيات قانونية مُزاحمة des techniques concurrentes تُعالج مسألة

---

[1]. « La clause de hardship peut aussi apparaitre lorsque un déséquilibre de force existe entre les cocontractants, la partie la plus forte peut alors imposer l'insertion d'une telle clause, libellé de manière à jouer unilatéralement en sa faveur. »
V. M. FONTAINE et F.DELY, Op.cit, p.495

[2]. الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1996، ص.252.

[3]. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج.6، ط.2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998، ص.50 وما بعدها.

[4]. إسماعيل محمد المحاقري، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، مجلة الحقوق، الكويت، سنة 19، 1995، ص.336 وما بعدها.

تغير ظروف تنفيذ العقد، أما العائق الثاني فيتمثل في التقييد الذي تفرضه هذه التشريعات على مبدأ سلطان الإرادة، إذْ أنَّ إعمال فكرة إعادة التفاوض يُؤدي إلى ترك الحرية لأطراف العقد في تجاوز المشاكل التي تعترض تنفيذ عقدهم.

غير أنَّ الواقع التعاقدي اليوم يشهد بداياتُ تأسيسٍ لهذه الفكرة في نطاق قانون العقود نتيجة عدَّة عوامل حيث أقرت بعض الأنظمة القانونية تطبيقات تشريعية وأخرى قضائية، فضلا عن تحمس الفقه لهذه الفكرة، وهذا ما سيتم تناوله في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: بدايات تأسيس لفكرة إعادة التفاوض.

بالرغم من العوائق التي تواجه تطبيق فكرة إعادة التفاوض في إطار التشريعات الداخلية، إلاَّ أنَّ هذا لم يمنع بعض التشريعات من التأثر بها وإدراجها في تعديلاتها الحديثة لقانون العقود، كما تشهد أيضا الأحكام القضائية إقراراً بهذه التقنية دون غيرها لمعالجة مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد (فرع ثاني)، ويعود هذا التوجه الحديث لهذه التشريعات إلى ما تحمله فكرة إعادة التفاوض من أبعاد جديدة في قانون العقود، والمتمثلة في البعد الاقتصادي تحديداً (فرع أول).

الفرع الأول: البعد الاقتصادي لفكرة إعادة التفاوض.

إنَّ ممّا يساهم في تبني فكرة إعادة التفاوض اعتماد التحليل الاقتصادي للقانون[1] كآلية للمفاضلة بين هذه الفكرة وغيرها من النظريات الموجودة في التشريعات الداخلية، بخصوص تغير ظروف تنفيذ العقد، حيث يُعد التفاوض في هذه المرحلة من العقد من صميم إدراج العنصر

[1]. إنَّ التحليل الاقتصادي للقاعدة القانونية يُمثِّل مدرسة قائمة بذاتها في النظام الأنجلوسكسوني، بحيث تهتم هذه المدرسة بمدى تحقيق أكبر فاعلية ومردودية اقتصادية للقواعد القانونية، انظر في هذه المدرسة:
معتصم بالله الغرياني، دور القاعدة القانونية في ضوء مبادئ مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون، مجلة دراسات قانونية، صادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ع.4، 2007، ص.1 وما بعدها.=
=M-A. FRISON-ROCHE, l'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique des droit, petites affiches, N°99, 2005, p.15; B. FEFFAINS, le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste, Petites affiches, 2005 ; N°99, p.6, G. CANIVET, la pertinence du droit : le point de vue du juge, petites affiches, N°99, p.23; B.ZOUANIA, l'économie du contrat : Essai d'une théorie néo-classique du contrat, thèse Doctorat en droit privé, Université de Toulouse, 2007; E. BOURSSEAU et J.M. GLACHANT, introduction: économie des contrat et renouvellement de l'analyse économique, REI, Vol.92, 2000, p.23

الاقتصادي في القواعد القانونية[1]، ذلك أنَّه إذا كانت معالجة مشكلة تغير ظروف تنفيذ ظروف العقد يُمثل قيمة خُلُقِيَة، والتي تشترك فيها جميع نظريات القانونية، تتعارض مع مبدأ الأمن القانوني مُمثلا في مبدأ القوة الملزمة للعقد، فإنَّ اعتماد التحليل الاقتصادي لا يتعارض مع هذه القيمة الخُلُقية[2] ولا مع مبدأ الأمن القانوني؛ وهذا ما عبَّر عنه الأستاذ Denis TALLON في معرض مقارنته بين القانون الفرنسي والقانون الإنجليزي، حيث يرى أنَّه "على مستوى المبادئ ليس من السهل الفصل في النقاش الخاص بالأمن ضد الأخلاق، حيث نلاحظ أنَّ هذا النقاش مختلف بخصوص الأخلاق والاقتصاد، والذي لُوحظ عند المقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الإنجليزي، ذلك أنَّ المفهوم الاقتصادي للعقد لا يرتبط بالضرورة مع استقرار المعاملات"[3]، وبذلك فإنَّ مبدأ قدسية العقد أضحى يُشكل مشكلة بحكم أنَّ العقود تُبرم في ظل مناخ اقتصادي واجتماعي غير مستقر[4].

وتبعا لذلك إذا كانت القواعد العامة لقانون العقود تعرف تأثير العامل الاقتصادي على هذه القواعد[5]، حيث يتجلي ذلك في عدَّة مظاهر بدءاً من تعريف العقد ذاته[6] وصولا إلى تطور

---

[1]. A. BENECHENEB, la pénétration de l'économie dans la sphère contractuelle : Quelques observations, RASJP, N° 1/2, 1992, p.83

[2]. H. MUIR WATT, analyse économique et perspective solidariste, in « la nouvelle crise du contrat », DALLOZ, 2003

[3].«Et au plan des principes, il n'est pas facile de trancher dans le débat sécurité contre moralité. On notera que ce débat est différent de l'opposition moralité/ économisme qui avait été relevée dans la comparaison du droit français et du droit anglais du contrat. La conception économique du contrat ne conduit pas nécessairement à la sécurité des transactions.»

وانظر في هذا المعنى كذلك:

J.P. DELMAS.SAINT.HILAIRE, l'adaptation du contrat aux circonstances économiques, in «la tendance a la stabilité du rapport contractuel », L.G.D.J., 1960, p.189 et S. V. D. TALLON, la révision du contrat pour imprévision : des enseignements récents du droit comparé, in ' droit et vie des affaires', études à la mémoire d'Alain SAYAG, Litec, paris, 416

[4] M. ALMEIDA PRADO, regards croisée sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europ, RIDC, 2010/4, p.868

[5] . A.S. BARTHEZ, Op.cit, p.467; B. BERLLIOZ-HOUIN, le droit des contrats face à l'évolution économique, in « études offertes à Roger HOUIN, DALLOZ-SIREY, p.3 et S.

[6]. حاول الأستاذ علي بن شنب إبراز العامل الاقتصادي في تعريف العقد الوارد في نص المادة 54 ق م ج، من خلال ربط هذا التعريف بالذمم المالية للدائن/ الدائنين والمدين/ المدينيين، انظر:

A. BENECHENEB, Op.cit, p. 79

مفهوم النظام العام إلى نظام عام اقتصادي[1]، إلاَّ أنَّ العلاقة بين الاقتصاد والقانون لم تبرح أنْ تكون علاقة تأثر وتأثير بينما يسعى التحليل الاقتصادي للقواعد القانونية إلى إدراج العنصر الاقتصادي كعنصر داخل في تكوين القواعد القانونية[2]، حيث يقول الأستاذ Bruno "في نظرنا اقتصاد القانون لا يُمثل فقط مسألة خارجية عن القانون...كخطاب حول القانون وحول آثاره المرْجوَّة أو حول وظيفته الاقتصادية، بل يَحوز كذلك على بعد داخلي"[3].

وتطبيقا لذلك تُعد فكرة إعادة التفاوض أكثر التقنيات القانونية فاعلية من الناحية الاقتصادية في معالجة مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد مقارنة بغيرها، ذلك كونها تُتيح لأطراف العقد أنفسهم المحافظة على استمرارية العقد باعتبارهم الأحرص والأعلم بالقيمة الاقتصادية للعقد، حيث تفرض عليهم القيمة الاقتصادية للعقد التعاون من أجل تجاوز آثار هذه المشكلة[4]، وهذا ما لاحظه الأستاذ Louis بخصوص المفاضلة بين فكرة إعادة التفاوض ودور القاضي في معالجة مشكلة تغير الظروف، حيث يرى أنَّه :" استنادا إلى الثقة الكبيرة في الروح التقديرية التي تطبع القضاء، فإنَّ قسما من الفقه يُعلِّق كل آماله على التعديل القضائي على أنَّه الوحيد الذي يسمح بإنقاذ العقد المهدد بالزوال المؤكد وفق رؤية كلاسيكية، في حين وبالرغم من

غير أنَّ بعض الفقه رأى صعوبة تعريف العقد من الناحية الاقتصادية، وفق الأطر القانونية الذي ورد فيها، انظر:
CH. ATLAS, qu'est-ce qu'un contrat, in « droit et économie des contrats », L.G.D.J, Alpha, 2009, p.21 et S.

[1]. يهدف النظام العام الاقتصادي إلى تنظيم السوق الاقتصادي كنتيجة لتزايد تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية، وهذا إلى جانب النظام العام الحمائي الذي يرمي إلى حماية أحد أطراف العلاقة العقدية، انظر في ذلك:
علي فيلالي، مرجع سابق، ص. 280 وما بعدها.

[2]. انظر في هذا المعنى:
E. BROUSSEAU, l'économiste, le juriste et le contrat, in « le contrat au début du XXI[e] siècle, études offertes à Jacque GHESTIN, L.G.D.J, p.153

[3]. « Selon nous, l'économie du droit ne constitue pas seulement un point de vue 'externe' au droit…, à savoir un discours sur le droit sur ces conséquences prévisibles ou sur sa fonction économique, mais possède également une dimension 'interne'. »
V. B. DEFFAINS, pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats, RTD.civ, 2010, p.719

[4]. J. GUISTIN, Le contrat en tant qu'échange économique, R.E.I, VOL.92, 2000, p.92

السلطات المتزايدة الممنوحة للقاضي من قبل المشرع أو تلك التي اكتسبها، فإنَّ القاضي ليس كفؤاً لتعديل عقد مُسَ بوضع غير متوقع"[1].

ويُرْجِع نفس الأستاذ سبب عدم كفاءة القاضي في تعديل العقد إلى سببيْن اثنيْن: الأول وظيفي، يتعلق بوظيفة القضاء، إذْ أنَّ دور القاضي الأساسي هو الفصل في النزاعات القائمة بين الأفراد[2]، أما السبب الثاني، شخصي وهو الأهم، حيث يتعلق بتكوين القضاة وعلاقته باقتصاد العقد، حيث يرى أنَّه :" من الناحية الشخصية مهما تكن طبيعة التكوين المقدَّم في المدرسة الوطنية للقضاء وتطور التحليل الاقتصادي للقانون، فإنَّه ليس للقضاة المقدرة على الانشغال بالاقتصاد ، بحيث " أنَّ اليوم كذلك المكُنات الاقتصادية والمالية للقضاء ليست دوما في مستوى القضايا المطروحة أمامهم"، إذْ تتمثل وظيفتهم في إقرار العدالة وليس في تحديد فرصة الاختيارات الإستراتيجية، والأساس السليم لسياسة اقتصادية تقشفية...فلا يمكن للقاضي الانشغال بالاقتصاد في محكمته فضلا على أنْ يكون خبيرا اقتصاديا"[3].

---

[1]. « Forte d'une inébranlable confiance dans le 'remarquable esprit de mesure', qui anime les juges, une partie de la doctrine place tous ses espoirs dans la révision judiciaire : 'elle est seule permet de sauver un contrat promis, dans une vision classique, à une disparition certaine'. Pourtant, en dépit des pouvoirs grandissants que le législateur lui octroie ou qu'il s'arroge, le juge est incompétent pour refaire le contrat atteint par l'imprévu ».

V. L. THIBIERGE, Op.cit, p.443

وانظر كذلك في هذا المعنى:

PH. STOFFEL-MUNCK, OP.cit, p.127et S.

[2] . L. THIBIERGE, Op.cit., p. 444

[3]. « Personnellement, quelque soit la qualité des enseignements dispensés à l'école nationale de la magistrature et le développement d'une analyse 'économique' du droit, les juges ne sont guère qualifiés pour faire l'économie : 'Aujourd'hui encore, les compétences économiques des magistrats ne sont pas au niveau des dossiers qu'on leur soumet'. Leur mission est de rendre la justice, non d'apprécier l'opportunité de choix stratégiques, le bien-fondé d'une politique économique d'austérité…, 'le juge ne peut faire de l'économie dans son tribunal et il ne peut d'avantage être expert économique' ».

V. L. THIBIERGE, Op.cit, p.445.

وانظر في نفس المعنى بخصوص صعوبة اكتشاف القاضي لكيفية تقسيم المخاطر بين المتعاقدين في حالة غياب شرط إعادة تفاوض:

B. DEFFAINS, pour une théorie économique de l'imprévision…op.cit, p.729

وترتيبا على ذلك فإنَّ استبعاد دور القاضي في تعديل العقد، بعيدا عن دوره الأساسي المتمثل في الفصل في النزاعات القائمة بين المتعاقدين، يفسح المجال لإعمال فكرة إعادة التفاوض، كآلية لتجاوز آثار تغير ظروف تنفيذ العقد[1]، حيث أنَّ تطور الحياة الاقتصادية أدَّى إلى تعقيدٍ في إبرام العقود والصفقات، مما يتطلب معه إلماماً وخبرة معرفية وتقنية بميدان هذه العقود، الأمر الذي يتوافر بالخصوص في أطراف هذه الصفقات دون القضاة، ممَّا يُفترَض معه أنْ تُواكب التقنيات والقواعد القانونية هذا التطور الاقتصادي[2]، خصوصا في إطار عولمة القانون التي فرضتها العولمة الاقتصادية، إذْ أخذت تنتقل تقنيات قانونية ذات منشأ أنجلوسكسوني إلى باقي الأنظمة القانونية، حيث يُعد إعادة التفاوض إحداها، كأثر لهذه الظاهرة[3]، إذْ فرض ذلك تماشي الأطر القانونية مع تطور التقنيات القانونية الدولية[4]، وهذا ما لاحظه الأستاذ David FREEDMAN بخصوص القانون الفرنسي، حيث يرى أنَّه " أمام تزايد أهمية المؤسسات الأجنبية المستَثْمِرَة فإنَّ الشركات والمؤسسات المالية الفرنسية كيَّفت بُنْيَتها للاستجابة للمعايير التي تفرضها هذه المؤسسات الأجنبية"[5].

وتبعا لذلك فإنَّ العالَم التعاقدي يشهد اليوم سحبا للقواعد الداخلية من قبل القواعد والممارسة الدولية[6]، وذلك تكييفا للأنظمة الداخلية مع متطلبات الحياة الاقتصادية، الأمر الذي

---

[1] . L. THIBIERGE, Op.cit, p.447

[2]. انظر في هذا المعنى:

B. OPPETIT, développement économique et développement juridique, in ‘ droit et vie des affaires’, Op.cit, p.71

[3]. انظر في هذه الظاهرة المراجع التالية:

J-C. MAGENDIE, l’américanisation du droit ou la création d’un mythe, in « l’américanisation du droit », DALLOZ, 2001, p.13; E. ALLAN FARNWORTH, l’américanisation du droit : Mythe ou réalité, in « l’américanisation du droit » Op.cit, = =p.21; W.R. BAKER, l’américanisation du droit par le finance : Mythe ou réalité, in « l’américanisation du droit » Op.cit, p. 199; M. ALMEIDA PRADO, regards croisée…Op.cit, p.864

[4]. M. MEKKI, Op.cit, p. 2291et S.

[5]. « Devant l’importance accrue des investisseurs institutionnels étrangers, entreprises et institutions françaises adaptent leurs structures pour mieux répondre à leurs critères ».

V. D. FREEDMAN, l’américanisation du droit français par la vie économique, in « l’américanisation du droit » Op.cit, p. 207

[6]. A. GUIDO, les nouvelles frontières du droit des contrats, R.I.D.C, Vol.50, N°4, 1998, p.1019; M.L. CARTIER et O. AKYUREK, Op.cit, p.6

يُدلل عليه ظهور تقنينات دولية أو مشتركة des droit communautaires[1]، كمبادئ الunidroit ومبادئ القانون الأوروبي للعقود –كما أشارت إليه الدراسة–، والتي تُمثِّل حلقة وصل في انتقال التقنيات الدولية في مجال التجارة الدولية إلى القوانين الداخلية[2]، والتي تُعد فكرة إعادة التفاوض إحداها[3].

وبالمقابل من ذلك فإنَّ عملية إعادة التفاوض لا يجب أنْ تتم بمعزل عن القاضي، ذلك أنَّ دور هذا الأخير في إطار إعادة التفاوض ليس له صلة بدوره الأساسي المتمثل في الفصل في النزاعات، وإنَّما يضطلع بدور آخر يتمثل في الإشراف ومرافقة أطراف العقد لإنجاح عملية إعادة التفاوض، كما يضلع بدور آخر في حالة فشل هذه العملية، فدور القاضي إذن ليس دورا سلبيا[4]، حيث أنَّ سير عملية إعادة التفاوض قد يخضع لإرادة أحد المتعاقدين كنتيجة للهيمنة الاقتصادية المعبَّر عنها بـ hold up في إطار مبادئ التحليل الاقتصادي[5].

وتبعا لذلك فإنَّه يبدوا أنَّ النظام التعاقدي يميل إلى تجاوز الحدود بين ما هو داخلي وما هو دولي في المجال التعاقدي، حيث يقف موقف وسطا بين الأخذ المطلق بمبدأ سلطان الإرادة

وانظر كذلك في تأثر التشريعات الداخلية بالقواعد الدولية بخصوص القانون الانجليزي والقانون الفرنسي على التوالي:

H. BEALE, la réforme du droit français des contrats et le « droit européen des contrats » : perspective de law commisson anglaise, RDC, 2006/1, p. 135.

[1]. B. FAUVARQUE-COSSON, L'opportunité économique d'une harmonisation du droit des contrats en Europe, in « droit et économie des contrats, Op.cit, p. 257et S.; B. DEFFAINS, Harmoniser le droit des contrats en Europe : une perspective économique, in « droit et économie des contrats, Op.cit, p. 281 et S.

[2] . H. BOUCARD, les instruments internationaux d'unification : concurrence ou modèle pour les droits nationaux ?, in « droit européen du contrat et droit du contrat en Europe », Op.cit, p. 21; H. SYNVET, l'impacte du droit communautaire sur le droit français des relations financières avec l'étranger, in « l'internationalisation du droit », Op.cit, p. 365; J.M. JACQUET, le droit français des contrats et les principes d'Unidroit, Rev. Dr. Unif., 2008, p.179 et S.

[3]. انظر الفرع الموالي.

[4]. L. THIBIERGE, Op.cit, p. 456 et S.

[5]. لقد استند الأستاذ Bruno على نظرية Oliver WILLIAMMSON الخاصة بقيم الصفقات les couts des transactions، في مقاله سابق الذكر، والتي تحدث فيها عن الهيمنة الاقتصادية Hold up لأحد المتعاقدين في إطار عملية إعادة التفاوض، انظر:

B. DEFFAINS, pour une théorie économique de l'imprévision…Op.cit, p.723 et S.=

=أما بخصوص نظرية قيَم الصفقات انظر:

H. MUIR WATT, analyse économique…Op.cit, p. 193

والتقيِّيد المتشدد لهذا المبدأ، إذْ يسمح هذا النظام للإرادة العقدية بلعب دور مهم في ترتيب المراكز العقدية في مختلف مراحل التعاقد، وهذا ما يتجلى من خلال فكرة إعادة التفاوض، وهذا ما عبَّر عنه الأستاذ MENDOZA بخصوص نظرية الظروف الطارئة في القوانين المقارنة، بقوله:" إنَّ القانون نتيجة دوما لتطور تاريخي، وكل بلد يُقر قواعد مختلفة، لكن في حاضرنا هذا أين العولمة أقوى بكثير من ذي قبل، بحيث يُمكننا أنْ نلاحظ أنَّ هناك تناقض خلف الزيادة في النصوص القانونية يتمثل في أنَّ الأفراد هو المطالبين بالقواعد القانونية، ولكنهم لا يريدونها أنْ تكون جد ملزمة لهم، إذن نحن أمام ظاهرة تتمثل في الانتقال من قانون مفروض إلى قانون تعاقدي ومتفاوض بشأنه"[1].

ويبدوا أنَّ هذا النظام التعاقدي الجديد الذي تمخض عن التطور الاقتصادي الدولي[2] هو الذي دفع بعض الفقه بخصوص القانون الجزائري إلى الدعوة إلى تهذيب نص المادة 107 ف3 ق م ج الخاصة بالظروف الطارئة[3]، من خلال التخفيف من آثار النظام العام الذي تصطبغ به هذه المادة، وذلك بما يسمى النظام العام المخفف l'ordre public modéré، حيث يرى الأستاذ علي بن شنب، بعد أنْ أكدَّ على الطابع الآمر لنص المادة 107 ق م ج، أنَّه"ليس من هدف المادة 107 ف3 ولا من آثارها مخالفة نص المادة 106 ق م ج (الخاصة بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين).

إذن ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من إدراج شرط تعديل لالتزاماتهم بسبب ظروف اقتصادية، والذي يُسمى عادة بشرط إعادة التفاوض في العقود الدولية طويلة الأجل.

---

[1]. « Le droit est toujours le résultat d'un processus historique, et que chaque pays s'est donné de règles différentes. Mais de nos jours où la mondialisation est plus forte que jamais, on peut observer que derrière la prolifération de textes juridiques se trouve un paradoxe : les individus sont les demandeurs de règles, mais ils ne veulent pas qu'elles soient trop contraignantes. Donc on est en face un phénomène important : le passage= =d'un droit imposé à un droit contractuel et négocié. »V. H.A. MENDOZA. C, Op.cit, p.1

[2] . هذا لا يعني أنَّ المبادئ الأخلاقية تراجعت في مواجهة التأثيرات الاقتصادية بل تبقى المبادئ الأخلاقية كمبدأ التعاون والتضامن فاعلة في تحقيق التوازن العقدي تنفيذ العقد، انظر في هذا المعنى:

D. MAZEAUD, les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel: ne risque-t-on pas d'aller loin ?, in « la nouvelle crise du contrat », Op.cit, p.136 et 137

[3]. سبق التعرض إلى هذه المادة، انظر المطلب السابق.

وعليه فإنَّه في ظل مثل هذا الشرط يقع على عاتق المتعاقدين التزامٌ بالتفاوض بحسن نية لتعديل عقدهم، قبل أنْ يلجئ المدين لطلب تدخل القاضي في حالة فشل المفاوضات"[1].

وتبعا لما تقدم يتضح أنَّ فكرة إعادة التفاوض تُجسِّد اندماج الاقتصاد مع القانون من خلال ما توفره من سلاسة في تجاوز آثار اختلال العقد بسبب تغير ظروف تنفيذه، إذ لا يجب النظر إلى البعد الاقتصادي لفكرة إعادة التفاوض على أنه تجاوز أو معارضة للمبادئ الأخلاقية التي تحكم مرحلة تنفيذ العقد كحسن النية والتعاون، بل وكما عبَّر عنه الأستاذ ALMEIDA:"لا يتعلق الأمر بربط ماهو نافع utile بما هو عادل juste، وإنما بمطابقة العادل مع هو نافع"[2]؛كما تُجسِّد دراستها الميل إلى تجاوز الحدود التعاقدية بين التجارة الدولية والقوانين الداخلية التي أخذ بعضها في تبنيها كما يبينه الفرع الموالي.

الفرع الثاني: تطبيقات فكرة إعادة التفاوض.

وفقا للاعتبارات الاقتصادية التي أدَّت إلى تنامي الاهتمام بفكرة إعادة التفاوض، فقد عمدت بعض التشريعات إلى إدراج هذه الفكرة في تعديلاتها الحديثة (أولا)، والتي سبقها قبل ذلك القبول القضائي لهذه الفكرة في ظل هذه التشريعات (ثانيا).

أولا– التطبيق التشريعي لفكرة إعادة التفاوض.

---

[1]. « l'article 107 alinéa3 n'a pas pour objet et ne saurait avoir pour effet de neutraliser l'article 106 du code civil.

Il ne peut donc empêcher les parties de prévoir dans leur contrat une clause d'adaptation de leurs obligations aux circonstances économiques, souvent qualifiée de clause de hardship dans les contrats internationaux de longue durée.

Dès lors en présence d'une telle clause, les parties ont une obligation de négocier de bonne foi l'adaptation de leur contrat avant, en cas d'échec, que le débiteur ne puisse solliciter l'intervention du juge ».

V. A. BENECHENEB, le droit algérien des contrats, Ed. AJED, 2011, p.250 et 251

[2] . « Il ne s'agit pas seulement de concilier le juste et l'utile, mais d'affirmer le juste dans l'utile.»

V. M. ALMEIDA PRADO, regards croisée…Op.cit, p.868, C. MENARD, imprévision et contrats de longue durée, un économiste à l'écoute du juriste, in « le contrat au début du XXI[e] siècle, Op.cit, p. 664

ولقد كان الأستاذ GUESTIN أول من تحدث عن النافع والعدل في العقود، انظر:

J. GUESTIN , l'utile et le juste dans les contrats, RD, 1982, p.1 et S.

تجد فكرة إعادة التفاوض تطبيقها الأول في ظل التشريعات الداخلية الحديثة في مشروع تعديل القانون المدني الفرنسي، ويرجع سبق القانون الفرنسي في هذا المجال إلى كوْن أنَّ هذا القانون لم يتضمن تقنية مزاحمة لهذه الفكرة[1]، مما جعله أكثرُ قبولا لها خصوصا مع بروز الحاجة إلى تبني آلية لمعالجة مشكلة تغير الظروف وتهذيب مبدأ القوة الملزمة للعقد[2]، حيث عبَّرت الأستاذة Anne عن هذه الحاجة، تعليقا على مشروع تعديل القانون المدني المطروح، بقولها:"لقد حان الوقت لنظامنا القانوني أنْ يكون جاذبا للمستثمرين الأجانب، بحيث يجب على التأسيس الجديد لقانوننا للالتزامات أنْ يندرج ضمن منطق إستراتيجية تنافسية لا أقل ولا أكثر، في الوقت الذي تُعد فيه عدَّة مشاريع لقانون أوروبي للعقود"[3].

وتبعا لذلك فقد قُدِّم تعديل للقانون المدني الفرنسي إلى وزارة العدل الفرنسية سنة 2005[4]، والذي طرحته بدورها على الانترنت[5]، من قبل فوج عمل يترأسه الأستاذ Pierre CATALA سُمِي بمشروع Catala، حيث تضمن هذا المشروع فكرة إعادة التفاوض في مادتيْن اثنتيْن 1-1135 و2-1135؛ ولقد قضت المادة 1-1135 من هذا المشروع على أنَّه:" في

---

[1]. سبقت الإشارة إلى أنَّ القانون المدني الفرنسي لا يعترف بأي نظرية من شأنها معالجة مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد، سوى الاعتراف بما يُقره المتعاقدون من شروط عقدية في عقدهم، والتي من بينها شروط إعادة التفاوض.

[2]. P. ANCEL, la force obligatoire: jusqu' ou faut-il la défendre ?, in « la nouvelle crise des contrats », Op.cit, p. 163

[3]. «Il est le temps que notre dispositif légal soit attractif pour les investisseurs étrangers. Il faut également prendre en compte le fait que la refonte de notre droit des obligations s'inscrit, ni plus ni moins, dans une logique stratégique de compétitive, à= =l'heure où plusieurs projets d'élaboration d'un droit européen des contrats sont en cours.»

V. A. OUTIN-ADAM, la révision du contrat pour imprévision, in « quel contrat pour demain », RDA, N°1, 2010, p.71

[4] انظر الموقع الالكتروني التالي:

http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf

[5]. انظر في هذا المشروع:

C. RERES. Avant projet de réforme du droit des obligations et source du droit, RC, 2006, 281 et S. ;PH. MALAURIE, présentation de l'avant projet de réforme du droit= =des obligations et du droit de la prescription, RDC, 2006/1, p. 7 et S.; P. CATALA, la genèse et le dessin du projet, RDC, 2006/1, 11 et S., B.CAVALIE, le projet de réforme du droit des contrats face à la crise : quel avenir pour la théorie de l'imprévision, L'AMY de droit civil, 2009N°.62, p.70, M.LEHMANN, le projet CATALA et le droit allemand, RDC, 2007/4, p.1427

العقود ذات التنفيذ المتتالي أو المتدرج، يُمكن أن يتعهد الأطراف بالتفاوض من أجل تعديل اتفاقهم في الحالة التي يترتب فيها عن أثر الظروف اختلال بالتوازن الأساسي للأداءات المتبادلة، مما يؤدي إلى فقدان العقد لأية قيمة بالنسبة لأحد أطرافه"[1].

كما نصت المادة 2-1135 من ذات المشروع على أنَّه:"في حالة غياب مثل هذا الشرط يُمكن للطرف الذي لم يعد العقد مُجديا له أنْ يطلب من رئيس المجلس القضائي الأمر بمفاوضات جديدة"[2].

غير أنَّ المشروع الذي أخرجته وزارة العدل الفرنسية[3] قد عدَّل من مشروع CATALA بخصوص فكرة إعادة التفاوض، إذْ استبعدت سلطة القاضي في الأمر بمفاوضات جديدة[4]، تاركة له في حالة فشل عملية إعادة التفاوض أنْ يتدخل لتعديل أو إنهاء العقد، حيث نصت المادة 1196، من هذا المشروع على أنَّه:" إذا صار تنفيذ العقد جد مرهقا لأحد المتعاقدين بسبب تغير للظروف غير متوقع عند إبرام العقد، ولم يقبل هذا المتعاقد تحمل هذا الخطر، فيمكنه طلب إعادة التفاوض من المتعاقد الآخر مع استمراره في تنفيذ التزاماته طيلة فترة عملية إعادة التفاوض.

---

[1] .Art 1135-1 : « Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fut perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles.»

[2] . Art. 1135-2 : « A défaut d'une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation.»

[3] سُمي هذا المشروع بـle projet de la chancellerie ، والمطروح على موقع وزارة العدل الفرنسية:=
=http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/reforme-du-droit-des-contrats-27897.html

انظر في هذا المشروع:

Quel contrat pour demain ?. Les avants projets de réforme, Colloque organisé par l'université Paris Panthéon- Assas, le 11 Mai 2009, RDA, p. 61 et S.

[4] . إنَّ المادة 1135-1 لا تعطي الحق للقاضي في تعديل العقد وذلك تأثرا بما هو سائد في القانون الفرنسي من استبعاد لهذا الدور ورفض التعديل القضائي للعقد، انظر:

E. SAVAUX, l'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français-, RDC, 2010/1 N°3, P.1057

وفي حالة رفض أو فشل عملية إعادة التفاوض فللأطراف وباتفاق مشترك طلب تدخل القاضي لتعديل العقد، وفي حالة عدم الاتفاق فلكل طرف الحق في اللجوء إلى القاضي لطلب إنهاء العقد وفق الأجل والشروط التي يحددها"[1].

وبذلك تختلف المادة 1196 من المادتيْن 1-1135 و2-1135 أنَّها لا تقر بإعادة التفاوض المفروض من قبل القاضي وإنَّما تسمح بتدخله لتعديل العقد أو إنهائه[2].

وبالمقابل من ذلك فإنَّ تبني القانون المدني الفرنسي لفكرة إعادة التفاوض كأثر لتأثر التشريعات الداخلية بقواعد التجارة الدولية الناتجة عن العولمة الاقتصادية يدفع إلى التساؤل عن مدى قابلية التشريعات الداخلية الأخرى لتبني هذه الفكرة على غرار القانون الجزائري خصوصا والتحولات الاقتصادية التي تشهدها الجزائر بانتقالها من الاقتصاد الموَّجه إلى اقتاد السوق، وما يتطلبه ذلك من مواكبة قانونية لهذا التحوُّل الذي مازال مستمرا[3]، حيث يشهد القانون الجزائري بخصوص فكرة إعادة التفاوض ازدواجية في التعامل، إذْ وكما أشارت الدراسة فإنَّه لا وجود لهذه التقنية في ظل قواعد القانون المدني المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة، غير أنَّ الجزائر تلجؤ إلى إعادة التفاوض في تعاملاتها التجارية الدولية لتسوية خلافاتها العقدية، كما ورد بخصوص القضية التي عرضت أمام غرة التجارة الدولية CCI، والتي تحمل رقم 3344 التي سبق التعرض

---

[1] Art 1196 : « Si un changement de circonstances imprévisible, lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun d'accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. A défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.»

[2] A. OUTIN-ADAM, Op.cit, p. 79

[3] انظر بخصوص هذه التحولات الاقتصادية والقانونية، المقالات التالية المنشورة في الملتقى المعنوَّن بـ:
'L'Algérie en mutation: les instruments juridique de passage à l'économie de marché' :
G.D. BERNIS, d'un modèle à l'autre: la part de l'économie, in «L'Algérie en mutation: les instruments juridique de passage à l'économie de marché», sous direction de Robert CHARVIN et Ammar GHESMI, l'Harmattan, 2001, p.11 et S. ; R. CHARVIN, d'un modèle à l'autre: la part du droit, in «L'Algérie en mutation: les instruments juridique de passage à l'économie de marché», Op.cit, p. 19 et S.; A. HENNI, dualité économique et formalisme juridique dans la transition Algérienne à l'économie de marché, in «L'Algérie en mutation: les instruments juridique de passage à l'économie de marché», Op.cit, p. 49 et S.

إليها، حيث لجأت الجزائر إلى إعادة التفاوض مع المؤسسة المغربية لحل نزاعهما البترولي[1]، وكذلك في قضية ANADARKO وهي شركة بترولية أمريكية يربطها عقد استغلال بترولي مع شركة سونطراك، إذْ وبعد فرض الجزائر لضريبة جديدة "الضريبة على الأرباح الاستثنائية"، بموجب الأمر 06-10[2]، المتعلق بقانون المحروقات، والذي نصت المادة 101 مكرر منه ف1 وف2 على أنَّه:" بغض النَّظر عن أحكام المادة 101 أعلاه يُطبق رسم غير قابل للحسم على الأرباح الاستثنائية التي يحققها الشركاء الأجانب على حصة الإنتاج الخاصة بهم عندما يكون الوسط العددي الشهري لأسعار بترول "البرنت" بتجاوز ثلاثين (30) دولارا للبرميل الواحد، وذلك فيما يخص عقود الشراكة المبرمة بين سونطراك وشريك أجنبي أو أكثر في إطار القانون 86-14 المؤرخ في 19 أوت 1986.

يُطبق هذا الرسم ابتداء من أول أوت 2006".

وعلى إثر الخلاف الذي ثار بين شركة ANADARKO وسونطراك بخصوص هذه الضريبة المستحدثة، وبعد جولات أمام التحكيم الدولي، باشر الطرفان مفوضات توصلت إلى اتفاق مشترك يقضي بتعديل بعض أجزاء العقد الذي يربطهما مع التنازل المشترك عن القضية المعروضة أمام التحكيم الدولي[3]؛ كما لجأت الحكومة الجزائرية إلى نفس الإجراء، ممثلة في وزارة الأشغال العمومية، والتي باشرت مفاوضات جديدة مع المجمع الياباني COJAAL، التي يربطها معه عقد إنشاء مقاطع من الطريق السيَّار، وهذا تفاديا للجوء إلى التحكيم التجاري الدولي[4].

وتبعا لذلك يتضح ازدواجية التعامل القانوني في النظام القانون الجزائري مع مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد، أين تخضع العقود الخاصة الداخلية إلى نظرية الظروف الطارئة طبقا للمادة 107 ق م ج، أما في نطاق القعود الدولية فتُعمِّل فكرة إعادة التفاوض، بحيث يدفع هذا

---

[1] . Sentence CCI N° 3344/1981, Rec.sen.arb, CCI 1974-1985, p. 440 et S.

[2] الأمر 06-10، المؤرخ في 29 يوليو 2006، المُعدِل والمُتمم للقانون رقم 05-07 المتضمن قانون المحروقات، ج ر ع 48، ص.04

[3] انظر بخصوص قضية ANADARKO الموقع التالي:
https://www.google.dz/search?q=anadarko+alg%C3%A9rie+ren%C3%A9gociation+&ie=utf-8&oe=utf-8&rls=org.mozilla:fr:official&client=firefox-a&channel=sb&gws_rd=cr&ei=y7ngVZOeMsLUeOu_jZAF

[4] انظر في الخلاف بين وزارة الأشغال الجزائرية ومجمع COJAAL الياباني الموقع التالي:
http://forumdesdemocrates.over-blog.com/

الوضع إلى التساؤل عما إذا كانت ستُقاوَم هذه الفكرة حماية لولاية القضاء الوطني، أم ستعرف فكرة إعادة التفاوض نفس المنحى الذي عرفه التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، إذْ كان موقف هذا الأخير رافضا له طيلة مرحلة الاقتصاد الموَّجه[1]، لكن بالنَّظر إلى التحول الاقتصادي الذي تعرفه الجزائر منذ نهاية الثمانينات من القرن20، والذي استدعى مواكبة النظم القانونية والتشريعية له أقرَّت الجزائر بالتحكيم التجاري الدولي من خلال المرسوم التشريعي رقم 93-09[2].

وتبعا لما تقدَّم يتضح أنَّ تبني التشريعات الوطنية ممثلة في مشروع تعديل القانون المدني الفرنسي، الذي يعد من أكثر القوانين تقديسا والتزاما بمبدأ القوة الملزمة للعقد، لفكرة إعادة التفاوض ينبؤ بأنْ تتبعه في ذلك تشريعات أخرى في هذه المسألة، وذلك في إطار تكييف النظم القانونية الداخلية[3] مع قواعد التجارة الدولية لضمان أكثر قدرة تنافسية في جذب الاستثمارات الأجنبي

ثانيا– التطبيق القضائي لفكرة إعادة التفاوض.

---

[1] J-B. RACINE, les raison de libéralisation de l'arbitrage international dans les pays émergents (le cas particulier de l'Algérie), in « L'Algérie en mutation: les instruments juridique de passage à l'économie de marché », Op.cit, p.269; M. TERARI TANI, Droit Algérien de l'arbitrage commercial international, 1 Ed., Ed. BERTI, Alger, 2007, p. 19 et S.

[2] المرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 25 أفريل 1993، المعدل والمتمم للأمر 66-154، المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر ع 27، ص.58.

[3] . إنَّ مستجدات الحياة الاقتصادية الدولية دفع إلى التساؤل عن مدى فعالية الأنظمة القانونية لنظام القانون المدني انظر في ذلك:

B.MALLET-BRICOUT, libres propos sur l'efficacité des systèmes de droit civil, RIDC, 2004/4, p. 865; PH. KHAN, les systèmes contractuels de droit civil et les exigences du commerce international, in « les systèmes contractuels de droit civil et les exigences du commerce international », colloque international organisé par institut de droit des affaires internationales, faculté de droit de l'université de Caire, publié, 1993, p.7 et S.

وانظر كذلك بخصوص تكييف القانون المدني الكندي كمثال عن هذه الاستجابة القانونية للمقتضيات الحديثة:

P.G. JOBIN, la modernité du droit commun des contrats dans le code civil du Québec : quelle modernité ?, RIDC., 2000/1, p. 49 et S.

تجد فكرة إعادة التفاوض تطبيقها القضائي في القضاء الفرنسي منذ بداية تسعينات القرن 20، خروجا عن المبادئ التي أقرها قرار craponne[1] أي قبل مشروع تعديل القانون المدني الفرنسي المتضمن لإعادة التفاوض، حيث يركز الفقه[2] في تتبع هذه الفكرة في الأحكام القضائية الفرنسية، على ثلاثة أحكام أساسية تبنى فيها هذا القضاء تطبيق هذه الفكرة تتمثل في حكم الغرفة التجارية في 3 نوفمبر 1992، وحكمها في 24 نوفمبر1998، وحكم محكمة النقض الفرنسية في 16 مارس 2004[3]، حيث يتعلق الحكم الأول للغرفة التجارية الصادر في 03 نوفمبر 1992 بإقرار مسؤولية شركة بترولية لعدم بحثها مع المتعاقد الآخر (المؤَزع) سبل الحفاظ على عقدهما من خلال الحفاظ على القدرة التنافسية لهذه الأخيرة في السوق، وذلك بعد تعديل حكومي لأسعار بيع المواد البترولية، مما أفقد المؤَزِع القدرة على البيع بأسعار تنافسية، أيْ أنَّ إقرار مسؤولية الشركة البترولية كان نتيجة عدم مباشرتها لإعادة التفاوض مع المتعاقد الآخر، مما اعتبر إخلالا من طرفها بمبدأ حسن النية.

أما الحكم الثاني الصادر في 24 نوفمبر 1998 فقد أقرَّت فيه الغرفة التجارية مسؤولية موكل un mandant القانونية نتيجة عدم اتخاذه إجراءات ملموسة تسمح للمتعاقد الآخر " وكيله التجاري" بعرض أسعار تنافسية بعد المشاكل الاقتصادية التي تعرض لها مما يُفهم معه عدم مباشرة هذا الموكل التفاوض مع وكيله التجاري.

غير أنَّ أكثر القرارات القضائية أهمية يتمثل في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 16 مارس 2004، والذي يتعلق بعقد ثلاثي الأطراف لمدة 10 سنوات بين بلدية Cluses وجمعية إقامة العمال الشباب l'association foyer des jeunes travailleurs (AFJT) ومؤسسة وجبات باريسية la société les repas parisiens (LRP)، والذي بموجبه تستغل

---

[1] A.C. CARPENTIER, les effets du changement de circonstances économiques sur les contrats à exécution successive, Justice et cassation, 2012, p.276

[2] D. MAZEAUD, renégociation du contrat, RC, 2004/3, p. 642

[3] أشار إلى هذه الأحكام كل من:

D. MAZEAUD, Renégociation…Op.cit, p. 642 et S.; CH. GAVOTY et O. EDWARDS, vers une extension de l'obligation de renégociation en matière= =contractuelle ?, Petites affiches, 28 juin 2004, N°. 128, p. 18 et S.; D. PHILIPPE, le juge et la révision du contrat: le bouleversement de l'économie contractuelle, in « le juge et le contrat », La charte, Bruxelles, 2014, p.385 et S.

LRP محلا كمطعم مقابل بدل إيجار تدفعه لـAFJT ورسم تدفعه لبلدية Cluses، غير أنَّها قامت بفسخ العقد بصفة انفرادية نتيجة استحالة تنفيذ العقد اقتصاديا[1]، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية برفض الطعن المقدَّم من قبل LRP، مؤيدة لقرار محكمة الاستئناف المدِين لها، وذلك على أساس أنَّ الـ LRP "استندت على اختلال المالي للعقد منذ إبرام العقد وليس على أساس الرفض غير المبرر للمتعاقدين معها للأخذ بعين الاعتبار تغيرٌ غير متوقع للظروف الاقتصادية أو رفضهم لإعادة التفاوض بشأن آليات تعديل عقدهم مراعاة لالتزاماتهم بالتفاوض والتنفيذ بحسن نية"[2]، وبذلك تتجلى أهمية هذا القرار ليس فقط باعترافه بأنَّ رفض المتعاقد لإعادة التفاوض يُقيم مسؤوليته القانونية، بل من خلال كذلك تحديد نطاقه لإعادة التفاوض بالأحداث غير المتوقعة التي تحدث بعد إبرام العقد والتي تؤدي إلى تنفيذ مرهق للعقد لأحد أطرافه[3]، وهذا ما أكدته أيضا محكمة النقض أيضا في قرار لها صادر في 29 جوان 2010 [4].

وتبعا لذلك يتضح أنَّ القضاء الفرنسي قد سبق مشروع تعديل القانون المدني الفرنسي في الاعتراف بفكرة إعادة التفاوض في حل مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد بربطها بمبدأ التضامن ومبدأ حسن النية، كما أخذ في التوسع في تطبيق فكرة إعادة التفاوض بداية من الاعتراف بها وصولا إلى تحديد نطاقها[5]، وإنْ كانت هذه الفكرة لا تمثل في ضوء هذا القضاء مبدأ عاما لحكم مسألة الظروف غير المتوقعة[6].

---

[1] انظر في حيثيات هذه القضية بالتفصيل:

CH. GAVOTY, Op.cit, p.18

[2] « Mettait en cause le déséquilibre financier existant dès la conclusion du contrat et non le refus injustifié de (ses contractants) de prendre en compte une modification imprévue de circonstances économiques et ainsi de renégociation les modalités de sous-traité au mépris de leur obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi ».

أشار إليه:

D. MAZEAUD, Renégociation…Op.cit, p. 642

[3] Ibid., p. 643

[4] Com. 29 Juin 2010.

أشار إليه:

A.C. CARPENTIER, Op.cit, p. 275

[5] وهو ما يدل عليه العنوان الذي اختاره الأستاذان Charles GAVOTY و Olivier EDWARDS، لمقالهما السابق الذكر:

Vers une extension de l'obligation de renégociation en matière contractuelle.

[6] CH. GAVOTY et O. EDWARDS, Op.cit, p. 20

خلاصة الفصل

يتضح من خلال هذا الفصل كيفية انتقال فكرة إعادة التفاوض في مجال التعاقدي من الممارسة العملية التعاقدية إلى مجال التنصيص القانوني الدولي باعتبار إعادة التفاوض قاعدة من قواعد الـlex mercatoria ، حيث تضمنتها مبادئ الـunidroit، كما تضمنتها بنصوص مبادئ القانون الأوروبي للعقود.

كما يظهر الطابع المميز لفكرة إعادة التفاوض في تجاوزها الحدود الفاصلة بين الأنظمة القانونية، فهي ذات منشأ أنجلوسكسوني، حيث ساعدت العولمة الاقتصادية ومعها العولمة القانونية في انتشارها في باقي الأنظمة القانونية، وبالخصوص في النظام القانوني اللاتيني "نظام القانون المدني"، أين أقرها القضاء الفرنسي وسعى المشرع الفرنسي بعد ذلك في تضمينها وتبنيها في مشروع تعديله للقانون المدني تكييفا لهذا القانون مع المقتضيات الاقتصادية، مما يبرز نوعا من تلاشي الحدود الفاصلة بين الأنظمة القانونية من جهة، وكذلك تلاشي الحدود الفاصلة بين قواعد التجارة الدولية والأنظمة القانونية الداخلية.

وتبعا لذلك فإنَّ وصول فكرة إعادة التفاوض إلى الأنظمة القانونية الداخلية من خلال مشروع تعديل القانون المدني الفرنسي يفتح لها المجال واسعا في ظل باقي الأنظمة، والتي لا تعارضها كممارسة عقدية حينا كالقانونيْن الألماني والإنجليزي، أو تلك التي تُقرها في التعاملات التجارية الدولية مع استبعادها كلية في العقود الخاصة الداخلية كالقانون الجزائري مثلا.

خاتمة.

إنَّ دراسة فكرة إعادة التفاوض قد أبان أنَّ دراسة الظواهر التعاقدية مجال خصب، ومثبتةً أنَّ العقد لا يزال ميدانا لا ينضب من الاكتشاف والبحث القانوني لرصد الاتجاهات القانونية الحديثة التي لازالت تزخر بها نظرية العقد.

وترتيبا على ذلك فإنَّ إعادة التفاوض في العقود كتقنية عقدية تسمح بتعديل العقد حال وقوع أحداث وظروف من شأنها أنْ تُخل بتوازن العقد في مرحلة تنفيذه تفتح المجال للحديث عن مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد، والتي ظل يُنظَر إليها على أنَّها قواعد تقليدية في ظل قواعد القوانين الوطنية، ما عدا النقاش الذي دار ويدور منذ زمن طويل في القانون المدني الفرنسي حول هذه المسألة، كوْن هذا القانون لا يتضمن ما يعالج هذه المسألة، وذلك تشبعا بمبدأ قدسية العقد.

وتبعا لذلك فإنَّ دراسة فكرة إعادة التفاوض أبانت عن جملة من النتائج الجد مهمة خاصة لنظامنا القانوني، على غرار بقية القوانين الداخلية، تتمثل أساسا في:

* إنَّ استحداث فكرة إعادة التفاوض جاء تلبية لحاجات التجارة الدولية، والتي لا تلبيها الحلول التي تُقِرُّها القوانين الوطنية سواء أكانت رافضة لتعديل العقد كالقانون المدني الفرنسي، أو سامحة بتدخل القاضي بالتدخل في العلاقة العقدية من أجل هذا الغرض، سواء بمقتضى نصوص تشريعية كالقانون المدني الجزائري – نظرية الظروف الطارئة– أو تلك التي نتيجة ابتداع فقهي أو قضائي كنظريتي الفشل التعاقدي في القانون الانجليزي ، ونظرية انهيار الأساس التعاقدي في القانون الألماني؛ ذلك أن فكرة إعادة التفاوض تقنية عقدية أي وليدة الممارسة الاقتصادية في عقود التجارة الدولية، وبالتالي فإنَّه من باب المفاضلة فإنَّ أكثر التقنيات استجابة لمقتضيات التجارة الدولية هي تلك الأكثر فاعلية من الناحية الاقتصادية، وذلك بسعيها على المحافظة على الهدف أو المشروع الاقتصادي للعقد، وهذا ما توفره فكرة إعادة التفاوض، إذْ لا يستطيع أحد الإلمام بعناصر المشروع الاقتصادي الذي تضمنه العقد أكثر من أطرافه باعتبارهم متعاملين اقتصاديين دوليين.

* تجتمع في فكرة إعادة التفاوض ميزتيْن أساسيتيْن تسعى الواعد القانونية الحديثة إلى تأكيدهما، هما العنصر الاقتصادي والعنصر الأخلاقي، ذلك أنَّ فكرة تعديل العقد لظروف أخلَّت بتوازنه تحمل جانبا أخلاقيا يتمثل في حماية المدين الذي سيرهقه تنفيذ التزامه، وهذا ما تشترك فيه جميع الحلول والنظريات التي أقرتها القوانين الوطنية، إلاَّ أنَّ الحل الواجب لهذه الوضعية يجب أنْ يرُاعي كذلك اقتصاد العقد أي المشروع الاقتصادي الذي تضمنه هذا الأخير، وهذا ما توفره وتنفرد به فكرة إعادة التفاوض مقارنة بالحلول الوطنية، وذلك لكون وجوب أنْ تتم إعادة التفاوض وفقا لمبدأ حسن النية والتعاون سعيا للحفاظ على القيمة الاقتصادية للعقد.

* من خلال إعادة التفاوض يتضح جانبا مازال لم يُسَّلط عليه الضوء الكافي في الدراسات القانونية العقدية في الأنظمة التي تتبع نظام القانون المدني، حيث يتمثل هذا الجانب في أنَّ الاعتبار الاقتصادي هو الذي يُحدد ويوجه السلوك التعاقدي والقانوني للمتعاقدين.

* غير أنَّه من خلال هذه الدراسة يتضح أنَّ فكرة إعادة التفاوض، ومن خلال الدراسات التي تناولتها ابتداء من أول دراسة للأستاذ Marcel FONTAINE وصولا لدراسة الأستاذ ALMEIDA PRADO وإنْ لم تعد تُدرس على أنَّها ممارسة عقدية وذلك ببداية التنصيص القانوني على هذه الممارسة، إلاَّ أنها لم تتبوأ بعدُ مقام النظرية القانونية، إذْ لا تزال بعض القرارات التحكيمية تتردد في إقرارها مباشرة.

* كما أنَّ من بين أهم النتائج التي تتمخض عن دراسة فكرة إعادة التفاوض يتعلق بالنمط الذي يؤطرها، إذْ ليس من المعروف في ظل النظام القانون المدني civil law كالقانون الجزائري والقانون الفرنسي، أن تُرتَب أحكام قانونية ذات أصل تعاقدي، أي أنْ تتحول الممارسة التعاقدية إلى أحكام قانونية.

* إنَّ فكرة إعادة التفاوض في العقود، وإنْ كانت ذات منشأ دولي في عقود التجارة الدولية، غير أنَّ الدراسة أبانت أنّ القوانين الداخلية وإن كانت لا تعترف بها كمبدأ عام يحكم مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد، إلاَّ أنَّها عرفت بعض التطبيقات لها في حدود معينة، كما في القانون المدني الفرنسي الذي يعترف بها تحت غطاء الحرية التعاقدية من خلال شروط عقدية باعتبار العقد أداة توقع لأطرافه، وكما في القانون الانجليزي والقانون الألماني واللذان وإنْ كانا يقران نظريتا الفشل التعاقدي وانهيار الأساس التعاقدي على التوالي إلاَّ أنَّهما يسمحان أنْ ترد فكرة إعادة التفاوض في شكل شروط عقدية، أما بخصوص القانون الجزائري فإنّه أيضا وإن كان لا يعترف بإعادة التفاوض في العقود إطلاقا لتبنيه نظرية الظروف الطارئة في ظل قواعد النظام العام، إلاَّ أنَّ الجزائر تلجؤ إليها في تعاملاتها التجارية الدولية.

* إن الفصل التقليدي بين عقود التجارة الدولية والعقود الدولية لم يعد بذات الأهمية التي كان عليها في الماضي، والذي مرده الأخذ المتشدد بمبدأ سيادة قانون الدولة على إقليمها، وذلك تحت التأثير المتزايد للعولمة الاقتصادية التي نتج عنها عولمة قانونية أدت إلى طغيان الثقافة

القانونية الأنجلوسكسونية، والتي تُعد فكرة إعادة التفاوض إحداها، إذْ يظهر الدور البارز لمبادئ الUnidroit ومبادئ القانون الأوروبي كحلقة وصل في تمرير هذه الفكرة من قانون التجارة الدولية إلى القوانين الوطنية كافة بالنسبة للأولى والأوروبية منها بخصوص الثانية؛ وهذا ما تجلى بداية من التطبيق القضائي لها في ظل القضاء الفرنسي، والذي يُعرَف بدوره الخلاّق، وذلك منذ بداية تسعينات القرن العشرين، بالرغم من الفراغ التشريعي في القانون المدني الفرنسي، ثم تجلى في سابقة هي الأولى في القوانين الداخلية حين تبنى مشروع تعديل القانون المدني الفرنسي فكرة إعادة التفاوض، فاتحا المجال لإمكانية قبول هذه التقنية الحديثة مستقبلا قوانين أخرى.

* بالرغم من النجاح وتنامي الاهتمام الذي لَقِيَتْهُ فكرة إعادة التفاوض على المستويين الدولي والداخلي، إلاَّ أنه لا يزال يشوبها بعض النقائص التي قد تعيق تبنيها بصورة أكبر، إذ أنَّه على صعيد التجارة الدولية فإنَّ عدم ورود شروط إعادة التفاوض بصورة دقيقة وواضحة تبيِّن طبيعة الأحداث التي قد يكون من شأنها الإخلال بتوازن العقد في مرحلة تنفيذه، أو عدم تفصيل الآثار المترتبة عن إعمال الالتزام بإعادة التفاوض من تحديد لمصير العقد أثناء وبعد عملية التفاوض ، قد ينقص من فاعلية هذه الفكرة في مواجهة باقي التقنيات التي ابتدعتها عقود التجارة الدولية لمواجهة مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد؛ أما على مستوى العقود الداخلية الخاصة، فإنَّ من شأن فكرة إعادة التفاوض أن تُسهم في تقوية مركز أحد المتعاقد الأكثر قوة اقتصادية لفرض إرادته على إرادة المتعاقد الآخر، مما يفتح المجال للحديث وإعمال أحكام الشروط التعسفية.

وتبعا لهذه النتائج تتضح مدى أهمية دراسة هذا الجانب الحديث من المجال التعاقدي الذي تتقاطع فيه عدة محاور قانونية كالمجال الدولي والداخلي للعقود، أو تحديد النظرة للاعتبار الاقتصادي في العقد، حيث يمكن تقديم التوصيات التالية:

* إنَّ من شأن تكييف القانون المدني الجزائري مع مقتضيات التجارة الدولية جعله أكثر تنافسية وجذبا لاهتمام المتعاملين الاقتصاديين، وذلك من خلال مد التعامل بفكرة إعادة التفاوض من مجال العقود الدولية إلى القانون المدني الجزائري.

* ضرورة أن يخضع إعمال فكرة إعادة التفاوض في حال إعمالها في القوانين الداخلية إلى إشراف القضاء، لئلا تكون أداة في يد المتعاقد الأكثر قوة اقتصاديا لفرض إرادته على المتعاقد الآخر.

* كما يجب أن تهتم الدراسات القانونية أكثر بالجوانب الاقتصادية للعقد في ظل تعاظم أهمية مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون ومن تم للعقد، بحيث تعاني المكتبات القانونية الجزائرية من ندرة في هذا المضمار من البحث.

وبالمقابل إذا كان مما لا شك فيه أنَّ الدراسات القانونية والقانون بصفة أعم لا يشذ عن قاعدة التطور والتراكم العلمي والمعرفي المتسارع الذي يصطبغ به عصرنا الحالي، مما يعرض أيَّ بحث علمي أكاديمي لشائبة التجاوز العلمي وفقدان القيمة التدريجي في مدة قصيرة فاسحا المجال لدراسات وبحوث أحدث؛ فإنَّنا في هذه الدراسة والتي لا ندَّعي إلمامها بجميع الجوانب المتعلقة بفكرة إعادة التفاوض، إلاَّ أنَّنا نأمل في أنْ تؤسس للبنة لبحوث قادمة تنطلق من حيث انتهت هذه الدراسة، خصوصا وإنَّ إعادة التفاوض، والتقنيات العقدية بصفة أعم، لا زالت تُشكل ميدانا خصبا للدراسات القانونية.

تم بحمد الله

قائمة المـراجع

أولا:المراجع باللغة العربية

1-أمل محمد شلبي، الحد من آليات الاحتكار، دار الجامعة الجديدة، (بدون طبعة)، الإسكندرية، 2006

2-حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج.1، ط.2، 1995

3-خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج.1، مصادر الالتزام، د.م.ج، ط.2،2005، الجزائر

4-جاك غستان المطوَل في القانون المدني، مفاعيل العقد وآثاره، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع

-جاك غستان، المطوَل في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط.1، سنة 2000

5-رضا متولي وهدان، النظام القانوني في تجديد الالتزام، دار الفكر والقانون، طبعة 2007

6-رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، طبعة 2007

7-شريف محمد غانم، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، بدون طبعة، الإسكندرية، 2009

8-طالب حسين موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة، عمان، ط.1، 2008

9-عبد الحكم فودة، آثار القوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف، ط. أولى، الإسكندرية، 1999

-10عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام، ج.3، منشورات الحلبي، ط.3، 2000، بيروت، لبنان

-عبد الرزاق السنهوري: مصادر الالتزام، نظرية الالتزام بوجع هام، ج1، ط3، منشورات الحلبي، بيروت، 2000

-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج3، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، بيروت، 2000

-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، ج.1، ط.3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبان، 2000

-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد 1، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان

-عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج.6، ط.2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998.

11-عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2006

-12علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، بدون طبعة، الجزائر، 2008

13-عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، ط.1، الإسكندرية، 2004

14-مامون عبد الكريم، محاضرات في طرق الإثبات وفق آخر النصوص، كنوز للنشر والتوزيع، بدون طبعة، 2011، الجزائر.

15-الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1996

16-محمد إبراهيم سليم، التسلط الاقتصادي وأثره على التوازن العقدي، دار المطبوعات الجامعية، ط.1، الإسكندرية، 2007

17-محمد بودالي، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، ط.1، الجزائر،2005

- محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، (بدون طبعة).

18-محمد حمدي إسماعيل، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، (بدون طبعة، بدون سنة نشر)،

19-محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بدون طبعة، الأردن، 1999

20-محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، دار الهدى، ط.4، 2007، الجزائر،

21-محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ط. الثالثة،.

22-نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، (بدون طبعة)، مصر، 2004

23-همام محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، بدون طبعة، 2002، الإسكندرية.

ثانيا: المقالات القانونية

1-أيسر فؤاد، حرية المنافسة ومنع الاحتكار في نطاق سياسة الاقتصاد الحر، بحث مقدم إلى برنامج الحماية القانونية للنشاط الاقتصادي، صادر عن المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، القاهرة مصر، 2002

2-إسماعيل محمد المحاقري، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، مجلة الحقوق، الكويت، سنة 19، 1995

3-الحلو أبو الحلو، النظام العام في مجال المنافسة والاستهلاك، مجلة دراسات قانونية، صادرة عن مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ع.5، 2005

4-أنور أحمد أرسلان، مفهوم حماية المستهلك، بحث مقدم إلى ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، منظمة من قبل كلية الشريعة والقانون، بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 6 و7 سبتمبر1998

5-بارنارد أودي، أمركة القانون، تحت إشراف فرانسوا تريه، ترجمة محمد وطفة مجد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط. أولى، بيروت، 2008

6-ليندة عبد الله، المستهلك والمهني: مفهومان متباينان، بحث مقدم إلى الملتقى الوطني الأول، حول حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي، المنظم من قبل معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي بالوادي، يومي 14و15 أفريل، (غير منشور)

7-معتصم بالله الغرياني، دور القاعدة القانونية في ضوء مبادئ مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون، مجلة دراسات قانونية، صادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة أبو بكر - بلقايد، تلمسان، ع.4، 2007

ثالثا: الرسائل العلمية

1-حياة محمد أبو النجا، الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2004

2- رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1944

3-شبة سفيان، عقد البيع الدولي، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2012

4-شريف محمد غانم، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، ط 2007، مصر

5-علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، رسالة ماجيستير في القانون الخاص، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان الجزائر، 2007

6-قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج،(منشورة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007،

7-وفاء مصطفى محمد، توازي المصالح في تكوين العقد الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فينا لسنة 1980، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 2005

رابعا:القوانين والاتفاقيات الدولية:

أ- الاتفاقيات الدولية:

-اتفاقية فينا، للأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، نيويورك، 2011

ب-القوانين والمراسيم الجزائرية.

1- القوانين والأومر:

-الأمر 75-58، المؤرخ في 26، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج رع 78، سنة 1975.

- القانون 04-02المؤرخ في 23 سبتمبر 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم، ج ر ع 41، سنة 2004

-الأمر 06-10، المؤرخ في 29 يوليو 2006، المعدِل والمتمم للقانون رقم 05-07 المتضمن قانون المحروقات، ج ر ع 48،

-القانون 08-09، المؤرخ في 25 فبراير2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج رع21، الصادرة في 23 أفريل2008.

2- المراسيم التشريعية والتنفيذية.

-المرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 25 أفريل 1993، المعدل والمتمم للأمر 66-154، المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر ع 27،

-المرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المعدل والمتمم، ج ر ع 56، سنة 2006.

-المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن لتنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، ج.ر.ع 58، سنة 2010

ج- القوانين المصرية.

-القانون المدني المصري.

خامسا: القرارات القضائية

-قرار رقم 49174 الصادر في 1987/06/17، الغرفة المدنية، م.ق، سنة 1990، ص. 27

ثانيا:المراجع باللغة الأجنبية

أ– باللغة الفرنسية.

1– المراجع باللغة الفرنسية.

1-A. BENECHENEB, le droit algérien des contrats, Ed. AJED, 2011.

2-A. SERIAUX, Droit des obligations, 2ème éd, P. U. F, 1998.

3-B. AUDIT, Droit international privé, Economica, 4ème éd, 2006.

4-B.OPPTITE, Autour du contrat international, DALLOZ, 2.Éd,2006.

5-CH.LARROUMET, Les obligations, le contrat, Economica, 3eme Ed., 1996.

6-C. SAINT- ALARY-NOUIN, les contrats déséquilibrés, T.1 et T.2, PUAM, 2000

7-D.PHILLIPPE, changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle, Bruxelles, Bruylant, 1986.

8-F. GARON, La caducité du contrat, P.U. d'Aix-en-Provence, 2000.

9-F.OSMAN, Les Principes Généraux de la Lex Mercatoria, L.G.D.J, Paris 1992.

10-F.PETIT et M-H. DELLANDER, droit des contrats,4éme, Archetype 82, Paris, 2013..

11-J. CALAIS-AULOY, droit de la consommation, Dalloz, Paris, 3éme éd, 1992

12-J. GHESTIN et M. BILLIAU, le prix dans les contrat de long durée, L.G.D.J.

13-J.M. MOUSSERON, Technique contractuelles, éd. Le Fêbre, Paris, 1988.

14-L. THIBIERGE, le contrat face à l'imprévu, Economica, Paris.

15-M. FONTAINE et F. DELY, Droit des contrats internationaux, Bruylant, 2. éd.

16-M. TERARI TANI, Droit Algérien de l'arbitrage commercial international, 1 Ed., Ed. BERTI, Alger, 2007..

17-M. TRARI TANI, W. PISSORT et, P. SARNS, Droit commercial international, éd. Berti, Alger, 2007.

18-M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité de droit civil Français, L. G. D. J., Paris, 1952.

19-O. MORETEAU, droit anglais des affaires, DALLOZ..

20-PH. FOUCHARD, E. GAILLARD, et B. GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, Paris..

21- PH. MALAURIE, L. AYNES et PH. STOFFL-MUNCH, Droit civil les obligations, 2ème éd, Défrénois, 2005.

22-PH. STOFFEL-MUNCK, regards sur la théorie de l'imprévision, P.U.AIX. MARSEILLE, 1994.

23-R. DAVID, les contrats en droit Anglais, L.G.D.J, Paris, 1985.

24- R.RENICHI, HISTOIRE DE LA MONDIALISATION, Viubert, 2.Ed

25-S.CHATILLON, le contrat international, Vuibert, 3. Ed, paris, 2007.

2-المقالات القانونية باللغة الفرنسية.

1-A. BENECHENEB, la pénétration de l'économie dans la sphère contractuelle : Quelques observations, RASJP, N° 1/2, 1992.

2-A.S. BARTHEZ, crise économique et contrat : les remèdes. RDC, 2010/1.

3-A.C. CARPENTIER, les effets du changement de circonstances économiques sur les contrats à exécution successive, Justice et cassation, 2012.

4-A. HENNI, dualité économique et formalisme juridique dans la transition Algérienne à l'économie de marché, in «L'Algérie en mutation: les instruments juridique de passage à l'économie de marché», sous direction de Robert CHARVIN et -Ammar GHESMI, l'Harmattan, 2001.

5-A. GIARDINA, les principes unidroits sur les contrats internationaux, JDI, 1995.

6-A. GUIDO, les nouvelles frontières du droit des contrats, R.I.D.C, Vol.50, N°4, 1998.

7-A. KABADI, la technique de renégociation des contrats, A.J, 1999,

8-A.PLANQUELLE, Obligation de moyens, obligation de résultat, RTD.civ, 1972, p.334

9-A. KIRILLOV, Les clauses de hardship en droit prospectif à l'épreuve de l'article L.442-6-1-2° du code de commerce, Petites affiches, N°. 190, 2011

10-A. OUTIN-ADAM, la révision du contrat pour imprévision, in « quel contrat pour demain », RDA, N°1, 2010

11-B. BERLLIOZ-HOUIN, le droit des contrats face à l'évolution économique, in « études offertes à Roger HOUIN, DALLOZ-SIREY,

12-B.CAVALIE, le projet de réforme du droit des contrats face à la crise : quel avenir pour la théorie de l'imprévision, L'AMY de droit civil, 2009N°.62

13-B. DEFFAINS :

- pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats, RTD.civ, 2010

-Harmoniser le droit des contrats en Europe : une perspective économique, in « droit et économie des contrats », L.G.D.J, Alpha, 2009

-le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste, Petites affiches, 2005 ; N°99

14-B. FAUVRAQUE-COSSAN :

-droit européen et international des contrats : l'apport de la codification doctrinales, R.D, 2007, N°2

- le changement de circonstances, in 'Colloque durée et contrat', R.C, 2004/1

-L'opportunité économique d'une harmonisation du droit des contrats en Europe, in « droit et économie des contrats », L.G.D.J, Alpha.

-Bibliographie d'études comparatives des sanctions de l'exécution du contrat, RIDC, 1-2006

15-B. FOUAD, le hardship non contractuel et la lex mercatoria, REMALD, N°. 114 , 2014
16-B.MALLET-BRICOUT, libres propos sur l'efficacité des systèmes de droit civil, RIDC, 2004/4
17-B. OPPETIT :
- le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français, in 'le rôle du juge en présence des problèmes économiques', travaux de l'association de H. CAPITANT, T.22, 1970
- développement économique et développement juridique, droit et vie des affaires', études à la mémoire d'Alain SAYAG, Litec, paris
-L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la chausse de hardship, J. D. I, 1974, N° 4
-droit commun et droit européen, in « l'internationalisation du droit », Mélange en l'honneur d'YVON LOUSSOUARN, 1994
18- C.AUBERT DE VINCELLES :
- Double harmonisation du droit européen des contrats, instrument optionnel et directives cadre, RTD. Européen, 2001
- la recherche d'une cohérence en droit européen de l'acquis communautaire d'un droit européen des contrats, in 'droit Européen du contrat et droit des contrats en Europe, quelles perspectives pour quel équilibre ?', Colloque organisé par le centre d'étude en droit des affaires et des contrats CERDAC le 19 Septembre 2007, Litec
19-CH. ATLAS, qu'est-ce qu'un contrat, in « droit et économie des contrats », L.G.D.J, Alpha, 2009
20-CH. GAVOTY et O. EDWARDS, vers une extension de l'obligation de renégociation en matière contractuelle ?, Petites affiches, 28 juin 2004, N°. 128
21-CH. JAMIN, révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil, Droit et patrimoine, 1998
22-C.MENARD, imprévision et contrats de longue durée, un économiste à l'écoute du juriste, in « le contrat au début du XXI^{e} siècle, études offertes à Jacque GHESTIN, L.G.D.J
23-C. PACET, De la réalisation de la novation RTD.civ, 1975

24-C. RERES. Avant projet de réforme du droit des obligations et source du droit, RC, 2006,
25-CH. SOUCHON, contrats de droit privé, in « les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles », sous la direction de R.RODIERE et les réflexions comparatives de D.TALLON, Ed. A.Pedon, Paris, 1984
26-C. WITZ :
- plaidoyer pour un code européen des obligations, D., N°.5, 2000
- chronique de droit civil Allemand, RTD.civ, 1994
27-D. FREEDMAN, l'américanisation du droit français par la vie économique, in « l'américanisation du droit », DALLOZ, 2001
28-D. JEAN-MARIE, exposé générale du cas, le dossier de la négociation, in «comment négocier un contrat à long terme», D.P.C.I., T. 5, N°. 1, 1979
29-D. MAZEAUD :
- les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel: ne risque-t-on pas d'aller loin ?, « la nouvelle crise du contrat », DALLOZ, 2003
-renégociation du contrat, RC, 2004/3
- Renégocier ne rime pas avec réviser, R.D, 2007
- Principes du droit européen du contrat, projet de cadre commun de référence, principes contractuels communs, RTD. Européen, 2008
-La commission Lando : le point de vue d'un juriste français, L'harmonisation de droit des contrats en Europe', sous la direction de CH.JAMIN et D. MAZEAUD, économica, 2001.
-L'arrêt canal moins, R.D, 2010
-Loyauté, Solidarité, Fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, in l'avenir de droit, Mélange en hommage à François TERRE, P. U. F., Paris, 1999
30-D. PHILIPPE :
-le juge et la révision du contrat: le bouleversement de l'économie contractuelle, in « le juge et le contrat », La charte, Bruxelles, 2014
- L'usage des termes juridiques ANGLO-SAXONS dans la vie des affaires, in Mélanges offerts a Marcel FONTAINE, éd. LARCIER, Bruxelles, 2003.

- renégociation du contrat en cas de changement de circonstances dans la vente internationale, D., 2011
- « Pacta Sunt Servanda » et « Rebus sic stantibus », in l'apport de la jurisprudence arbitrale, Séminaire le 7 et 8 Avril 1986, Publication de la C. C. I.
- les clauses relatives au changement de circonstances dans les contrats à long terme, Après midi d'étude du 27 janvier 2009
31-D.TALLON
- L'inexécution du contrat : pour une autre présentation, RTD.civ, 1994
-la révision du contrat pour imprévision : des enseignements récents du droit comparé, in ' droit et vie des affaires', études à la mémoire d'Alain SAYAG, Litec, paris
-les travaux de commission Lando, in ' L'harmonisation de droit des contrats en Europe', sous la direction de CH.JAMIN et D. MAZEAUD, économica, 2001
32- E. ALLAN FARNWORTH, l'américanisation du droit : Mythe ou réalité, in « l'américanisation du droit », DALLOZ, 2001
33-E. BROUSSEAU, l'économiste, le juriste et le contrat, in « le contrat au début du XXI^{e} siècle, études offertes à Jacque GHESTIN, L.G.D.J
34-E. BOURSSEAU et J.M. GLACHANT, introduction: économie des contrat et renouvellement de l'analyse économique, REI, Vol.92, 2000
35-E. CHARPENTIER, les principes d'Unidroit : une codification de la les mercatoria ?, le cahier de droit civil, Vol.46, 2005
36-E. GAILLARD, Trente ans de lex mercatoria pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit, JDI, 1995
37-E. SAVAUX, l'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision –Rapport français-, RDC, 2010/1 N°3
38-F. FERRI, Interprétation uniforme de la convention de Vienne 1980, sur la vente internationale, R.I.D.C., 1996

39-F.HAUT, contrats administratifs, in « les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles », sous la direction de R.RODIERE et les réflexions comparatives de D.TALLON, Ed. A.Pedon, Paris
40-F. MAGAR, ingénierie juridique: pratique des clauses de rencontre et renégociation, RD, 2010
41-FR.OST, Temps et le contrat critique du pacte Faustien, « in la relativité du contrat », Travaux association Capitant. VI. 1999. Nantes, L. G. D. J
42- G.Z, Zhou, le teste de la personne raisonnable en responsabilité civile, revue du barreau, T. 61, 2001
43-G. CANIVET, la pertinence du droit : le point de vue du juge, petites affiches, N°99
44-G.D. BERNIS, d'un modèle à l'autre: la part de l'économie, in «L'Algérie en mutation: les instruments juridique de passage à l'économie de marché», sous direction de Robert CHARVIN et Ammar GHESMI, l'Harmattan, 2001
45-H. BEALE :
-la réforme du droit français des contrats et le « droit européen des contrats » : perspective de law commisson anglaise, RDC, 2006/1
-La commission Lando : le point de vue d'un common lawyer L'harmonisation de droit des contrats en Europe', sous la direction de CH.JAMIN et D. MAZEAUD, économica, 2001
46-H. BEN SLIMA, le temps et le contrat, R.J.L, N°5, année 40, 1998
47-H. BOUCARD, les instruments internationaux d'unification : concurrence ou modèle pour les droits nationaux ?, in 'droit Européen du contrat et droit des contrats en Europe, quelles perspectives pour quel équilibre ?', Colloque organisé par le centre d'étude en droit des affaires et des contrats CERDAC le 19 Septembre 2007, Litec
48-H. BOUTHINON-DUMAS, les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision, RIDC, 2001/3
49-H. MUIR WATT, analyse économique et perspective solidariste, in « la nouvelle crise du contrat », DALLOZ, 2003

50-H. SYNVET, l'impacte du droit communautaire sur le droit français des relations financières avec l'étranger, in « l'internationalisation du droit », Mélanges en l'honneur de WON LOUSSOUARN, 1994
51-H. VAN HOUTTE, les principes Unidroit et l'arbitrage commercial international, in ICC éd, The unidroit principles for international commercial contract, a new lex mercatoria, Paris, 1995
52- H. ULLMANN, Droit et pratique des chausses de hardship dans le système juridique américain, R. D. A. I., N° 7, 1988
53- I. DE LAMBERTRIE, rapport Français sur l'incidence des changements de circonstances sur les contrats de longue durée, in 'le contrat aujourd'hui comparaison Franco-anglaise, paris, L.GD.J, 1987,
54- I. VEILLARD, le caractère général et commercial des prinicpes d'unidroit relatifs aux contrats du commerce international, RDAI, N°4, 2007
55- J. BARMANN, Pacta Sunt Servanda. Considérations sur l'histoire du contrat consensuel. RIDC, 1961, N°,1, 1961
56 - J. BELL :
-rapport Anglais, le contrat aujourd'hui comparaison Franco-anglaise, paris, L.GD.J, 1987
-Rapport Anglais, le contrat aujourd'hui comparaison Franco-anglaise, paris, L.GD.J, 1987
57- J.D. BERDIN, L'amiable compositeur et le contrat, Rev. Arb.
58- J. CEDRAS, l'obligation de négocier, R.T.D.com, 1985
59- J.P. DELMAS.SAINT.HILAIRE, l'adaptation du contrat aux circonstances économiques, in «la tendance a la stabilité du rapport contractuel », L.G.D.J., 1960
60- J-M. DELAUZE, intervention au « problème du long terme », «comment négocier un contrat à long terme», D.P.C.I., T. 5, N°. 1, 1979
61- J.M .JACQUET, le contrat international, D. 1992, chron, p. 6
62- J. GUESTIN :
- l'utile et le juste dans les contrats, RD, 1982, p.1 et S.

-Le contrat en tant qu'échange économique, R.E.I, VOL.92, 2000
63- J.M. JACQUET, le droit français des contrats et les principes d'Unidroit, Rev. Dr. Unif., 2008.
64- J-C. MAGENDIE, l'américanisation du droit ou la création d'un mythe, in « l'américanisation du droit », DALLOZ, 2001
65- J-L. MOURALIS, Imprévision, Rep.civ.D, 2003
66- J. PAULSSON, L'adaptation du contrat, Rev.Arb, 1980
67- J-B. RACINE, les raison de libéralisation de l'arbitrage international dans les pays émergents (le cas particulier de l'Algérie), in«L'Algérie en mutation: les instruments juridique de passage à l'économie de marché», sous direction de Robert CHARVIN et - Ammar GHESMI, l'Harmattan, 2001
68- J. RAYNARD, les principes du droit européen du contrat : une lex mercatoria à la mode européenne, RTD.civ, 1998
69- M. ALMEIDA PRADO, regards croisée sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europ, RIDC, 2010/4, p.868
70- M. ARMAND-PREVOST et D. RICHARD, le contrat déstabilisé, S.J, N°27, 1979
71- M.L. CARTIER et O. AKYUREK, crise économique et révision des contrats: une approche pratique des règles applicables, GDP, N°165, 2009
72- M-A. FRISON-ROCHE, l'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique des droit, petites affiches, N°99, 2005
73-M. FONTAINE
- «les clauses de hardship » aménagements conventionnels de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme, D.P.C.I., Mars 1976
- notion de contrat international, in « le contrat économique international, Stabilité et évolution », Travaux des 9ème journées juridiques Jean Badin, 22 et 23 NOV 1973, Bruylant /Pédon, 1975
- Exposé introductif ' le problème du long terme', in «comment négocier un contrat à long terme», D.P.C.I., T. 5, N°. 1, 1979, p. 142

74- M.LEHMANN, le projet CATALA et le droit allemand, RDC, 2007/4
75- M. MEKKI, hardship et révision des contrats, SDE, 2010
76- M. OUDIN, un droit européen…pour quel contrat ?, RIDC, 2007/3.
77- M. TROCHU :
- intervention au ‘ le problème du long terme’, «comment négocier un contrat à long terme», D.P.C.I., T. 5, N°. 1, 1979
-L’intervention de la notion de Temps dans les contrats internationaux à exécution successive, in l’internationalisation du droit Mélanges en l’honneur de WON LOUSSOUARN, 1994
78- M. VAN CAMELBEKE, l’adaptation du contrat international aux circonstances nouvelles, in « les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles », sous la direction de R.RODIERE et les réflexions comparatives de D.TALLON, Ed. A. Pedon, Paris, 1984
79-N-E, TERKI :
- les clauses de force majeure et de hardship, RASJEP, 2010/2
-l’imprévision et contrat international dans le code civil Algérien, D.P.C.I., 1982, T.8, N° 1
80- O. CLEVENBERGH, les changements significatifs défavorables dans les contrats de cession d’actions ou d’actif en droit belge, RDC, Larcier, 2011/1.
81-. P. ANCEL:
-la théorie du fondement contractuel et son intérêt pour le droit français, R.C, 2006/3
-la force obligatoire: jusqu’ ou faut-il la défendre ?, in « la nouvelle crise du contrat », DALLOZ, 2003
82- P. CATALA, la genèse et le dessin du projet, RDC, 2006/1,
83- PH. FOUCHARD, l’adaptation des contrats à la conjoncture économique, Rev. Arb, 1979
84- P.G. JOBIN, la modernité du droit commun des contrats dans le code civil du Québec : quelle modernité ?, RIDC., 2000/1

85- PH. MALAURIE, présentation de l'avant projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, RDC, 2006/1.
86- P. MOISON, Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrat internationaux, « les cas de force majeure et d'imprévision », les cahiers de droit, VOL.35,N°2,1994,
87-PH. KHAN :
- Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux : L'expérience française, « le contrat économique international, Stabilité et évolution », Travaux des 9ème journées juridiques Jean Badin, 22 et 23 NOV 1973, Bruylant /Pédon, 1975
- Force majeure et contrats internationaux de longue durée, J.D.I, 1975
- les systèmes contractuels de droit civil et les exigences du commerce international, in « les systèmes contractuels de droit civil et les exigences du commerce international », colloque international organisé par institut de droit des affaires internationales, faculté de droit de l'université de Caire, publié
88- P. VANOMMESLAGHE, les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux, R.I.D.C, 1980
89- R. CHARVIN, d'un modèle à l'autre: la part du droit, in in «L'Algérie en mutation: les instruments juridique de passage à l'économie de marché», sous direction de Robert CHARVIN et Ammar GHESMI, l'Harmattan, 2001
90- R. FABRE, les clauses d'adaptation dans les contrats, RTD.civ, 1983
91- R. HOUIN, pour une codification européenne du droit des contrats et des obligations, in « études juridique offertes à Léon Julliot de LA MORANDIERE, DALLOZ, 1964
92- R.SPARWASSER :
- Rapports nationaux Allemagne, in « les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles », sous la direction de R.RODIERE et les réflexions comparatives de D.TALLON, Ed. A.Pedon, Paris, 1984

- les modifications du contrat rapport Allemagne in « les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles », sous la direction de R.RODIERE et les réflexions comparatives de D.TALLON, Ed. A.Pedon, Paris, 1984
.93- S. WHITTAKER, un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives Anglaises sur l'exécution en nature et la réparation, RDC, 2005
94- R. SEFTEN-GEEN, Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droit français et anglais: Bonne ou mauvaise surprises de la comparaison, in mélanges J.GHESTIN
95- R. WYNNE-GRIFFITHS, rapport national sur l'Angleterre, in « les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles », sous la direction de R.RODIERE et les réflexions comparatives de D.TALLON, Ed. A.Pedon, Paris, 1984
96- W.R. BAKER, l'américanisation du droit par le finance : Mythe ou réalité, in « l'américanisation du droit », DALLOZ, 2001
.97- Y.M. LAITHIER, l'incidence de la crise économique sur le contrat dans les droit de common law, RDC, 2010/1

3-الرسائل العلمية.

1- B.ZOUANIA, l'économie du contrat : Essai d'une théorie néo-classique du contrat, thèse Doctorat en droit privé, Université de Toulouse, 2007
2- I.ROCHFELAIRE, l'aménagement de la force majeure dans les contrats: essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée, thèse de doctorat, université de Poitiers, 2012
3- F. CABAS, les clauses de hardship, thèses, Doctorat 3ème cycle, Montpellier, 1981
4- H. ZAUGG, les changements de circonstances et les clauses de hardship dans les contrats internationaux, en droit allemand, français et , DEA de droit comparé, Paris II

5- M. ALMEIDA PRADO, Le hardship dans le droit du commerce international, Bruylant, 2003.
6- P.ACCAOUI-LORFING, la renégociation des contrats internationaux, Thèse Doctorat, Paris, 2008
7- R. ALACHKAR, clause de hardship et clause d'amiable composition, thèse Doctorat, Paris II, 2010

ب-المراجع باللغة الانجليزية.

1- E. ZACCARIA, The effects of changed circumstances in international Trade, I.T.B.L.R., Vol. 9, 2005
2- J-Q. DE CUYPER et W.PETER, reneogociation of long term international agreements and flexibility : considerationon the ground of the GHANA / VALCOO CASE, R.D.A.I, N°7, 1995
3-M. BACHTMBONELL, the unidroit principles and transnational law, Rev. Dr. Uni, 2002
4- M. WERNER, Force majeure and hardship in international commercial contracts in « view of the practices of the court of arbitration », J.INT.ARB, 1984
5- P.ACCAOUI–LORFING, The contractually unforeseen renegotiation, R. D.A.I, N° 1, 2010
6- W. PETER, Arbitration and renegociation of international investment agreements, second revised éd., KLUWER law international, 1995

ثالثا-الملتقيات العلمية.

1-Quel contrat pour demain ?. Les avants projets de réforme, Colloque organisé par l'université Paris Panthéon- Assas, le 11 Mai 2009, RDA.
2- 'L'Algérie en mutation: les instruments juridique de passage à l'économie de marché' :
3-Comment négocier un contrat international à long terme, DPCI, T.5, 1976

4- les systèmes contractuels de droit civil et les exigences du commerce international , colloque international organisé par institut de droit des affaires internationales, faculté de droit de l'université de Caire, publié, 1993

رابعا-القوانين والنصوص والمنشورات الدولية.

-Le code civil Français.
- principes Unidroit, Rev.dr.unif, 2004/1.
- CCI 2003, clause de force majeure, clause de hardship, Pub.CCI 2003
-. CCI, Force majeure et imprévision, Paris, N°. 421, 1985,
- principles of international commercial contract, Unidroit, 1994,
-. Principes OHADA

خامسا-القرارات القضائية والتحكيمية:

أ-الأحكام القضائية:

-A. Paris, 28 Sep.1976, Rev.arb, 1977
-C.A. Paris, 19 Avril 1991, Rev. Arb, 1991, Obs. E. LOQUIN.
-Cass.civ, 1er, 20 Nov. 1967, D. 1967
- CA Paris, 1987, JDI, 1987, Not E. LOQUIN.
-Cass.com, 24 novembre 1998, RTD.civ, 1999, Obs. J MASTER.
-Cass.civ, 1ère, 16 mars 2004, RTD.civ, 2004, Obs, J. MASTER
-Com 29 Jan 1990, RTD. Civ, 1991, Obs. J MASTER

ب-القرارات التحكيمية:

-C.C.I, N° 5030, 1992, Clunet 1993, N .Y. DERAINS.
-C.C.I., N°. 9593, Bill. CCI, 1999 N° 2
-CCI., N° 6219, Clunet 1990
-Sentence de la CCI, N° 2142, 1974, Rec. Arb.sen., de la CCI, 1974-1986, (version anglaise)

-Sentence CCI, N° 1703/1971, Rec. Arb.sen., de la CCI, 1974-1986, (version anglaise)
- Sentence CCI N° 2763, Rec. Arb.sen., de la CCI, 1974-1986, (version anglaise)
-Sentence CCI N° 2216/1973, Rec. Arb.sen., de la CCI, 1974-1986
-Sentence CCI N°1512/1971 Rec. Arb.sen., de la CCI, 1974-1986
-Sentence CCI N° 1990/1972 Rec. Arb.sen., de la CCI, 1974-1986
-Sentence CCI N° 3344/1981, Rec.sen.arb, CCI 1974-1985, p.442
-Sentence CCI, N° 2478/1974, Rec.arb.sen., de la CCI, 1974-1986
-Sentence de la CCI n°. 2708/1976, Rec.sent.arb., de la CCI 1974-1985
-Observations sous CCI n° 5953 (1989), Rec.Sen.Arb, CCI 1986-1990
-Sentence CCI N° 26 94, 1977, Rec.Sen.Arb, CCI, 1974-1985
commentaire, sous sentence N°. 3344/1981, Rec.sen.arb., de la CCI, 1974-1985
-CCI. N° 3131, 1973, Rec.sen.arb., 1974-1985, de la CCI, (version anglaise)
-Sentence CCI N° 2520, 1975, Rec.sent.arb, CCI 1974-1985
-Sentence CCI N° 5910, 1988, Rec.sent.arb, CCI 1986-1990
-Liamco Vs gouvernement de la république arabe Libyenne, Sentence de 12 avril 1971, Rev.arb, 1980
-EDF V. SHELL, Rev.arb, 1977
- Sentence CCI, N° 2404, 1975, Rec.sen.arb., 1974-1985
-Sentence CCI, n° 5904(1989), Rec.sen.arb., CCI 1986-1990
-Sentence CCI, n° 5910 (1988), Rec.sen.arb., CCI 1986-1990
-Sentence CCI, N°3540, 1980, Rec.sen.arb de la CCI 1974-1985
-Sentence CCI N°. 2404,1975, Rec. Sen. Arb, de la CCI 1974-1985
-Sentence CCI N°.2508, 1976, Rec. Sen.arb de la CCI 1974-1985
-Sentence CCI N°. 2103, 1972, Rec. Sen. arb. de la CCI 1974-1985
- Sentence CCI N°. 2216, 1974, Rec.sen.arb., CCI, 1974-1985
-Sentence CCI N° 5953, 1983-1986, JDI , Obs. Y.DERAINS.
-Sentence CCI N°2291, 1975, Rec.sen.arb, de la CCI, 1974-1985

-Sentence CCI N° 5953, 1983-1986, JDI, 1990, Obs. Y. DERAINS
-Sentence N°4761, 1987, JDI, 1987, Obs. S. JARVIN.
- CCI n° 7365, 1997, in revue de droit uniformed, n°3, 1999
-Sentence CCI N°8873, 1997, JDI, 1998, Obs. D.HASHER.
- Sentence CCI N° 3344/1981, Rec.sen.arb, CCI 1974-1985

سادسا: المواقع الالكترونية

www.google.dz/search?q=anadarko+alg%C3%A9rie+ren%C3%A9gociation+&ie=utf-8&oe=utf.
-www.ohada.com .
-http://www.philippelaw.eu
-www.phillippe.law.En,

الفهـــــــــــرس:

مقدمة

الباب الأول: فكرة إعادة التفاوض وتغير ظروف تنفيذ العقد 1

الفصل الأول: العقود الدولية، الميدان الخصب لإعادة التفاوض 2

المبحث الأول: مبررات استحداث فكرة إعادة التفاوض. 4

المطلب الأول: طبيعة العقد الدولي 4

الفرع الأول: طول مدة تنفيذ العقد الدولي 4

الفرع الثاني: طبيعة محل العقد الدولي. 6

المطلب الثاني: أساس الالتزام بإعادة التفاوض في العقود. 17

الفرع الأول: أساس التفاوض عند وجود شرط إعادة التفاوض 18

الفرع الثاني: أساس التفاوض عند غياب شرط إعادة التفاوض 19

المبحث الثاني: تمييز فكرة إعادة التفاوض عن المفاهيم المشابهة. 23

المطلب الأول: تمييز فكرة إعادة التفاوض عن مفهوم القوة القاهرة 24

الفرع الأول: تقارب مفهوميْ إعادة التفاوض والقوة القاهرة 24

أولا- إعادة التفاوض والمفهوم الكلاسيكي للقوة القاهرة 24

ثانيا- إعادة التفاوض والمفهوم الحديث للقوة القاهرة 28

أ-وقف تنفيذ العقد 29

ب-إعادة التفاوض كأثر للقوة القاهرة 32

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف بين القوة القاهرة وإعادة التفاوض 36

أولا- الأساس النظري للتفرقة بين القوة القاهرة وإعادة التفاوض. 36

أ-التفرقة على أساس أثر الحدث على العقد 36

ب–هدف كلا من القوة القاهرة وإعادة التفاوض 38
ثانيا– التفرقة على أساس الممارسة التحكيمية 43
أ–رفض الخلط بين مفهوميْ القوة القاهرة وإعادة التفاوض 43
ب – صفة متعاملي التجارة الدولية 45
المطلب الثاني: فكرة إعادة التفاوض وباقي شروط تعديل العقد 46
الفرع الأول: مفهوم شروط تعديل العقد 46
أولا– شروط التعديل التلقائي للعقد. 46
ثانيا– شروط مراجعة العقد 49
الفرع الثاني: تمييز فكرة إعادة التفاوض عن باقي شروط التعديل 52
أولا– التفرقة من حيث الحوادث المخلة بتوازن العقد 53
ت– الحوادث والأخطار الخاصة. 53
ث– الحوادث العامة . 54
ثانيا– التفرقة من حيث ترتيب شروط التعديل لالتزام بإعادة التفاوض 56
تقسيم الأستاذة M. VAN CAMELBEKE. 56
3. شروط التعديل بدون الالتزام بإعادة التفاوض: 56
4. شروط إعادة التفاوض 57
ت. تقسيم الأستاذ W. PETER 57
1–شروط التعديل. 57
2–شروط القوة القاهرة. 57
3–شروط إعادة التفاوض 57
ج–تقسيم الأستاذ Pascal 58
4. الشروط التي مضمونها إعادة التفاوض 58

5. الشروط التي من أثرها إعادة التفاوض بشأن العقد 58
6. شروط التعديل بدون إعادة التفاوض 59
الفرع الثالث: مظاهر التكامل بين شروط إعادة التفاوض وباقي شروط التعديل. 61
أولا- فيما يخص توقع الأحداث المخِّلة بالعقد. 61
ثانيا- فيما يخص آلية إعمال شروط التعديل. 63
ت- اختلال المؤشر: 64
ث- انعدام المؤشر: 65
الفصل الثاني: الإطار التفاوضي. 69
المبحث الأول : شروط إعمال الالتزام بإعادة التفاوض 70
المطلب الأول : الحدث المخل مناط إعادة التفاوض 70
الفرع الأول: طبيعة حدث الـ Hardship 70
أولا: المخاطر العامة 70
ثانيا: المخاطر الخاصة 73
الفرع الثاني: عدم توقع الحدث و استقلاله عن إرادة أطراف العقد 78
أولا: عدم توقع الحدث . 79
ثانيا: استقلال الحدث عن إرادة الأطراف 83
المطلب الثاني: أثر تغير ظروف تنفيذ العقد. 85
الفرع الأول: اختلال توازن العقد.. 86
. أولا: المعيار الشخصي في تقدير اختلال توازن العقد 87
ثانيا: المعيار الموضوعي في تقدير اختلال توازن العقد 88
الفرع الثاني: التنفيذ المرهق للالتزامات العقدية 92

المبحث الثاني: سير عملية إعادة التفاوض 95
المطلب الأول: إعادة التفاوض من قبل المتعاقدين 96
الفرع الأول: تشخيص الحدث المخل بالعقد 96
أولا: الإخطار بوقوع الحدث المخل بالعقد 97
أ/ التزام المتعاقد المتضرر بالإخطار 97
3- مضمون وأهمية التزام الطرف المتضرر بالإخطار. 97
4- جزاء عدم تنفيذ الالتزام بالإخطار. 103
ا-أثر عدم الإخطار على المتعاقد المتضرر (المدين) 103
ب-أثر عدم الإخطار على المتعاقد الآخر (الدائن) 105
ب/التزام الدائن بالرد على الإخطار 105
1-مضمون الالتزام بالرد على الإخطار 105
2-جزاء عدم الرد على الإخطار 106
ثانيا: التقاء الأطراف 107
ت- عدم اتفاق الأطراف على توافر شروط إعمال إعادة التفاوض 108
3- الرفض المبرر. 108
4- الرفض غير المبرر 109
ث- اتفاق الأطراف على مباشرة عملية إعادة التفاوض. 109
الفرع الثاني: مضمون ونطاق الالتزام بإعادة التفاوض. 111
أولا- مضمون الالتزام بإعادة التفاوض 111
أ-شروط إعادة التفاوض العامة 112
ب- المعيار الموضوعي 113

ج- المعيار الشخصي 116
ثانيا- نطاق الالتزام بإعادة التفاوض 118
أ-الالتزام بإعادة التفاوض، التزامٌ ببذل عناية 118
ب-الالتزام بإعادة التفاوض، التزام بتحقيق نتيجة 120
المطلب الثاني: تدخل المحكم في عملية إعادة التفاوض 123
الفرع الأول: الطبيعة القانونية لمركز الغير المتدخل في عملية إعادة التفاوض 123
أولا: اختلاف الطبيعة القانونية لمركز الغير. 124
ت. الغير: الموفق. 124
ث. الغير: خبير 125
ح. الغير: قاضيا 126
ذ. الغير: محكما 127
ثانيا: معيار تحديد طبيعة مركز الغير. 129
الفرع الثاني: دور التحكيم في حالة وجود شرط إعادة التفاوض. 134
أولا: دور المحكم في فحص عملية إعادة التفاوض. 134
ت. فحص شروط إعمال إعادة التفاوض 134
ب. فحص المحكم لجدية عملية إعادة التفاوض 137
ثانيا: تعديل العقد من قبل المحكم 139
ت. شروط تعديل العقد من قبل المحكم 139
ث. الآثار المترتبة عن تعديل العقد من قبل المحكم 142
1. خضوع المحكم لإرادة المتعاقدين 142
2. حدود تعديل العقد من قبل المحكم 144
الفرع الثالث: دور المحكم في غياب شرط إعادة التفاوض 146

أولا: سلطة المحكم الموفق الودي. 147
ثانيا: حدود سلطة المحكم الموفق الودي 148
الباب الثاني: آثار ومكانة فكرة إعادة التفاوض 150
الفصل الأول: آثار فكرة إعادة التفاوض 151
المبحث الأول: مصير العقد أثناء وبعد إعادة التفاوض 152
المطلب الأول: مصير العقد أثناء إعادة التفاوض. 152
الفرع الأول: تنظيم المتعاقدين لمصير العقد أثناء إعادة التفاوض. 152
أولا: متابعة تنفيذ العقد. 153
ثانيا: الاستثناءات الواردة على متابعة تنفيذ العقد 154
ت. وقف تنفيذ العقد مؤقت 155
ث. تأقيت عملية إعادة التفاوض 156
الفرع الثاني: مصير العقد أثناء إعادة التفاوض في حالة سكوت المتعاقدين. 158
أولا: متابعة تنفيذ العقد. 158
ثانيا: الاستثناءات الواردة على مبدأ متابعة تنفيذ العقد 163
المطلب الثاني: مصير العقد بعد إعادة التفاوض 165
الفرع الأول: مصير العقد في حالة نجاح المفاوضات. 165
أولا: طبيعة تعديل العقد 165
ثانيا: نطاق التعديل في حالة نجاح إعادة التفاوض. 170
ت. تحديد مضمون التعديل من قبل المتعاقدين 170
ب.تحديد الأثر الزمني للتعديل في حالة الاتفاق 171
الفرع الثاني: مصير العقد في حال فشل إعادة التفاوض. 172
أولا: التنظيم المسبق لحالة فشل إعادة التفاوض. 173

ت. إنهاء العقد 173
ث. وقف العقد 176
ثانيا: عدم تنظيم الأطراف لحالة فشل إعادة التفاوض 177
المبحث الثاني: الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض 181
المطلب الأول: مفهوم الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض 181
الفرع الأول: السلوك التعاقدي كسلوك ضار 182
أولا: السلوك التعاقدي: سلوك سلبي 182
ثانيا: السلوك التعاقدي: غير تعاوني 187
الفرع الثاني: إثبات السلوك الضار 193
أولا: عبء اثبات السلوك الضار 194
ثانيا: الاستثناءات الواردة على قاعدة عبء إثبات السلوك الضار 199
أ- الاستثناءات الواردة سبب اتفاق الأطراف 199
ب-الاستثناءات الواردة بسبب المدين.. 201
المطلب الثاني: جزاء عدم تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض 202
الفرع الأول: التنفيذ العيني للالتزام بإعادة التفاوض 202
أولا: التنفيذ العيني الممكن للالتزام بإعادة التفاوض 202
أ: التنفيذ العيني الملزم للمتعاقدين 202
ب: إعادة التفاوض غير الملزم للأطراف 205
ثانيا: الاستثناءات الواردة على التنفيذ العيني للالتزام بإعادة التفاوض 206
أ: الاستثناءات بسبب طبيعة العقد 207
ب: استحالة التنفيذ العيني للالتزام بإعادة التفاوض 208
1- الاستحالة القانونية لتنفيذ الالتزام: 208
ا- الاستحالة بسبب القوة القاهرة: 209

ب–الاستحالة بسبب انعدام الاعتبار الشخصي للعقد 209
2– الاستحالة الفعلية للتنفيذ العيني للالتزام بإعادة التفاوض 210
الفرع الثاني: التنفيذ بطريق التعويض للالتزام بإعادة التفاوض 211
أولا: مبدأ التعويض الكامل للالتزام بإعادة التفاوض 214
أ: شروط إقرار مبدأ التعويض الكامل 215
1– الضرر المحقق 215
2 – الضرر المتوقع 217
ب: أحكام التعويض الكامل 219
ثانيا: الإنقاص من التعويض 224
أ: في حالة رفض إعادة التفاوض 227
ب: في حالة سوء تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض 229
. ج: في حالة فشل عملية إعادة التفاوض 230
الفصل الثاني: المكانة القانونية لإعادة التفاوض: الواقع والمأمول. 234
. المبحث الأول: إعادة التفاوض في إطار قانون التجار lex mercatoria 234
المطلب الأول: إعادة التفاوض كقاعدة في إطار قانون التجار. 235
. الفرع الأول: القرارات التحكيمية المتبنية لإعادة التفاوض 236
أولا– ارتباط فكرة إعادة التفاوض بمبدأ حسن النية. 236
ثانيا– القرارات التحكيمية المؤسسة لإعادة التفاوض. 239
الفرع الثاني: تغير ظروف تنفيذ العقد في إطار التحكيم التجاري الدولي 242
المطلب الثاني: جهود تنظيم فكرة إعادة التفاوض 249
الفرع الأول: مبادئ الـ unidroit 250
أولا– القيمة القانونية لمبادئ الـ unidroit. 250

ثانيا– تنظيم مبادئ الـ unidroit لفكرة إعادة التفاوض 255
الفرع الثاني: مبادئ القانون الأوروبي للعقود. 263
أولا– نطاق تطبيق مبادئ القانون الأوروبي للعقود. 264
ثانيا– تنظيم مبادئ القانون الأوروبي للعقود لفكرة إعادة التفاوض. 270
المبحث الثاني: نحو تبني فكرة إعادة التفاوض في التشريعات الداخلية. 273
المطلب الأول: معوّقات تبني فكرة إعادة التفاوض. 274
الفرع الأول: تفاوت التشريعات الداخلية في تنظيم مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد 274
أولا– في القانون المدني الفرنسي. 275
ثانيا– القانون الجزائري. 277
ثالثا– القانون الإنجليزي. 280
رابعا– القانون الألماني 282
الفرع الثاني: التوجيه التعاقدي كعائق لفكرة إعادة التفاوض. 284
المطلب الثاني: بدايات تأسيس لفكرة إعادة التفاوض. 287
الفرع الأول: البعد الاقتصادي لفكرة إعادة التفاوض. 288
الفرع الثاني: تطبيقات فكرة إعادة التفاوض 295
أولا– التطبيق التشريعي لفكرة إعادة التفاوض. 295
ثانيا– التطبيق القضائي لفكرة إعادة التفاوض 300
خاتمة 304
قائمة المراجع 309