ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2021 المجلد: الخامس العدد: الثاني ص.ص: 1467-1489

نظرية الظروف الطارئة وتطبيقاتها في العقود الدولية

The theory of contingent conditions and its applications in international contracts

زواق نجاة*

جامعة باجي مختار عنابة كلية الحقوق

zouaknadjette2@gmail.com

تاريخ إرسال المقال: 2021/04/30 تاريخ قبول المقال: 2021/08/21 ..تاريخ نشر المقال: 2021/09/01

الملخص:

الأصل في العقود أنها تتمتع بالقوة الإلزامية، إذ لا يمكن تعديلها أو نقضها وفقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، إلا أنه توجد حالات استثنائية يمكن الخروج فيها عن القاعدة العامة إذ يتم فيها تعديل العقد بالإرادة الاتفاقية للأطراف متى استدعت الضرورة لذلك، وهو ما يسمى بنظرية الظروف الطارئة التي تطبق من أجل إعادة التوازن الاقتصادي بين الالتزامات المتقابلة منها في أحد مراحل تنفيذ العقد.

يظهر الهدف من هذه الدراسة في إبراز أهمية نظرية الظروف الطارئة وإبراز الفائدة العلمية والعملية لتطبيقها خاصة في العقود الدولية التي عادة ما تكون طويلة المدى في تنفيذها.

الكلمات المفتاحية: الظروف الطارئة، العقود الدولية، القوة القاهرة، إعادة التفاوض، التوازن الاقتصادي.

Abstract:

The principle in contracts is that they have binding power, as they cannot be modified or revoked according to the principle of the contract, the Shari'a of the contractors, but there are exceptional cases in which it is possible to deviate from the general rule in which the contract is amended by the agreement of the parties when necessary, and this is called the theory of contingencies. That are applied in order to restore the economic balance between the corresponding obligations thereof in one of the contract implementation stages .

The aim of this study appears to highlight the importance of the theory of contingencies and the scientific and practical benefit of its application, especially in international contracts that are long-term in their implementation. The aim of this study appears to highlight the importance of the theory of contingencies and the scientific and practical benefit of its application, especially in international contracts that are long-term in their implementation. The aim of this study appears to highlight the importance of the theory of contingencies and the scientific and practical benefit of its application, especially in international contracts that are long-term in their implementation. .

* المرسل المؤلف

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 7404-2661
السنة: 2021 المجلد: الخامس العدد: الثاني ص.ص: 1467-1489

Keywords: Emergency conditions, International contracts, The majeure force, Renegotiate, Economic balance.

المقدمة:

الأصل في العقود أنها تتمتع بالقوة الإلزامية، إذ لا يمكن تعديلها أو نقضها وفقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، إلا أن المشرع وضع حالات استثنائية يمكن الخروج فيها عن القاعدة العامة، حيث أجاز تعديل العقد باتفاق طرفيه بإرادتهما المنفردة متى استدعت الضرورة لذلك، فمراجعة العقد بسبب حوادث استثنائية طرأت عليه بعد إبرامه أو ما يسمى بالظروف الطارئة، سواء في العقود الوطنية أو العقود الدولية، جاء من أجل إعادة التوازن الاقتصادي بين الالتزامات المتقابلة للأطراف في مرحلة تنفيذ العقد.

تقوم هذه النظرية التي تقوم على أساس العدالة، هو رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بإرادة الأطراف، أو بتعديل الالتزامات من خلال الأحكام القضائية الصادرة من طرف القضاة.

لكن يمكن القول أنه تم ترك هذه النظرية من قبل أطراف العقود الدولية وتم اللجوء إلى ما يسمى بشرط إعادة التفاوض وذلك من خلال النص عليه في شروطهم التعاقدية وفقا لما يتماشى مع طبيعة وواقع هذه العقود من أجل تدارك تلك الظروف.

يظهر الهدف من هذه الدراسة في إبراز أهمية نظرية الظروف الطارئة وإبراز الفائدة العلمية والعملية لتطبيقها خاصة في العقود الدولية التي عادة ما تكون طويلة المدى في تنفيذها.

فما المقصود بنظرية الظروف الطارئة، وما وسائل الاستفادة من هاته النظرية بما يفيد حماية الأطراف والحفاظ على استمرارية العلاقات التعاقدية لا سيما منها في العقود الدولية؟

نظرا لطبيعة الدراسة ارتأينا اعتماد المنهج التحليلي الذي يقوم على أساس الانطلاق من النصوص القانونية والتشريعية ومحاولة تحليلها وتطبيقها للوصول إلى النتائج المطلوبة.

لمعالجة الإشكالية المطروحة تناولنا الموضوع من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة

المبحث الثاني: تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في العقود الدولية

المبحث الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة

تستوجب نظرية الظروف الطارئة أن تكون هناك عقودا استحال فيها تنفيذ العقد كما كان عليه في الحالة الأولى، إذ تتغير الظروف عند حلول أجل تنفيذ الالتزام بسبب حادث أو ظرف غير متوقع حدوثه، فيصبح الالتزام صعبا على المدين إلى الحد الذي يجعله مهددا بخسارة فادحة دون أن يبلغ درجة القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، مما يستدعي رفع الإرهاق على المدين.

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 7404-2661
السنة: 2021 المجلد: الخامس العدد: الثاني ص.ص: 1467-1489

لذلك ومن أجل فهم نظرية الظروف الطارئة سنتطرق من خلال هذا المبحث إلى تعريف نظرية الظروف الطارئة في المطلب الأول، وبعدها شروط تطبيق النظرية ومجال تطبيقها في المطلب الثاني ومن ثم نتعدى إلى سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة في المطلب الثالث وذلك على كما يلي:

المطلب الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة

لقد ظهرت نظرية الظروف الطارئة في العصر الحديث نتيجة لانتشار الأفكار الاشتراكية التي دفعت المشرع إلى التدخل بالتنظيم في كثير من العقود حماية للمصلحة العامة أو الجانب الضعيف في العقد، كرد فعل على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، الذي يعد من نتاج مبدأ سلطان الإرادة.[1]

فنظرية الظروف الطارئة هي حالة عامة غير مألوفة لم يكن في الوسع توقعها ولا دفعها، و تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين، لذا فإن التزامه بالرغم من حدوث الظرف الطارئ يؤدي إلى وقوع ضرر عليه يستحق النظر في رفعه أو تخفيفه على الأقل[2].

أولا: التعريف القانوني لنظرية الظروف الطارئة

عرف المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة من خلال نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري حيث نص على: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما استعمل عليه و بحسن نية"، كما نص في الفقرة الثانية منه على "... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"[3].

من خلال المادة السابقة نلاحظ أن المشرع عرف نظرية الظروف الطارئة بأنها حوادث استثنائية عامة غير متوقعة الحدوث أثناء إبرام العقد إذ تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بحيث تهدده بخسارة فادحة. إلا أن المشرع الجزائري لم ينص على أمثلة تطبيقية للحوادث الطارئة كما فعلت بعض القوانين الأوروبية، لكن بعض الفقهاء ذكروا أمثلة عن الحوادث الطارئة، منها المخاطر الطبيعية التي يكون الظرف الطارئ فيها

[1] عمار محسن كزار الزرفي، نظرية الظروف الطارئة و أثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، جمهورية العراق، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي، جامعة الكوفة، كلية القانون، 2015، ص5.

[2] نفس المرجع، ص4.

[3] أنظر المادة 107 من الأمر 58.75 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم.

ناتجا عن اضطراب اقتصادي بسبب ظاهرة من الظواهر الطبيعية كالفيضانات والزلازل والجفاف وانتشار الأوبئة[4].

كما ظهرت أنواع جديدة للحوادث لم تكن موجودة من قبل، نتيجة التطور التكنولوجي كالتلوث البيئي وانتشار الإشعاعات النووية والغازات السامة، وكلها ظروف طارئة تؤثر على تنفيذ الالتزامات التعاقدية.[5]

مع ذلك فالمشرع الجزائري وضع بعض المعايير الموضوعية التي يستعين بها القاضي في تحديد ما إذا كان الحادث ظرفا استثنائيا يوجب تطبيق نظرية الظروف الطارئة أم لا، فمن خلال نص المادة 107 ق م ج التي تنص على كون الحادث استثنائي عام وغير متوقع فكل حادث توفرت فيه هذه المواصفات ستطبق عليه نظرية الظروف الطارئة.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي لنظرية الظروف الطارئة

إن نظرية الظروف الطارئة تعالج حادث لا يد فيه لأي من المتعاقدين كحرب أو كارثة طبيعية أو صدور قانون يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا لأحد الطرفين، أي أنها تعالج اختلال التوازن عند تنفيذ العقد، حيث تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت مما يؤدي إلى فقدان التوازن الاقتصادي بين الالتزامات الناشئة عن العقد في ذمة طرفيه، الأمر الذي يسمح للقاضي التدخل لتوزيع الخسارة على الطرفين ويرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.[6]

ثالثا: الأساس القانوني للنظرية

إن المبادئ المقررة في القانون هي التي تضع الأساس القانوني لهذه النظرية من أجل حل مثل هذه النزاعات، وهذا لمحاولة إزالة الظلم أو التعسف الذي قد يلحق أحد طرفي العقد، كما أنها تتميز عن القوة القاهرة في عدد من الشروط كما سنوضحه لاحقا.

1- المبادئ التي تقوم عليها نظرية الظروف الطارئة:

تقوم نظرية الظروف الطارئة على مجموعة من المبادئ تتمثل فيما يلي:

---

[4] أحمد يوسف عبد الرحمن بحر، نظرية الظروف الطارئة و أثرها على العقد الإداري في فلسطين (دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية)، بحث مقدم للحصول على درجة الماجستير في القانون العام، الجامعة الإسلامية، غزة، 2017، ص 123.

[5] مصطفى الجمال و رمضان أبو السعود و نبيل إبراهيم سعد، مصادر و أحكام الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2003، ص199.

[6] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: التصرف القانوني" العقد و الإرادة المنفردة"، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص252.251.

أ- **مبدأ العدالة:** الذي يقوم أساسا على القيم الأخلاقية و الإنسانية، وهو مبدأ مرن يعتبر كأساس لنظرية الظروف الطارئة، ويسعى لتكريس العدالة بين الأطراف من خلال تسوية الالتزامات التعاقدية وتحميل كلاهما تبعة الظرف الاستثنائي الذي جعل من الاستثناء مرهقا.[7]

ب- مبدأ الإثراء بلا سبب: اعتمد مبدأ الإثراء بلا سبب كأساس لنظرية الظروف الطارئة تبعا لمقتضيات العدالة التي تمنع أي طرف من أطراف العلاقة التعاقدية من استغلال الطرف الآخر.

ت- مبدأ التعسف في استعمال الحق: إن مفاد هذا المبدأ هو عدم تعسف الدائن في استعمال حقه، وهذا عن طريق فرضه على المدين تنفيذ الالتزام حتى لو كان سيتكبد خسارة فادحة بسبب الإرهاق الذي لحق الالتزام العقدي الأصلي.[8]

ث- **نظرية الغبن اللاحق:** تقوم هذه الفكرة على عدم التوازن في التزامات المتعاقدين المتبادلة المتزامنة مع إنشاء العقد، فالغبن يلحق المدين وقت إبرام العقد و نشوئه وليس بعد ذلك.

2- تمييز نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة:

إن كل من نظرية الظروف الطارئة و القوة القاهرة تقومان على نفس الشروط، إذ يشترط في الحادث أن يكون عاما وغير متوقع و لا يستطاع دفعه، إلا أن نظرية الظروف الطارئة هي نظرية قائمة بذاتها مما يستدعي وجوب الاختلاف والفصل بينهما.

كل من النظريتان ترتبان آثار مختلفة عن الأخرى، فالقوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا فينقضي بذلك التزام المدين[9]، أما فيما يخص نظرية الظروف الطارئة فإنها تجعل الالتزام مرهقا فحسب ولا يترتب عليها الاستحالة[10]، كما أن القاضي في القوة القاهرة يقضي بفسخ العقد لاستحالة التنفيذ العقدي، بينما في نظرية الظروف الطارئة فإنه يقضي بتعديل الالتزام المرهق ورده إلى الحد المعقول.

[7] محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون و الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، مصر 2007،ص75.

[8] هدى عبد الله، دروس في القانون المدني "العقد"، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2007، ص343.

[9] عمار محسن كزار الزرفي، المرجع السابق، ص13.

[10] بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني(دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983، ص6.

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة و مجال تطبيقها

حتى يتم تطبيق نظرية الظروف الطارئة لا بد من توفر مجموعة من الشروط، كما أن هذه النظرية تطبق وفقا لمجال محدد وواضح من العقود وذلك كما سيتم توضيحه في الفرعين الأول والثاني على التوالي:

أولا: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

قد تتعلق تلك الشروط بالظرف الطارئ بحد ذاته كما قد تتعلق بالمتعاقد كما سنوضحه فيما يلي:

1- الشروط المتعلقة بالظرف الطارئ:

تتمثل في ثلاثة ظروف يجب توفرها دون تخلف شرط عن الآخر نصت عليها المادة 107من ق م ج، تتمثل هذه الشروط في:

أ- **أن يكون الظرف الطارئ استثنائيا:** يراد بالحادث الاستثنائي أن يكون الحادث مما لا يتفق مع السير الطبيعي العادي للأمور، أي يكون بعيدا عما ألفه الناس.[11]

ب- **أن يكون الظرف الطارئ عاما:** يقصد بالحادث العام أن لا يكون خاصا بالمدين فقط كإفلاسه أو موته أو مرضه، بل يجب أن يكون عاما شاملا لطائفة من الناس.[12]

ت- **أن يكون الظرف الطارئ فجائي (غير متوقع):** يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ألا يكون في الوسع توقع الحادث الاستثنائي العام عند إبرام العقد[13] أي لا يمكن دفعه أو التحرز منه[14]، وتجدر الإشارة إلى أن العبرة في تحديد أن الحادث متوقعا أم غير متوقع يتم عن طريق معيار موضوعي هو معيار الشخص المعتاد المجرد.[15]

ث- تجدر الإشارة إلى أن درجة توقع الظرف الطارئ بحالة التعاقد، تتأثر فيما إذا كان شخصا أو شركة، فمهما أوتي المقاول من قدرات وإمكانيات فإن إمكانية توقعه للظرف الطارئ تكون محدودة بخلاف

---

[11] عمار محسن كزار الزرفي، المرجع السابق، ص8.

[12] عمار محسن كزار الزرفي، المرجع السابق، ص9 مأخوذ عن عصمت مجيد بكر، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ص33.

[13] المرجع نفسه.

[14] محمود فهد مهيدات، المرجع السابق، ص14.

[15] أنظر اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام . مصادر الالتزام، القاهرة، 1966، ص316.

الشركة وبما تملك من إمكانيات وخبرات في توقع الظرف الطارئ.[16] كما أنه لا يجوز إعمال أحكام نظرية الظروف الطارئة إذا كان تنفيذ الالتزام إلى ما بعد وقوع الظرف الطارئ راجعا إلى خطأ المدين.[17]

2- **الشروط المتعلقة بالمتعاقد:** تعتبر الشروط المتعلقة بالمتعاقد شروطا لازمة لا يمكن للنظرية أن تطبق بدونها وتتمثل في:

أ- **الإرهاق:** الإرهاق هو الذي ينقل نظرية الظروف الطارئة من الميدان النظري إلى ميدان التطبيق العملي، وهو أول ما يهتم القاضي بدراسته والتحقق من توفره،[18] بحيث يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب ولا يعتبر هذا الشرط محققا إلا إذا كان الضرر الذي لحق بالمتعاقد ضررا معقول[19]، وإذا لم يحصل شرط الإرهاق فإن هذا الحدث لا يعتبر ظرفا طارئا لأنه يجب أن يهدد المستثمر بخسارة فادحة، وهذه الخسارة الفادحة هي نوع من الاضطراب في اقتصاديات العقد أي درجة معينة من الاختلال تصيب التوازن الاقتصادي للعقد وبين مجرد التغيير البسيط أو الطفيف الذي قد يطرأ على اقتصاديات العقد دون أن يجعل التنفيذ مستحيلا أو حتى مرهقا بالنسبة للمستثمر أو الدولة المضيفة[20].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري تجنب تحديد معنى الإرهاق في نص المادة 107 ق م ج وترك أمر تقديره إلى القضاء.

حيث أن المشرع لما ترك السلطة التقديرية في ذلك للقاضي، فإنه بذلك جعل من النص القانوني هو المصدر غير المباشر للالتزام الذي ينشئه القاضي عند تعديله للعقد، أما المصدر المباشر لهذا الالتزام الجديد، فهو قرار القاضي.[21]

ب- **عدم القدرة على الدفع:** يقصد بذلك عدم قدرة المدين على دفع ذلك الظرف أو تجنبه وذلك بسبب خروجه عن إرادته.

---

[16] عمار كزار الزرفي، المرجع السابق، ص10.

[17] محمود فهد مهيدات، المرجع السابق، ص15.

[18] عمار كزار الزرفي، المرجع السابق، ص11.

[19] محمد أبو بكر المقصود، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الأزمة المالية العالمية نظرية الظروف الطارئة، المؤتمر العالمي السنوي الثالث عشر، الجوانب القانونية و الاقتصادية للأزمة المالية العالمية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، 2009، ص30.

[20] أسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض(دراسة في عقود التجارة الدولية)، بحث منشور في نقابة المحامين، العدد10، أيلول و تشرين أول، 2002، ص124و125.

[21] أنظر نفس المرجع السابق، ص 14.

ت- عدم الإرادية: أي أن يكون الظرف الطارئ خارج عن إرادة المدين ولا يد له في وقوعه، وإلا لما اعتبر الظرف طارئا.

ثانيا: مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة

لم تحدد المادة 107من الق م ج مجالات تطبيق نظرية الظروف الطارئة، إلا أن الفكرة التي تقوم عليها النظرية تفترض وجود عقد يستحيل تنفيذه على الحالة التي أبرم عليها.

إن النطاق الطبيعي لنظرية الظروف الطارئة هو العقود الطويلة المدى، وهذا راجع إلى أن التنفيذ في مثل هذه العقود يتراخى التنفيذ فيها، مما قد يؤدي إلى ظهور ظروف جديدة استثنائية لا يمكن دفعها، ويمكن تحديد هذه العقود في:[22]

. عقود المدة: حيث يعتبر عنصر الزمن جوهريا فيها بحكم طبيعة الأمور.

. العقود المستمرة (للانتفاع بالشيء . كعقد الإيجار)

. العقود الدورية (كاتفاق الطرفين على إشباع حاجة متكررة لمدة زمنية معينة)

هذه هي العقود التي يمكن إعمالها على نظرية الظروف الطارئة.

ثالثا: الآثار الاقتصادية لنظرية الظروف الطارئة

هناك مجموعة من الآثار الاقتصادية التي تترتب على نظرية الظروف الطارئة:

أ- حفظ المال والمحافظة عليه:

يكون المال متداولا بين أيدي الناس جميعا أو متحركا بأي شكل، وبأي طريقة كالاستثمار، فمن وسائل الاستثمار المبادلات العقدية بين الناس المتمثلة بعقود المعاوضات، إذ يمكن أن يحدث خلل في تنفيذ تلك العقود، يؤدي إلى إلحاق ضرر يرهق أحد طرفي العقد.[23]

لكن حينما يرى المستثمرون أن هناك نظرية تخفف عنهم عبء التزاماتهم في حال حدوث ظروف تؤدي إلى إلحاق خسارة فادحة لا قبل لهم بها إذا بقيت عقودهم على لزومها، فإن ذلك سيدفعهم إلى تداول أموالهم واستثمارها في الأسواق بلا خوف، لأنه أصبح لديهم قناعة بأن النظرية هي بمثابة ائتمان لهم أي تحوط لهم من الخسارة الفادحة التي قد تلحق بهم.[24]

---

[22] راجع في ذلك عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 166.

[23] محمود فهد مهيدات، المرجع السابق، ص 23.

[24] المرجع السابق، نفس الصفحة.

ب- المحافظة على البنى التحتية و مصالح الدولة العامة:

تعتبر البنى التحتية المتمثلة في المرافق العامة كالطرق، الجسور، المستشفيات، المدارس، الجامعات ونحوها من أهم مقومات الدولة، لذا يجب المحافظة عليها حتى تبقى تؤدي دورها الخدماتي للأفراد[25]، فنجد أنه عادة ما يتم النص في دفتر التعليمات الخاصة المتعلق بمشاريع الصفقات العمومية على مادة خاصة بحالة القوة القاهرة والظروف الطارئة، طبقا لما جاء به قانون الصفقات العمومية[26].

حيث نجد المواد ضمن الصفقات العمومية تنص على أن القوة القاهرة" تطبيقا للمادة 27 من دفتر الشروط الإدارية العامة الصادر بقرار وزاري مؤرخ في 1964/11/21[27]:" يقصد بحالات القوة القاهرة في تنفيذ الصفقة الحالية كل فعل أو حدث طارئ غير قابل للمقاومة أو التذليل و خارج عن إرادة الطرفين فإذا تعذر على المتعامل المتعاقد تنفيذ كل أو بعض بنود الصفقة بسبب حالة من هذه الحالات فإنه يعفى من التزاماته شريطة أن يشعر كتابيا المصلحة المتعاقدة في غضون (10) أيام من يوم وقوع الحادث".

وعليه لو أبرمت الدولة عقدا مع مقاول على أشغال معينة وحدث ظرف طارئ في البلاد أدى ذلك إلى أضرار مرهقة لو لم يتم تعديل الالتزام، مما سيلحق خسائر كبيرة للمتعاقد الملتزم، وأضرارا بالبنى التحتية وبالتالي تعطيل الكثير من مصالح الدولة، من خلال تطبيق هذه النظرية سيتقاسم عبء الأضرار الطرفان، ويحقق الإنصاف بقدر الإمكان بين الطرفين، وبهذا تحافظ على مصلحة المقاولين الأكفاء، وبالتالي نحافظ على المصالح العامة من التعطيل.[28]

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة

من خلال المادة 107 فـ3 ق م ج، نرى أن القاضي يتدخل لتعديل العقد و إزالة الإرهاق على المدين إلى الحد المعقول، إلا أن سلطته تبقى مقيدة بتحقيق الشروط والهدف الذي يبتغيه المشرع.

---

[25] نفس المرجع، نفس الصفحة.

[26] أنظر نص المادة 95 من المرسوم الرئاسي 247.15 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

[27]القرار الوزاري المؤرخ في 1964/11/21 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل، ج ر عدد 6 لسنة 1965 المؤرخة في 19 يناير 1965.

[28] محمود فهد مهيدات، المرجع السابق، ص24.

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2021 المجلد: الخامس العدد: الثاني ص.ص: 1467-1489

إن سلطة القاضي في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول تشمل الحكم بوقف تنفيذ العقد مؤقتا لحين زوال الظرف الطارئ أو زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، وقد يرى القاضي إنقاص الالتزام المرهق نفسه.[29]

كما أن ضرورة الإبقاء على العقد لتحقيق الأهداف التي أبرم من أجلها و ضرورة إقامة التوازن بين التزامات المتعاقدين، يقتضي إعطاء القاضي سلطة تقديرية واسعة تمكنه من معالجة التوازن الاقتصادي المختل وإعادة النظر في بعض شروط العقد ومنحه دما جديدا لتحقيق الهدف الذي أبرم من أجله.[30]

إذا توفرت الشروط التي نص عليها القانون في نظرية الظروف الطارئة على العقد، فإنه يعمل على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، وذلك إما عن طريق زيادة أو إنقاص الالتزامات المتقابلة، وإما عن طريق وقف تنفيذ العقد أو فسخه، فقد يرى القاضي وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان الحدث وقتيا من الممكن زواله قريبا[31].

أولا: إعادة التوازن الاقتصادي المختل

إذا اختل التوازن بين الالتزامات المتقابلة للمتعاقدين فيمكن إعادته إما بإنقاص أو بزيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق.

1- إنقاص الالتزام المرهق:

يجوز للقاضي أن ينقص التزام المدين إلى المقدار الذي يراه كافيا لرد الالتزام[32]، فيلجأ القاضي إلى أسلوب الإنقاص لرفع الإرهاق و إعادة التوازن الاقتصادي المختل، فقد يتمثل الظرف الطارئ الذي يرهق المدين، في صورة زيادة السعر، زيادة تهدده بخسارة فادحة، وفي هذه الحالة يكون الظرف الطارئ قد جاء في مصلحة الدائن للالتزام.[33]

[29] أحمد يوسف عبد الرحمن بحر، المرجع السابق، ص 175.

[30] عمار كزار الزرفي، المرجع السابق، ص13، مأخوذ عن عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص67.

[31] أحمد يوسف عبد الرحمن بحر، المرجع السابق، ص 176.

[32] أنظر عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص647.

[33] عمار كزار الزرفي، المرجع السابق، ص15.

2- زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق:

في حالة ارتفاع سعر محل الالتزام، قد يلجأ القاضي إلى زيادة الثمن المحدد في العقد بحيث يتحمل الدائن جزءا من الزيادة غير المتوقعة في سعر الشيء محل الالتزام، أما المدين فيتحمل الزيادة المألوفة المتوقعة.[34]

ثانيا: إعادة التوازن بوقف العقد أو فسخه

إذا اختل التوازن بين الالتزامات المتقابلة، فيمكن إعادته عن طريق وقف تنفيذ العقد أو فسخه.

1- وقف تنفيذ العقد:

قد يكون الظرف الطارئ وقتيا أي أنه يمكن أن يزول في مدة قصيرة من الزمن، ففي هذه الحالة للقاضي أن يقضي بوقف تنفيذ العقد مؤقتا حتى يزول الحادث الطارئ، ويبقى المدين ملزما بالتنفيذ عند رجوع الظروف إلى حالتها الطبيعية، ولا يعفى إلا من التعويض المستحق عليه بسبب التأخر في التنفيذ.

2- فسخ العقد:

إن القاعدة العامة في تطبيق نظرية الظروف الطارئة لا تجيز فسخ العقد، وإنما تجيز فقط تعديل العقد إلى الحد المعقول الذي يعيد إليه توازنه و لكنه لا ينقضي، لكن قد تؤدي الظروف الاستثنائية في بعض الحالات إلى جعل تنفيذ العقد مستحيلا وأن تعديله أو وقفه مؤقتا لا يجدي نفعا، فيكون الحل المناسب أو الوحيد أمام ذلك هو فسخ العقد، فما هو مصير العقد في هذه الحالة؟

أجازت بعض القوانين الوضعية اللجوء إلى فسخ العقد في حالة استحالة تنفيذه بسبب ظرف طارئ أدى إلى إرهاق المدين إرهاقا يزيده ضررا لو استمر في تنفيذ العقد، مثل القانون البولوني والقانون الألماني والقانون الإيطالي.

المبحث الثاني: تطبيقات نظرية الظروف الطارئة و القوة القاهرة في العقود الدولية

غالبا ما يدرج في العقود الدولية إدراج شرط إعادة التفاوض حول العقد، من أجل السير الحسن للمفاوضات أو الحفاظ على مواصلة تنفيذ العقد عند مواجهته لظروف طارئة أو قوة قاهرة، و تجنب ما قد يصطحب ذلك من مشاكل، و الغاية من ذلك هو الحفاظ على التوازن الاقتصادي للعقد والذي يتكئ على الالتزامات المتقابلة للأطراف، فالعقود التي تنفذ خلال مدة طويلة تجعل من الممكن تصور حدوث ظروف غير متوقعة تخل بهذا التوازن بصورة يصبح معها تنفيذ التزامات أحد الأطراف باهضا ومرهقا، وهنا يشكل

[34] المرجع نفسه، ص15، عن عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 78.

بند التفاوض طوق نجاة للطرف المتضرر، فمن خلاله يمكن للأطراف التفاوض على التخفيف من الالتزامات المرهقة أو الزيادة في الالتزامات المقابلة.[35]

حيث أنه في التجارة الدولية، قد يقع انخفاض في حجم التجارة بسبب مضاعفات الأزمة المالية[36]، التي ساهمت بشكل طارئ في أزمات اقتصادية أثرت على التجارة الدولية والعقود المبرمة بين الأطراف، مما يستدعي النص في تلك العقود على شرط إعادة التفاوض على العقد في حالة وقوع ظرف طارئ أو قوة قاهرة عليه.

كما أن الأمر في ذلك يعتمد على الخبراء و المفاوضين، فكلما كان إدراكهم القانوني جيدا، وقدرتهم على المفاوضة والمناورة كبيرا كلما كانت المكاسب أقوى.[37]

المطلب الأول: مفهوم شرط إعادة التفاوض

إن نظرية الظروف الطارئة و القوة القاهرة تطبق على مستوى القضاء، لكن اللجوء إلى إعادة التفاوض بالنسبة للعقود الدولية في ظل تلك الظروف يعد أفضل من اللجوء إلى القضاء والحصول على حكم قسري بالنسبة لأحد المتعاقدين، وذلك لأن التفاوض يقوم على أساس تسوية النزاع بصفة ودية وبذلك يحافظ على العلاقات بين الطرفين، لكن إلى أي مدى يعمل شرط إعادة التفاوض على إعادة التوازن للعقد في ظل الظروف الطارئة أو القوة القاهرة؟

إن التغيرات في الظروف المحيطة بالعقد لها أثر واضح على المستوى الدولي، نظرا لما تشهده حركة الأسواق العالمية من تغير ملحوظ في الأسعار والمنتوجات بسبب بعض الأحداث والظروف، لا سيما لمدة زمنية طويلة نسبيا، مما سيجعله عرضة لبعض الظروف والأحداث التي قد تؤثر في قدرة الأطراف على تنفيذ التزاماتهم.[38]

وخشية إنهاء العقد يضمنون عقدهم شرط مقتضاه إعادة التفاوض بينهما، و من ثم يحق إعادة التفاوض مرة أخرى بقصد إعادة التوازن العقدي بينهما، فقد يتعرض العقد إلى خلل في توازنه ولكن لا

[35] نبيل اسماعيل الشبلاق، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد(دراسة العقود الدولية لنقل التكنولوجيا)، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية . مجلد 29. العدد الثاني2013، ص311.

[36] أحمد أبو الوافي، نظام فض المنازعات في منظمة التجارة العالمية، دراسة مسحية تحليلية، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، العدد11، سنة 2011، ص 3.

[37] نفس المرجع، ص23.

[38] م.أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص115.

يستدعي إلغاؤه وإنما إعادة النظر فيه و التفاوض مجددا بشروطه، ولهذا يعمد الأطراف في بعض الأحيان إلى وضع شروط في عقدهم كالقوة القاهرة.[39]

يعتبر شرط إعادة التفاوض من أبرز الشروط في ميدان التجارة الدولية، لمواجهة الظروف الطارئة أو القوة القاهرة المرافقة لتنفيذ العقد، حيث أن الأطراف يحتاطون فيضمنون العقد عادة بشرط لمراجعته لاحقا إذا حدث نظرا لظروف غير متوقعة إخلال جسيم بتوازن الروابط التعاقدية بما يرتب الأضرار غير المألوفة بأحد الطرفين.[40]

أولا: تعريف شرط إعادة التفاوض

إن شرط إعادة التفاوض جاء نتيجة لضرورات عملية واقتصادية فرضتها عقود الاستثمار الدولية، وذلك لأن الثابت في الواقع العملي أن تنفيذ هذه العقود ووفاء كل طرف بتنفيذ التزاماته التعاقدية يستغرق وقتا طويلا، وقد يحدث أثناء تنفيذ هذه الالتزامات وقوع حوادث طارئة أو قوة قاهرة لم تكن متوقعة مما يصيب الأطراف بضرر كبير مما يؤدي إلى انقلاب توازن العقد واختلاله.

وقد ورد شرط إعادة التفاوض ضمن المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية، ونظمته القواعد الموحدة للتجارة الدولية الموضوعة من جانب معهد روما سنة 1944، كما تؤكد أحكام التحكيم الصادرة من غرفة التجارة الدولية بباريس على هذا الشرط حيث قررت أن "شرط إعادة التفاوض ملائم في الوقت الحاضر لكي يطبق على المعاملات التجارية الدولية لكونه يتلقى عدم التوافق في المبادئ القانونية بين الدول"[41]

ويعرفه البعض بأنه " التزام الأطراف بإعادة التفاوض حول العقد لمواجهة الظروف الطارئة التي حدثت، بهدف تعديل الالتزامات التعاقدية إلى الحد المعقول لرفع الضرر الجسيم الذي تحمله أحد الطرفين من جراء تلك الظروف"[42].

بالتالي يقصد بهذا الشرط: " أنه شرط يدرجه الأفراد في العقد و يتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم عندما يقع أحداث من طبيعة معينة يحددها الأطراف في العقد سواء في نفس الشروط الواردة بالعقد أو في اتفاق منفصل"[43]

---

[39] www matcocdroit .com تقرير حول أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون الخاص بعنوان: ضمان التوازن الاقتصادي لضمان العقود.

[40] أحمد السعيد الزرقد، عقود البنية التحتية لاستغلال النفط و الطاقة، المؤتمر السنوي الثاني عشر لكلية الحقوق، جامعة المنصورة، ص2.

[41] عبد الكريم محمد محمد السروري، النظام القانوني لنظام الطاقة، المؤتمر السنوي الحادي و العشرون، الطاقة بين القانون و الاقتصاد، ص731.

[42] أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2000،2001، ص67.

ثانيا: خصائص شرط إعادة التفاوض

يتميز شرط إعادة التفاوض من خلال التعريفات السابقة بما يلي:

1- شرط إعادة التفاوض هو شرط اتفاقي:

يعتبر شرط إعادة التفاوض شرط اتفاقي، لأن مضمونه يتوقف على اتفاق الأطراف في العقد، حيث ينظمون هذا الشرط بشكل منفصل و يبينون مفهومه و الأحداث التي يواجهها وأثرها على العقد والحلول التي يتم اللجوء إليها في حالة وقوع تلك الظروف أو الأحداث.

إن المفهوم الاتفاقي للشرط يفرض على الأطراف التحديد الدقيق لمختلف عناصره التي يشيرون إليها في العقد و تتمثل أبرز هذه العناصر في:[44]

أ- الأحداث التي يواجهها الشرط، والتي يؤدي تحققها إلى إعمال الشرط وتطبيقه، وقد تكون تلك الأحداث وطنية أو دولية، كما أنها قد تكون ذات طبيعة اقتصادية أو سياسية أو مالية، والمهم هو أن تكون تلك الأحداث خارجة عن إرادة الأطراف، غير متوقعة الحصول من قبلهم وقت التعاقد، وغير ممكنة الدفع.

ب- درجة الاختلال في توازن العلاقة العقدية الناجمة عن الحدث. والواقع من الأمر، فإن الاختلال إنما يطال اقتصاديات العقد تحديدا.

ث- مصير العقد أثناء فترة التفاوض، وما إذا كان الأطراف سوف يستمرون في التنفيذ، أم سيعلنون وقف تنفيذ العقد في انتظار نتيجة التفاوض وما يتم التوصل إليه بهذا الصدد. كما يجب أن يتضمن الاتفاق أيضا مصير العقد في حالة فشل المفاوضات والحل الذي يجب اتباعه لا سيما في حالة نشوب نزاع أو خلاف وجهات النظر بشأن مدى تحقق الشرط.

2- هو شرط خاص تختلف صوره باختلاف العقود و الظروف:

يقصد بذلك أن مضمونه ليس واحد في كل العقود، بل أنه يتنوع وفقا لرغبات الأطراف و طبيعة الظروف المرافقة لإبرام العقد وتنفيذه، فقد يواجه عقد ظروف اقتصادية بينما يواجه في عقد آخر ظروف سياسية أو مالية، وقد يتفق الأطراف في بعض العقود على إجراء التفاوض فيما بينهم، وقد يتفقون في عقود أخرى على اللجوء إلى متخصصين فنيين أو قانونيين أو على قضاء التحكيم للإشراف على عملية التفاوض،

[43] عبد الكريم محمد محمد السروري، المرجع السابق، ص731.

[44] أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 117.118.

كما قد يتفق الأطراف على تطبيق شروط لمجرد حدوث ضرر لأحدهم أيا كان مقدار ذلك الضرر، وقد يشترطون أن يكون الضرر جسيم وغير مألوف لتطبيق الشرط.[45]

إن المفهوم الاتفاقي لشرط إعادة التفاوض وإن كان يقدم مزايا كبيرة للمتعاملين في ميدان التجارة الدولية إذ يترك لهم الحرية الكاملة في صياغة الشرط وتحديد كافة عناصره، الأمر الذي يخفف من الجمود الذي يمكن مواجهته فيما لو كان الشرط معالجا ضمن نصوص وطنية أو اتفاقية دولية، إلا أن هذا المفهوم يثير بعض الصعوبات عند التطبيق للأسباب التالية:[46]

أ- بالنظر لعدم وجود مفهوم قانوني موحد للشرط، فإن تطبيقه يتطلب اتفاق الأطراف عليه صراحة في العقد.

ب- إن مجرد إشارة الأطراف في العقد إلى مصطلح (إعادة التفاوض) لا تعد كافية لتطبيق الشرط إذ أن إدراج المصطلح أعلاه في بنود العقد قد ينصرف إلى أكثر من معنى.

ت- عند وجود نقص أو غموض و تعارض في تنظيم الأطراف لشرط إعادة التفاوض، لا يكون بإمكان القاضي أو المحكم التصدي لتحديد مضمون الشرط من تلقاء نفسه، إلا أن شرط إعادة التفاوض لا تتيح أثره من حيث الإبقاء على العقد قائما برغم تغير الظروف بصورة غير متوقعة أو إعادة التفاوض عليه مرة أخرى إلا إذا توافرت شروط معينة.[47]

3- شرط إعادة التفاوض يحقق إعادة التوازن العقدي:

حيث أصبح هذا الشرط متداولا ومعمولا به في أغلب عقود التجارة الدولية نظرا للفائدة العملية التي يحققها في تلك العقود، و هو ما سنتناوله في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: إعادة التوازن العقدي

إن الظروف الطارئة تسبب إرهاقا قد يؤدي إلى إعاقة المستثمرين في تنفيذ التزاماتهم التعاقدية وخاصة أن عقود الاستثمار الدولية من أبرز أنواع العقود تأثرا بالظروف الطارئة[48]، لذلك يدرج أطراف عقود الاستثمار الدولي شرط إعادة التفاوض في عقودهم، و ذلك لتخفيف الإرهاق من خلال إعادة ضبط

[45] أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص71.

[46] م أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص118.119.

[47] احمد السعيد الزرقد، المرجع السابق، ص4.

[48] عبد الله آل جديع، مبدأ شرط المشقة في عقود التجارة الدولية، مقال منشور في جريدة الرياض، 11 ماي 2007، تاريخ الاطلاع 2018/03/17.

الالتزامات في حالة وقوع أحداث غير متوقعة وخارجة عن إرادة أطراف العقد والتي من شأنها الإخلال بتوازن العقد وذلك عن طريق إعادة التفاوض[49].

أولا: إعادة التوازن في ظل الظروف الطارئة

أصبح هذا الشرط مألوفا ومعتادا في عقود التجارة الدولية، وهذا ما أدى إلى القول بأن هذا الشرط أصبح بمثابة إحدى قواعد التجارة الدولية، وأن هذه القواعد تقتضي وجود هذا الشرط ضمنيا في عقود التجارة الدولية.[50]

فإذا طرأت ظروف غير متوقعة من شأنها أن تؤثر في التوازن الاقتصادي للعقد فإنه يجوز تعديل العقد أو نقضه باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.[51]

كما أنه يجوز تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي في حال اختلال توازنه نتيجة حادث طارئ أو استثنائي[52]، وهذا لا يؤدي لإهدار القوة الملزمة للعقد بل يؤدي إلى إيجاد فرصة لإنقاذه إعمالا لفكرة التفاوض عند تغير الظروف.[53]

1- الدور الوقائي لشرط إعادة التفاوض:

من الصعب حاليا أن نجد عقدا دوليا طويل المدة دون أن يدرج فيه الأطراف التفاوض في حالة إذ ما تطورت الظروف الطارئة إلى درجة ينقلب معها التوازن الاقتصادي للعقد الذي تم الاتفاق عليه بداية، لذا علينا أن ندرك أن التغير في الظروف أثناء تنفيذ العقد يدعوا الأطراف إلى مراجعة العقد[54]، والظروف الطارئة التي قد تحدث أثناء سريان العقد لا تحول دون الاستمرار في تنفيذه، لكنها تعرض المتعاقد إلى خسارة جسيمة تعرضه لأعباء مالية وخسارة جسيمة، وينتج عنها أثر مباشر على التوازن الاقتصادي للعقد[55]،

---

[49] هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2015.2016، ص17.

[50] العربي بلحاج، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دار وائل للنشر، 2010، ص 128.

[51] أنظر المادة 6 من القانون المدني الجزائري.

[52] أنظر المادة 07 من القانون المدني الجزائري.

[53] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 258.

[54] رشا علي الدين، سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد في ظل الأزمة المالية الراهنة، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر، الجوانب القانونية و الاقتصادية للأزمة المالية العالمية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، 2009، ص 73.

[55] فيصل يحي، إشكالية إعادة التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية بسبب تغير الظروف، مجلة القانون و الأعمال، جامعة الحسن الأول، نشر عبر www.droitetentreprise تاريخ النشر مايو 2015.

فيقوم المتعاقدان بإعادة التفاوض فيما بينهما على شروط العقد كلما طرأ طارئ، أو استجد أمر جعل تنفيذ الالتزام مرهقا وذلك تفاديا للوقوع في النزاعات فيما بينهم، وإعادة النظر عن طريق تعديل التزامات العقد بشكل ودي يضمن توازن العقد وإزالة الخلل الذي استدركه.

يتخذ التعديل في حالة الظروف الطارئة صورا متعددة حسب اتفاق الأطراف على كيفية مراجعة العقد، فقد يحصل عن طريق وقف تنفيذ الالتزامات التعاقدية، أو منح المستثمر المرهق مهلة أو مدة إضافية لتفي بتنفيذ الالتزام أو تعديله، أو عن طريق تقسيم الأعباء بين الطرفين[56].

تبعا لما تقدم فإن شرط إعادة التفاوض يعد إحدى الطرق الوقائية للحد من المنازعات التي يمكن أن تثيرها الظروف الطارئة والتي ينتج عنها عرقلة الأطراف في تنفيذ التزاماتهم التعاقدية إلى جانب عرقلة عجلة النمو، مما يستوجب إعادة التفاوض وذلك لإعادة النظر في الالتزامات، وهذا حفاظا على مصلحة الطرفين مما ينتج عنها بعث الثقة والاطمئنان للمستثمر مما يتيح الفرصة لتعامله مع الدولة المضيفة مستقبلا.[57]

إن الغاية الأساسية من ارتباط شرط إعادة التفاوض بالظروف الطارئة تتمثل في محاولة أطراف العقود التجارية الدولية في تخطي الظروف الطارئة الاستثنائية المؤقتة، وذلك من أجل استمرار العقد والمحافظة عليه.

ثانيا: إعادة التوازن في ظل القوة القاهرة

أحيانا قد يتحول الظرف الطارئ في مرحلة لاحقة إلى قوة قاهرة يستحيل معها مواصلة تنفيذ العقد، ولا حتى إعادة التوازن إليه، مما يستحيل معه الاستمرار في العلاقة التعاقدية، وهو ما يستدعي محاولة إعادة التوازن للعقد في ظل القوة القاهرة.

إن شرط إعادة التفاوض يمكن أن يلعب دورا محوريا في تخيف مخاطر القوة القاهرة، مما دفع بأطراف العقود الدولية إلى إدراج هذا الشرط في عقودهم، وهذا يعتبر حل يضمن للمتعاقدين المحافظة على توازن العقد.

[56] فيصل يحي، المرجع السابق.

[57] محمد فهد مهيدات، المرجع السابق، ص 3.

1- مفهوم القوة القاهرة:

القوة القاهرة "هي ظروف غير متوقعة تحول دون تنفيذ الالتزامات المترتبة عن أحد الطرفين أو كلاهما كما هو متفق عليه في العقد وقت إبرامه وقد تؤدي هذه الظروف إلى استحالة تنفيذ الالتزامات بصورة نهائية أو بصورة مؤقتة".[58]

تقضي القواعد العامة بأن القوة القاهرة من شأنها أن تسبب انقضاء الالتزام وعدم تحمل المدين تبعية عدم تنفيذ هذا الالتزام، مما أدى ببعض الفقهاء إلى تعريف القوة القاهرة بمفهومها التقليدي على أنها حدث أو مجموعة أحداث لم يكن في وسع المدين توقعها عند إبرام العقد ولا تداركها وهي خارجة عن سلطان إرادته ويترتب على وقوعها انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه[59]، وحسب هذا التعريف عندما يصبح تنفيذ العقد مستحيلا لسبب ما نكون أمام القوة القاهرة التي تسمى كذلك بالحادث الجبري أو المفاجئ والغير متوقع الذي يخرج عن إرادة الشخص ولا يمكن مقاومته لأنه حدث لسبب أجنبي لا دخل لإرادة طرفي العلاقة التعاقدية فيه.

أما التعريف الحديث للقوة القاهرة، فإن الواقع العملي للعقود الدولية، والدراسات الفقهية قد أثبتت أن القوة القاهرة تختلف من حيث مفهومها عن القوة القاهرة حسب القواعد العامة، حيث يجوز لهم صياغتها بشكل يتلاءم مع مقتضيات وطبيعة هذه العقود، وذلك حتى يتحقق لهم النتائج التي تم إنشاء العقد من أجلها وذلك لأنهم يفضلون الحفاظ على الرابطة العقدية بصرف النظر على حدث القوة القاهرة[60].

2- الدور العلاجي لشرط إعادة التفاوض:

إن ما يميز النظام القانوني للقوة القاهرة بمفهومها الحديث هو أنه يوفر لطرفي عقد الاستثمار الدولي إمكانية تعليق التنفيذ خلال الفترة التي يبدو فيها التنفيذ مستحيلا بصفة مؤقتة، وهذه القاعدة توجب على الأطراف التصرف بجدية وبحسن نية للحفاظ على العقد وبقائه مدة أطول من أجل مواصلة تنفيذ التزاماتهم وتحقيق النتائج التي تم من أجلها التعاقد.[61]

---

[58] عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني،(ط1)، الدار العالمية الدولية ودار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2001، ص 94.93.

[59] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 645.

[60] أحمد مروك، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2015.2014، ص 151.

[61] شرط القوة القاهرة في العقود الدولية،htm l . 4023 http://qawaneen.blogspot.com/2010/06/blog-post الاطلاع 2018/03/17 .

لكن بعد استئناف الوقت وسريان العقد فإنه في حالة القوة القاهرة سوف يتم تنفيذ الالتزامات، كما تم الاتفاق عليها عند إبرام العقد، و نجد في معظم الأحيان هذه القوة القاهرة قد تسبب مخاطر تؤدي لاختلال التزامات العقد، وهذا ما يؤدي بالأطراف بإدراج شرط إعادة التفاوض مع شرط القوة القاهرة، فهذا الأخير يتم من خلاله تعريف الأحداث التي تعتبر قوة قاهرة، أما شرط إعادة التفاوض فهو يعمل على إعادة التوازن في ظل هذه الأحداث.

3- ارتباط شرط إعادة التفاوض بالقوة القاهرة:

يمكن تشخيص أنواع متعددة من الشروط التي اقترن فيها شرط إعادة التفاوض بالقوة القاهرة والتي تختلف في صرامتها تبعا لطبيعتها العقدية وما تتطلبه من مرونة، الهدف منها الحفاظ على الرابطة العقدية مستمرة للمتعاقدين في عقود الاستثمار الدولية.[62]

تتجلى مظاهر الاقتراب بين شرط إعادة التفاوض وشرط القوة القاهرة من حيث الشروط الواجب توفرها في الحدث المؤدي لإعمال كل منهما عند تغير ظروف تنفيذ العقد، و كذلك من حيث الآثار التي يرتبها كل شرط عند إعماله في ظل إعادة التوازن، كما أن كل منهما يؤدي إلى وقف تنفيذ العقد، لكن وجه الاختلاف يكمن في أن شرط إعادة التفاوض يهدف إلى تعديل التزامات العقد بعد الفترة التي تعقب الوقف، بينما في القوة القاهرة يعقب الوقف التنفيذ بنفس الشروط.

مع ذلك يمكن إعمال شرط إعادة التفاوض إلى جانب شرط القوة القاهرة في العقود الدولية، وذلك عند وقوع قوة قاهرة تؤدي إلى اختلال توازن العلاقة العقدية بشكل يؤدي إلى إلحاق الضرر بأحد الطرفين يستحيل معه التنفيذ حسب ما تم الاتفاق عليه، فيلجأ الأطراف إلى إعمال شرط إعادة التفاوض لإعادة التوازن العقدي من خلال مراجعة وتعديل التزامات الأطراف، ولأجل الخروج بحل كفيل بتجاوز الصعوبات التي أدت إلى اختلال توازن العقد.

الخاتمة:

تعتبر نظرية الظروف الطارئة ذات أهمية كبيرة في الواقع العملي، حيث أنها تمثل قيدا يحد من القوة الملزمة للعقد وفقا لقواعد العدالة، واستثناء على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فيكون لها الدور الفعال في تخفيف الكثير من الآثار الضارة التي قد تلحق بطرفي العقد نتيجة لتغير الظروف، وهو ما يدل على أهميتها القانونية البالغة سواء في العقود الوطنية أو العقود الدولية.

[62] عبد الخالق الدحماني، ضمان التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار في إطار التحكيم الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة محمد الأول وجدة، كلية العلوم الاقتصادية و الاجتماعية، 2013.

فقد أصبحت نظرية الظروف الطارئة أو القوة القاهرة بمثابة أداة ائتمان بالنسبة للمستثمرين، وأسلوب من أساليب تحقيق العدالة بينهم من خلال تخفيفها لعبء الخسارة التي قد تصيبهم في حالة وقوع ظروف طارئة أو قوة قاهرة، فضلا عن إعادة التوازن للاختلال العقدي.

كما أن تطبيق هاته النظرية على مستوى العقود الدولية يتجسد من خلال الدور الوظيفي لشرط إعادة التفاوض المتمثل في الحد من النزاعات التي يمكن أن تحدث بسبب تغير الظروف الطارئة، ودوره العلاجي المتمثل في تخفيف حدة التوتر، مما يؤدي إلى تحقيق الاطمئنان بين المتعاقدين الدوليين والمستثمرين على مصير العقد و ضمان حقوقهم عند وقوع نزاع بينهم.

لكن بالرغم من تنامي الاهتمام الذي لقيه شرط إعادة التفاوض على الصعيد الدولي، إلا أنه لم يجد الاهتمام المناسب من قبل الدول النامية، ومن بينهم المشرع الجزائري الذي لم ينص على هذا الشرط إطلاقا، وهو ما يستدعي تقديم **التوصيات** التالية:

. ضرورة إدراج نصوص قانونية تتضمن شرط إعادة التفاوض، ودراسته والكشف عنه بشكل يخدم العقد الدولي و يحقق الاتزان عند وقوع ظروف طارئة على العقد، حتى يرتب هذا الأخير آثاره ويحقق الاستقرار في المعاملات التجارية والاستثمارية الدولية، وكذلك من أجل مواكبة التطور الحاصل في المجال التجاري الدولي، وتحسين المناخ الاستثماري.

. ضرورة النص في العقود التجارية الدولية على شرط إعادة التفاوض على العقد في حالة ورود ظرف طارئ أو قاهر يخل بتوازنه الاقتصادي، حتى يتحقق عنصر الالتزام على المفاوضات اللاحقة على إبرام العقد.

. ضرورة إنشاء هيئة خاصة تتضمن خبراء في التجارة الدولية والاقتصادية، للقيام بإجراء التفاوض على العقود بشكل سليم، وخاصة العقود طويلة المدى التي تكون عرضة لوقوع ظروف طارئة خلال هذه الفترة، ذلك حتى يكون القائم بإبرامها على دراية وخبرة كافية للإحاطة بجميع الجوانب التي تمس بسير العقد وتنفيذه بشكل سليم وحتى لا يؤدي إلى خسائر غير متوقعة، فمن تقنيات التفاوض وإبرام العقود الاختيار المناسب للطرف القائم على إبرام هاته العقود والسهر على تنفيذها، خاصة عندما يطرأ عليها ظروف طارئة أو قاهرة تجعل من العقد غير محقق لهدفه أو يخل بتوازنه الاقتصادي.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: النصوص القانونية

الأمر 58.75 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم.

المرسوم الرئاسي 247.15 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

القرار الوزاري المؤرخ في 1964/11/21 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل، ج ر عدد 6 لسنة 1965 المؤرخة في 19 يناير 1965.

ثانيا: الكتب

الجمال مصطفى و أبو السعود رمضان و سعد نبيل إبراهيم ، مصادر و أحكام الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.

السنهوري عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.

الفار عبد القادر ، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني،(ط1)، الدار العالمية الدولية ودار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2001.

بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: التصرف القانوني" العقد والإرادة المنفردة"، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

عبد الكريم سلامة أحمد، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2000.2001.

عبد الله هدى ، دروس في القانون المدني "العقد"، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2007.

غانم اسماعيل ، النظرية العامة للالتزام . مصادر الالتزام، القاهرة، 1966.

محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون والفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007.

مهيدات محمود فهد ، القواعد الفقهية وأثرها في المعاملات المالية "نظرية الظروف الطارئة"، دائرة الإفتاء العام، الأردن.

ثالثا: الرسائل والمذكرات

الدحماني عبد الخالق ، ضمان التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار في إطار التحكيم الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة محمد الأول وجدة، كلية العلوم الاقتصادية والاجتماعية، 2013.

الزرفي عمار محسن كزار ، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، جمهورية العراق، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الكوفة، كلية القانون،2015.

بحر أحمد يوسف عبد الرحمن ، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري في فلسطين (دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية)، بحث مقدم للحصول على درجة الماجستير في القانون العام، الجامعة الإسلامية، غزة،2017.

بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني(دراسة مقارنة)، مذكرة انيل شهادة الماجستير، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر،1983.

مروك أحمد ، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 201.2014.

هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2016.2015.

رابعا: المقالات

أبو الوافي أحمد ، نظام فض المنازعات في منظمة التجارة العالمية، دراسة مسحية تحليلية، مجلة العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، العدد11، سنة 2011.

الشبلاق نبيل اسماعيل ، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد(دراسة العقود الدولية لنقل التكنولوجيا)، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية . مجلد 29. العدد الثاني2013.

منصور محمد خالد ، تغير قيمة النقود و تأثر ذلك بنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي المقارن، مجلة دراسات علوم الشريعة و القانون، الجامعة الأردنية، المجلد(1)، العدد1988،1.

خامسا: أشغال الملتقيات

الزرقد أحمد السعيد ، عقود البنية التحتية لاستغلال النفط والطاقة، المؤتمر السنوي الثاني عشر لكلية الحقوق، جامعة المنصورة.

السروري عبد الكريم محمد محمد ، النظام القانوني لنظام الطاقة، المؤتمر السنوي الحادي و العشرون، الطاقة بين القانون و الاقتصاد.

المقصود محمد أبو بكر ، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الأزمة المالية العالمية نظرية الظروف الطارئة، المؤتمر العالمي السنوي الثالث عشر، الجوانب القانونية و الاقتصادية للأزمة المالية العالمية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، 2009.

جاسم أسيل باقر ، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض(دراسة في عقود التجارة الدولية)، بحث منشور في نقابة المحامين، العدد10.9، أيلول و تشرين أول، 2002.

علي الدين رشا ، سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد في ظل الأزمة المالية الراهنة، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر، الجوانب القانونية والاقتصادية للأزمة المالية العالمية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، 2009.

سادسا: المواقع الإلكترونية

تقرير حول أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون الخاص بعنوان: ضمان التوازن الاقتصادي لضمان العقود.www matcocdroit .com تاريخ الاطلاع2018/02/22.

عبد الله آل جديع، مبدأ شرط المشقة في عقود التجارة الدولية، مقال منشور في جريدة الرياض، 11 ماي 2007، تاريخ الاطلاع 2018/03/17.

فيصل يحي، إشكالية إعادة التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية بسبب تغير الظروف، مجلة القانون والأعمال، جامع الحسن الأول، تاريخ النشر مايو2015 www.droitetentreprise ، تاريخ الاطلاع 2019/01/08.

شرط القوة القاهرة في العقود الدولية،ا htm . 4023 على الموقع http://qawaneen.blogspot.com/2010/06/blog-post تاريخ الاطلاع 2018/03/17.