

جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

دور المحكم في إنقاذ العقد التجاري الدولي من الفسخ

مذكرة مقدمة استكمالا لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص
تخصص: القانون الخاص للأعمال

إشراف الأستاذ
أ/ موكه عبد الكريم

إعداد:
الطالبة: بوجعدار إيمان
الطالبة: ينار كريمة

تاريخ المناقشة: 2015 /06 /03

لجنة المناقشة

أ/ د. هاشمي حسن..... رئيسا
أ/ موكه عبد الكريم..... مشرفا مقرر
أ/ بولقواس سناء..... ممتحنا

السنة الجامعية: 2014 /2015

دعاء

قال الله تعالى:

﴿فَلَمَّا تَغَيَّرَ عَادَ - دَامَكَ اللَّهُ أَطْلَارًا أَلَا خَوْلًا تَ - نَسَ ذَ - صَبِيكَ مَوْلًى أَ - ظَلَمْتَنِي كَمَا - أَ - حَسَنَ
اللَّهُ إِلْمِيكَ - وَلَا تَغَيَّرْ أَدَ - فساد في لأ رُضَّ لِنَ اللَّهُ - لَا يَحِبُّ لِمُفْسِدِينَ ﴿٧٧﴾

سورة القصص الآية 77.

إلْمِي لَا يَطْبَعُ اللَّيْلَ إِلَّا بِشُكْرِكَ وَ لَا يَطْبَعُ النَّهَارَ إِلَّا بِطَاعَتِكَ، وَ لَا تَطْبَعُ

اللِّحْظَاتِ إِلَّا بِذِكْرِكَ ... وَ لَا تَطْبَعُ الْآخِرَةَ إِلَّا بِعَفْوِكَ ... وَ لَا تَطْبَعُ الْجَنَّةَ إِلَّا

بِرُؤُوسِكَ اللَّهُ جَلَّ جَلَالُهُ.

إِلْمِي مَن بَلَغَ الرِّسَالَةَ وَ أَدَّى الْأَمَانَةَ ... وَ نَصَحَ الْأُمَّةَ ... إِلْمِي نَبِيَّ الرَّحْمَةِ وَ

نُورَ الْعَالَمِينَ سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ سَلَّمَ.

شكر و عرفان

بشكر اولاً وأخيراً ودوماً لصاحب الفضل الرزاق الموفق الله عز وجل، الذي من علينا وأوصلنا إلى ما نؤمن عليه والذي منحنا الصبر والإرادة لإتمام هذا العمل.

نتقدم بأخلص عبارات الشكر و الامتنان و التقدير إلى الأستاذ المشرف "موتة عبد الكريم" على مساعدته وتوجيهاته ونصائحه وعلى وقته الذي منحه لنا وعلى تفهمه و صبره معنا و على كل المجهودات المبذولة من طرفه من أجل انجاز هذا العمل و إخراجه إلى الوجود.
شكراً أستاذنا الفاضل.

ثمّ نتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ الفاضل "ناصر نبيل" الذي لم يبخل بإفادتنا بكل ما جادت به فكرته.

و إلى كل من ساعدنا من قريب أو بعيد أستاذة كانوا أم زملاء

و إلى الأسرة الجامعية وطاقم إدارة كلية الحقوق والعلوم السياسية.

لكل هؤلاء شكراً جزيلاً.

قائمة المختصرات

1- باللغة العربية.

- ص: صفحة.
- ف: فقرة.
- ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- ق م ج: قانون مدني جزائري.
- د س: دون سنة .

2- باللغة الفرنسية.

- *CCI: Chambre de Commerce International.*
- *JDI: Journal de droit international (clunet).*
- *LGDJ :libraire général de droit et de la jurs pudance.*
- *OMC: Organisation mondial de commerce*
- *Op cit :Opus citato, précédemment cit*
- *RTD.Com: Revue trimestriel de droit commercial*
- *P: Page*

مقدمة

تشكل عقود التجارة الدولية العصب الرئيسي في الحياة الاقتصادية العالمية وتتخذ أشكالاً متعددة تيسيراً للمعاملات التجارية التي بلغت في تنوعها حداً لا حصر له. ويتخذ العقد التجاري الدولي أسماء وأشكال عدة طبقاً لاتفاق أطراف العقد، لذا يحتل العقد الدولي مركز الصدارة في النظم القانونية المختلفة، وفي المعاملات التجارية على الصعيدين المحلي والدولي إذ من خلاله قد تنشأ معظم الحقوق والالتزامات لدى يعتبر العقد من أهم مصادر الالتزام باعتباره ناتج عن توافق الإرادتين أو أكثر بقصد إحداث أثر قانوني¹.

ونظراً لما تمثلها عقود التجارة الدولية من أهمية اقتصادية كبيرة ليست فقط بالنسبة لأطراف العقد وإنما كذلك بالنسبة للدول التابعة لها، أضف إلى ذلك أن أهمية عقود التجارة الدولية تتعدى في كثير من الأحيان مصالح الأطراف واقتصاديات الدول التابعة لها هؤلاء الأطراف إلى اقتصاديات الدول المجاورة لها. وبالتالي تتأثر اقتصاديات هذه الدول كثيراً بتنفيذ أو عدم تنفيذ هذه العقود التجارية الدولية.

تتميز عقود التجارة الدولية عن مثيلاتها بطول مدتها، ويرجع تحديد طول المدة في هذه العقود إلى إرادة الأطراف ورغبتهم في تحقيق نوع من الاستقرار في معاملاتهم التجارية الدولية وكذلك ضخامة مبالغها المالية ومواردها البشرية وقدراتها الاقتصادية والتجارية الهائلة. كما هو الحال في عقود الإنتاج والتوريد وعقود نقل التكنولوجيا، وإنشاء الطرقات الدولية والاتصالات وعقود بناء المفاعلات النووية للأغراض السلمية... الخ فهي قد تحتاج إلى فترة من الزمن لكي يتمكن الأطراف من تنفيذ التزاماتهم المتولدة عن تلك العقود، قد تمتد هذه الفترة لسنوات عديدة مما يجعل تنفيذ مثل هذه العقود في بعض الأحيان عرضة للتقلبات ولتغيرات الظروف، فالظروف المحيطة بإبرام عقد يمتد تنفيذه لسنوات طويلة لا يمكن أن يبقى على حاله طيلة هذه المدة، فإذا طرأ تغير في الظروف المصاحبة لتنفيذه فإنه لا مجال للشك أن ذلك سيؤثر في التزامات الأطراف المتعاقدة مما يجعله مرهقاً إرهاباً فادحاً للمدين،

¹ محمد حسين منصور، العقود الدولية: ماهية العقد الدولي وأنواعه، تطبيقاته، مفاوضات العقد وإبرامه، دار الجامعة

الجديدة للنشر، مصر، 2009، ص 10.

يكون مصحوبا بخسارة فادحة إذا وصل التنفيذ على شكله الحالي ولما مستحيا بسبب أجنبي خارج عن إرادة المتعاقدين نتيجة لما يصاحب ذلك من تغير في الظروف¹، فقد تكون ظروف اقتصادية مثل الأزمة الاقتصادية أو ارتفاع في أسعار المواد الأولية وذلك في بعض العقود التي يتم تنفيذها لفترة زمنية طويلة مثل عقود التوريد، مما قد يعرض أطرافها لبعض المخاطر في التنفيذ².

قد تكون ظروف سياسية كالقرارات الصادرة من حكومة دولة معينة بقطع العلاقات بينهما وبين حكومة دولة أخرى. مما يجعل تنفيذ التزامات الطرف المنتمي إلى هذه الدولة مستحيا أو مرهقا.

كما قد تكون هذه الظروف تشريعية أو قانونية أيضا كصدور بعض القوانين التي تمنع الاستيراد أو التصدير أو تمنع تداول رؤوس الأموال مما يؤثر بشكل أو آخر على تنفيذ العقد.

أخيرا قد تكون هذه الظروف تقنية أو فنية كتطور فن الإنتاج بالنسبة لمنتج معين بحيث يصبح هذا المنتج أكثر تقدما وأقل سعرا، مما يؤدي إلى تغير في ذوق المستهلك بالنسبة للمنتج محل العقد وبقائه في المخازن دون تصرف، وفي مثل هذه الحالات ليس من الغريب أن نجد العقد الذي تكمن وظيفته الأساسية في استقرار المراكز القانونية بين الأطراف خلال مدة تنفيذه وتحقيق قدر من الاستفادة المتبادلة بين المتعاقدين، قد أصبح محكوما عليه بأن لا يقوم بهذا الدور لذا فعدم التنفيذ في مثل هذه الحالات يعتبر مما لا شك فيه خرقا لمبدأ استقرار واستمرار المعاملات التجارية ومبدأ الحفاظ على العقد والحصول على الأهداف المرجوة التي ارتضاها الأطراف من تنفيذ مثل هذه العقود التجارية الدولية.

كما تكون لإرادة الأطراف دور كبير في هذا الصدد في الحد من هذه التغيرات والتقلبات في الظروف مما يبعث الثقة والاطمئنان لذا المتعاملين الاقتصاديين.

¹ شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة لنشر، مصر 2007، ص 01.

² محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 192.

ترتبا على ذلك فإنه إذا تأثر العقد بهذه الظروف مما يجعل تنفيذه مستحيلا ومرهقا بالنسبة لأحد الأطراف المتعاقدة فإن قواعد العدالة تعطي إعادة النظر في الأحكام المتولدة عن هذا العقد، خاصة إذا أظهر الأطراف رغبتهم في الاستمرار في العلاقة¹.

فمن أجل الحفاظ على استمرار العقد التجاري الدولي وانقاده من الفسخ يلجا الاطراف الي التحكيم التجاري الدولي الذي يعتبر طريقا خاصا لحل النزاعات التجارية الدولية مفادها اختيار الأطراف لقضائهم، حيث يخول أطراف النزاع مهمة الفصل فيه إلى محكمين يعينونهم بمحض مشيئتهم²، إذ أصبح من أهم المظاهر القانونية المعاصرة ومن الموضوعات الهامة التي تشغل مكانا بارزا في الفكر القانوني والاقتصادي الدولي المعاصر تأسيسا على ذلك أصبح التحكيم التجاري الدولي في الوقت الراهن وسيلة يرغب المتعاملون في مجال التجارة الدولية اللجوء إليها لحسم خلافاتهم الناجمة عن تعاملاتهم، فلا يكاد يخلو عقد من العقود المذكورة من شرط يشير إلى إتباع التحكيم عند حدوث نزاع يتعلق بتفسير أو تنفيذ العقد المذكور ليتمكن بذلك هذا العقد من الإفلات من سلطة قضاء الدولة ويخضع إلى قضاء خاص من وضع أطراف النزاع أنفسهم³.

إن ذبوع التحكيم واتساع مجاله في حقل التجارة الدولية يرجع إلى عدة اعتبارات أهمها رغبة المتعاقدين في الأسواق الدولية بالتححرر قدر الإمكان من القيود التي توجد في النظم القانونية الدولية، ورغبتهم في الهروب من مشكلة تنازع القوانين نظرا لميل القاضي لتطبيق قانونه الوطني حتى في المنازعات الناشئة عن هذه العلاقة إلى القضاء الوطني.

كما أن التحكيم أداة لإقامة العدل بين الناس وأنه عمل قضائي يجري خارج نطاق المحاكم، فهم يمثل طريق استثنائي، إذ يكون محددًا بقدر ما حدده الاتفاق، كذلك قلة كلفة التحكيم بمقارنتها مع مصاريف التقاضي أمام المحاكم.

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 02.

² حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية للنشر، مصر، د س، ص 03.

³ كمال إبراهيم، قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، مصر، 1991، ص 30.

حيث يتميز بالسرية وذلك لحفظ أسرار أطراف النزاع إضافة إلى السرعة في الفصل في موضوع النزاع، حيث يستغرق وقت أقل من الوقت الذي يستغرقه النظر في الموضوع أمام المحاكم، إضافة إلى بقاء العلاقة بين الأطراف المتنازعة قائمة في تعاملاتهم التجارية لأن التحكيم قبل كل شيء يعمل على تقريب مصالح الأطراف المتنازعة¹.

يعتبر التحكيم التجاري الدولي أحسن وسيلة لفظ إشكالات تنفيذ عقود التجارة الدولية حيث يرجع ذلك لما يتميز به من إيجابيات.

يتعلق موضوع البحث بالعقد بصفة عامة ويعقود التجارة الدولية بصفة خاصة وموضوع البحث أو الدراسة لا يقتصر على معالجة وتقديم دراسة تفصيلية لمختلف هذه العقود وإنما يركز على دور المحكم وتدخله في واقع عقود التجارة الدولية، وهذا كَرغبة في المحافظة على استمرار العقد وينصب البحث على أهم مرحلة من مراحل الوجود القانوني للعقد التجاري الدولي وهي مرحلة تنفيذ العقد وبالأخص في حالة عدم تحقق العقد بالشكل الذي تم الاتفاق عليه من قبل الأطراف.

تم اختيار هذا الموضوع نظرا إلى أهميته العملية في الحياة الاقتصادية من خلال ما يحققه الأطراف المتعاقدة في مجال التعاملات التجارية الدولية، والمحافظة على استمراره بالنظر إلى ما تقدمه عقود التجارة الدولية من تقدم وثقة وأهمية علمية وقانونية إذ أن تبني مفهوم إعادة التفاوض في العقد والحفاظ عليه والاستمرار في تنفيذه نتيجة تختلف كليا في مضمونها عن فسخ العقد، وانتقاء مسؤولية المدين وانتهيار العلاقة التعاقدية بين الأطراف، لذا يعمل الأطراف عند إبرام العقد التجاري الدولي على صياغة أحكام خاصة بعنصر استقرار العقد واستمراره آخذين بعين الاعتبار موضوع العقد وما يحيط به لضمان حسن تنفيذه وفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.

¹ طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، الطبعة السابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص ص

سوف نعتد في معالجة هذا الموضوع على المنهج الوصفي وتحليل الجزئيات ذات العلاقة بخصوصية عقود التجارة الدولية وفقا لما تقتضيه طبيعة الدراسة.

نهدف من خلال موضوع هذه الدراسة إلى معرفة مدى قدرة المحكم في المحافظة على بقاء واستمرارية العقد التجاري الدولي هذا ما يدفعنا إلى طرح الإشكالية التالية:

إلى أي مدى يمكن للمحكم الحفاظ على استمرار تنفيذ العقد التجاري الدولي من الفسخ امام الظروف والمتغيرات المحيطة بالعقد الدولي؟

يتم التطرق من خلال دراسة هذا الموضوع إلى النظر في دعوة المحكم أطراف العقد الدولي إلى إعادة النظر حول بنود العقد التجاري الدولي تجنباً للفسخ **(الفصل الأول)**. ثم اقتصاد دور المحكم في مجال الفسخ للإبقاء على استمرارية العقد التجاري الدولي **(الفصل الثاني)**.

الفصل الأول

دعوة المحكم أطراف العقد الدولي لإعادة التفاوض لتجنب الفسخ

ما دام أن العقد التجاري الدولي ممتد في الزمن فإنه سيكون عرضة للتأثر بتغير الظروف المحيطة به، فهي تكون ممتدة لفترة طويلة لا يمكن أن تبقى على حالها، فإذا طرأ تغيراً على الظروف المصاحبة لتكوين العقد فإن هذا سيؤثر بلا شك في بعض عناصر العقد وتتأثر تبعاً لذلك التزامات المتعاقدين، لذا فالأصل واحد في عقود التجارة الدولية هو أن العقد يبرم بهدف بقاءه والاستمرار في تنفيذه رغم ما يعتريه من ظروف أثناء مرحلة تنفيذه إذ تجعله مستحيل التنفيذ.

تجدر الإشارة أن هذه الظروف تكون غير متوقعة في تقدير المتعاقدين عند إبرام العقد التجاري الدولي، خاصة لطول مدتها والصعوبات التي تؤدي إلى اختلال توازن العقد التجاري الدولي، مما يقضي ضرورة إعادة النظر في العقد مرة أخرى من أجل المحافظة عليه عن طريق دعوة المحكم الأطراف المتعاقدة لإعادة التفاوض حول بنود العقد التجاري الدولي تجنباً لفسخه الذي يعتبر الحل الأسوأ الذي يعتري عقود التجارة الدولية¹.

لذا فإن دعوة المحكم أطراف العقد لإعادة التفاوض من جديد يعتبر من أهم الطرق التي يتم اللجوء إليها عندما يقع خلل في تنفيذ العقد التجاري الدولي (المبحث الأول) وما قد ينتج عنه من نتائج في حال فشل أو نجاح إعادة التفاوض حول بنود العقد التجاري الدولي (المبحث الثاني).

¹ عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية النظرية المعاصرة، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 288.

المبحث الأول: مضمون إعادة التفاوض.

لقد أفرز واقع عقود التجارة الدولية حلولاً قد اعترف من خلالها الأطراف بحرية واسعة في تنظيم عقودهم بمقتضى نوعين من الشروط: الأول يسمى شرط التعديل التلقائي للعقد يهدف إلى تعديل بنود العقد تلقائياً دون تدخل الأطراف، أما الثاني فيسمى بشروط مراجعة العقد أي مراجعة بنود العقد عن طريق شرط إعادة التفاوض بين الأطراف، ويتحدد مفهوم إعادة التفاوض بالنطاق وبالإشارة التي قد تم الاتفاق عليها من قبل الأطراف، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث.

المطلب الأول: مفهوم إعادة التفاوض.

من أجل إعطاء معنى شامل لمضمون إعادة التفاوض قسم هذا المطلب إلى فرعين حيث يتضمن الأول تعريف إعادة التفاوض في حين يتضمن الثاني نطاق أعمال إعادة التفاوض أي ماهية الحدث المبرر لإعمال إعادة التفاوض.

الفرع الأول: تعريف إعادة التفاوض.

لقد خلق الفن التعاقد في ميدان التجارة الدولية أكثر من شرط لمواجهة ما يحصل من تغير في الظروف التي تأتي مرافقة لتنفيذ العقد¹، خشية إنهاء العقد فقد يضمنون عقدهم شرطاً مقتضاه إعادة التفاوض بينهما يحق لهم من خلاله إعادة التفاوض مرة أخرى بقصد إعادة التوازن العقدي بينهما، ويظهر هذا خاصة في عقود الطاقة التي تتسم بطول المدة والتي تعثرها أحداث تجعل تنفيذ الالتزام صعباً².

¹ أسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض، مجلة الحقوق، عدد 3، جامعة بابل، العراق، 2011، ص 118.

² عبد الكريم محمد السروي، النظام القانوني لعقود الطاقة، المؤتمر السنوي الحادي والعشرون الطاقة بين القانون والاقتصاد كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2013، ص 227-229.

إذ يسعى أطراف العقد لحماية أنفسهم من تقلبات الظروف التي تحيط بتنفيذ عقودهم، مهما كانت طبيعتها، وعليه فإن شرط إعادة التفاوض من أبرز تلك الشروط وأكثرها أهمية على الصعيد العملي¹.

يمكن تعريف إعادة التفاوض بأنه "شرط يدرجه الأطراف في العقد يتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم بغرض تعديل أحكام العقد عندما تطرأ أحداث معينة يحددها الأطراف من شأن هذه الأخيرة أن تؤدي إلى الإخلال بتوازن العقد وإصابة أحد المتعاقدين بضرر جسيم"².

يحفظ هذا الشرط توازن العقد من خلال إعادة التفاوض، وتعتبر عقود نقل التكنولوجيا من العقود التي لا تخلوا من تنظيم هذا البند³. وعليه يمكن أن نخلص إلى:
أولاً: إعادة التفاوض شرط اتفاقي، إذ أن مضمونه يتوقف على ما تم الاتفاق عليه من قبل أطراف العقد، وعليه عادة ما يلجأ الأطراف إلى تنظيمه بشكل مفصل، حيث يسعى الأطراف إلى تبيان وضع مفهوم للشرط وكذلك الأحداث التي يواجهها وأثرها على العقد. بالإضافة إلى الحلول التي يتم اللجوء إليها من قبل الأطراف في حالة وقوع تلك الأحداث. ونظراً للأهمية الكبيرة التي تحتلها إرادة الأطراف في صياغة مضمون إعادة التفاوض فإن البعض يرى إن هذا المضمون ليس له مفهوم محدد مستمد من قانون معين، بل انه يتم تحديد مفهومه وتطبيقه على ما يتفق عليه الأطراف في عقودهم. وعليه فإن المفهوم الاتفاقي للشرط يفرض على الأطراف التحديد الدقيق لمختلف عناصر الشرط التي يشيرون إليها في العقد بغية تأمين التطبيق الجيد له⁴. ولعل من أبرز العناصر التي يتعين تحديدها من خلال هذا المضمون ما يلي :

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 117.

² أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 117.

³ نبيل إسماعيل الشبلاق، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد (دراسة في العقود الدولية لنقل

تكنولوجيا)، جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد 02، سوريا، 2013، ص 311.

⁴ أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 117.

1- الأحداث التي يواجهها الشرط، والتي يتوقف تحققها على إعمال الشرط وتطبيقه، كما تجدر الإشارة إلى أن هذه الأحداث قد تكون دولية أو وطنية، كما تكون ذات طبيعة اقتصادية أو سياسية أو مالية¹.

إذ المهم أن تكون هذه الأحداث خارجة عن إرادة الأطراف، بحيث تكون غير متوقعة الحصول من قبلهم أثناء التعاقد وغير ممكنة الدفع.

2- درجة الاختلاف في توازن العلاقة العقدية، والناجمة عن الحدث في الواقع أن الاختلال إنما يطال بالتحديد كل من اقتصاديات العقد.

3- مصير العقد أثناء فترة التفاوض، وما إذا كان الأطراف سوف يستمرون في التنفيذ أم سيعلمون وقف تنفيذ العقد انتظاراً منهم لنتيجة إعادة التفاوض وما يتم التوصل إليه بهذا الخصوص.

إضافة إلى هذا يجب أن يتضمن الاتفاق كذلك مصير العقد في حالة فشل إعادة التفاوض. والحل الذي يجب إتباعه لاسيما في حالة نشوب نزاع أو اختلاف في وجهات النظر حول مدى تحقق الشرط.

ثانياً: يعتبر شرط خاص، تختلف صورته باختلاف العقود والظروف، إذ أن مضمونه ليس واحداً في كل العقود، بل يتنوع وفقاً لرغبات الأطراف وطبيعة الظروف المحيطة لإبرام العقد وتنفيذه. لذا تتغير صور هذا الشرط من عقد إلى آخر. فقد يواجه في عقد ما ظروف اقتصادية بينما يواجه في عقد آخر ظروف سياسية أو مالية².

كما قد يتفق الأطراف على تطبيق الشرط لمجرد حدوث ضرر لأحدهم مهما كان مقدار ذلك الضرر، كما قد يشترط أن يكون الضرر جسيم وغير مألوف لتطبيق الشرط. إضافة إلى أن إرادة الأطراف قد تنتج في بعض العقود إلى إجراء إعادة التفاوض فيما بينهم في ضوء التفاهم وحسن النية، وقد يتفقون في عقود أخرى إلى اللجوء إلى

¹ سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1988، ص 405.

² أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 118.

المتخصصين من فنين وقانونيين أو حتى قضاء التحكيم للإشراف على عملية إعادة التفاوض¹.

كما تجدر الإشارة إلى أن هذا التنوع الذي طرأ على الشرط في صورته المختلفة، قد أثر بشكل كبير في طريقة تحريره، فبعد أن كان المتعاملون في ميدان التجارة الدولية يعتمدون في إعداد الشرط على الصياغات العامة أصبحوا يلجئون إلى الصياغات الأكثر تحديدا ودقة في وصف هذا المضمون، ومن أمثلة الشروط العامة ذلك الشرط الذي اعتاد المتعاملون في العقد الدولي للبضائع على إدراجه في عقودهم والذي نص على أنه "أن روح الاتفاق تقضي أن يحفظ دائما التوازن المالي لأداءات المتعاقدين، لدى من المناسب عند وقوع أحداث هامة تخل بشكل كبير في هذا التوازن أن يتفاوض المتعاقدين لإعادة التوازن لأداءاتهم..."².

كما أن المتعاملون في ميدان المعاملات المالية يعتمدون على صياغات أكثر دقة، ومن ذلك الشرط الذي ينص على أنه "الاتفاق الحالي للقرض ثم إجراءه على أساس معطيات قانونية ومالية مطبقة حاليا، وفي حالة تدخل القانون أو اللوائح في تفسير جديد للنصوص المطبقة بحيث يعدل المصطلحات المالية الموجودة في الاتفاق أو يؤمم المؤسسة، فإن المقترض سوف يعلن المقرض بالحدث، ويتفاوض الأطراف في الأشهر الثلاثة التالية لهذا الإعلان لتعديل الاتفاق الحالي"³.

تجدر الإشارة كذلك إلى أن المفهوم الإتفاقي لإعادة التفاوض وإن كان يقدم مزايا كثيرة للمتعاملين في ميدان التجارة الدولية، إلا أنه يترك لهم الحرية الكاملة في صياغة الشرط

¹ أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 118.

² Rochfelaire Ibara ,L'aménagement de la force majeure dans le contrat essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée, these de doctorat, université de Poitiers, 2012, p 200.

³ أسيل باقر جاسم، المرجع السابق ، ص 85.

لتحديد كافة عناصره، الأمر الذي يخفف من حدة الجمود الذي يمكن مواجهته فيما لو كان الشرط معالجا ضمن نصوص وطنية أو اتفاقيات دولية¹.

بالإضافة إلى أن هذا المفهوم الإتفاقي يفرض على الأطراف لتأمين التطبيق الجيد له، أن يحددوا بدقة مقصدهم من مختلف عناصر الشرط التي يشيرون إليها في العقد ومن مختلف الشروط التي درستها مجموعة العمل برئاسة "فونتان" FONTANE MARCEL والتي درست "التعديل الإتفاقي للعقود طويلة المدة"، والتي ذكرها الأستاذ "فليب" PHILIPPE DENIS في نهاية مقالته².

إلا أن هذا المفهوم يثير بعض الصعوبات عند التطبيق لأسباب عديدة منها:

1- بالنظر لعدم وجود مفهوم قانوني موحد للشرط، فإن تطبيقه يتطلب اتفاق الأطراف عليه صراحة في العقد، إذ لا يمكن تطبيقه إلا إذا تم الإتفاق عليه من قبل الأطراف صراحة في العقد.

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

3- في حالة وجود غموض أم نقص أو تعارض يعتري تنظيم الأطراف لإعادة التفاوض لا يكون بمقدور القاضي أو المحكم التصدي لتحديد هذا المضمون من تلقاء نفسه، كما قد يواجه كل من القاضي أو المحكم صعوبة كبيرة في تفسير النوايا الداخلية للأطراف إضافة إلى ما يرمون إليه³.

إذ تظهر الصعوبة كبيرة أمام كل منهما في تحديد نية الأطراف خاصة عندما يجادل أحد الأطراف في توافر عناصر الشرط كما كانت في نية الأطراف عند إبرام العقد. لذا فإن

¹ أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 118.

² مجموعة الشروط التي درستها مجموعة العمل برئاسة "FONTANE MARCEL" و التي ذكرها الأستاذ " PHILIPPE DENIS" نقلا عن شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 39.

³ أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 119.

غالبية فقهاء التجارة الدولية يؤكدون على ضرورة الصياغة الدقيقة والواضحة لما يتضمنه ويحتويه هذا الشرط في مختلف عناصره.

ففي الأخير يتبين أن التطبيق السليم لإعادة التفاوض يستلزم تنظيماً دقيقاً من جانب الأطراف لكل عنصر من عناصره¹.

الفرع الثاني: نطاق أعمال إعادة التفاوض.

يقصد بنطاق إعادة التفاوض الأحداث التي يمتد إليها الشرط لمواجهة ما ينجم عنها من تأثير على العقد بحيث تؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد، وبالتطرق إلى الشروط التعاقدية المنظمة لإعادة التفاوض يتبين لنا بوضوح أنه هناك شروط لا بد أن تتوافر في الحدث حتى يكون ممكناً تطبيق وإعمال إعادة التفاوض وكذلك أعمال الأحداث الخاصة به.

في الحقيقة إن هذه الشروط تتجسد عموماً في استقلال الحدث عن إرادة المدين، وعدم إمكانية توقع الحدث أو دفعه أو حتى تجنب نتائجه الضارة².

أولاً: استقلال الحدث عن إرادة المدين.

كما أن هناك من الفقه من يطلق عليه (الخارجية) أي أن يكون الحدث خارجاً عن إدارة المدين، حيث أن هذا الشرط يسمح بحماية المتعاقد من تدخل متعاقد آخر سيئ النية في إحداث التغيير بشكل مباشر أو غير مباشر³. ورغم الأهمية الظاهرة لهذا الشرط إلا أنه كان محل إنكار من جانب الفقه وهذا من ناحيتين.

فمن ناحية يستبعد بعض الفقه وجود هذا الشرط ضمن شروط الحدث الذي يواجهه شرط إعادة التفاوض، ويكتفون بشرطي عدم التوقع أو استحالة الدفع. ومن ناحية أخرى يرى بعض الفقه أنه شرط غير محدد وغير منضبط كذلك وأنه لا بد وأن يختلط مع شرطي عدم التوقع واستحالة الدفع، حيث أن المدين إذا التزم بالعناية والحيلة والحذر في التوقع وبدل

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 43.

² أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 119.

³ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 269 - 270.

قصار جهده للتغلب على الحدث ودفعه، فإنه يكون قد أثبت أنه لم يرتكب أي خطأ وأن الحدث خارج عن إرادته، كما أن قرارات التحكيم التجاري الدولي تكتفي بالشرطين المذكورين في الحدث الذي يواجهه إعادة التفاوض¹.

والواقع في الأمر أن الانتقادات المقدمة لم تعطي أهمية لشرط تكوين الحدث الذي يواجهه إعادة التفاوض، إذ نجد أن غالبية الفقه يرون أن هذا الشرط يعد أساسي وضروري في الحدث. كما أن أهميته لا خلاف عليها لاسيما في عقود التجارة الدولية أيضا.

فمن خلال دراسة وتحليل ما ورد من شروط تعاقدية يمكن أن نستنتج حقيقة ثابتة مفادها أن أي تغيير في الظروف المحيطة بتنفيذ العقد يجب أن لا يرد إلى إرادة المدين وأن يكون أجنبيا عنها تماما².

أما الإدعاء بأن هذا الشرط ليس له ذاتية خاصة لان باقي الشروط والمتمثلة في عدم التوقع واستحالة الدفع تغني عنه، ويمكن الرد عليه بأن الذاتية الخاصة التي يتمتع بها هذا الشرط محل اتفاق من جانب كبير من الفقه. كما لا يمكن التسليم والقول بأن باقي الشروط تغني عنه³.

- كما يتنوع التعبير عن هذا الشرط في عقود التجارة الدولية التي يحرص فيها الأطراف على تحديد مفهوم إعادة التفاوض والحدث الذي يواجهه، ففي عقد أبرم بين شركة بريطانية مع أخرى فرنسية عبر الأطراف عن شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين بعبارة (حدث مستقل عن إدارة الشركة المدنية)⁴. في حين عبر الأطراف عن هذا الشرط في عقد آخر أبرم بين شركة صينية وأخرى هندية بعبارة (حدث خارج عن سيطرة الأطراف)⁵. كما جاء في الشرط

¹ قرار التحكيم الصادر في قضية رقم 214 سنة 1974 - منشورة في مجموعة أحكام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مصر، 2002، ص 122، نقلا عن أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 120.

² أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 121.

³ شريف محمد غانم، المرجع السابق، ص 272.

⁴ أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 121.

⁵ سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 97.

الوارد في إحدى عقود التوريد بأنه (شروط الاتفاق الحالي يمكن أن تراجع باتفاق مشترك بين الأطراف إذا وقع حدث أجنبي عن الأطراف...) ¹.

في المقابل تتبنى مبادئ العقود التجارية الدولية (اليونيدروا) UNIDROIT مصطلحا آخر لوصف الشرط إذ تنص المادة (2-2-6) الخاصة بتعريف إعادة التفاوض على أنه "تكون بصدد إعادة التفاوض عندما تقع أحداث تهدم بشكل أساسي توازن الأداءات العقدية وتفلت من سيطرة الطرف المضرور ..." ².

فإذا انتقلنا إلى قضاء التحكيم فإنه في المنازعات التي تصدى فيها المحكمون لتحديد مفهوم القوة القاهرة أو شرط إعادة التفاوض Hardship وبيان عناصره، نجد أنهم يوضحون من الناحية الموضوعية علاقة المدين المتمسك بسبب انتفاء المسؤولية أو بتغير الظروف بالحدث المدعى به، دون الاهتمام باستخدام مصطلح معين للتعبير عن استقلال الحدث عن إرادة هذا المدين ³.

• إذ في القرار الصادر في القضية رقم 3093/3100 لسنة 1979، فحصت هيئة التحكيم بدقة ما إذا كان قرار خطر تحويل الأموال الصادرة من البنك المركزي لشركة المدعي عليها لا تتوافر فيه صفة الاستقلال عنها أم لا ⁴.

حيث توصلت الهيئة في النهاية بعد بحث علاقة الشركة بالبنك المركزي في دولتها إلى عدم اعتبار القرارات الصادرة منه قوة القاهرة ⁵.

¹ المادة 10 من عقد التوريد المبرم عام 1976 بين شركة SONSMITH و شركة COLTD.ETHERM CHEMIE الوارد في DR. Prat, contracte international نقلا عن أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 12.

² المادة (2-2-6) مبادئ معهد روما بشأن عقود التجارة الدولية (اليونيدروا)، طبعة 1994.

³ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 281.

⁴ قرار غرفة التجارة الدولية، المجموعة الأولى من القرارات، ص 365 و ما يليها، نقلا عن شريف محمد غنام، المرجع نفسه ص 281.

⁵ Osman Filali, Les principes généraux de la lex mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, LGDJ, Paris 1992. p 52.

ولم يختلف الأمر بالنسبة للقرار الصادر في القضية رقم 2478 لسنة 1974¹. وفي القرار الصادر في القضية الخاصة بإنشاء مصنع للوقود النووي الصادر بجلسة 24 يوليو 1985. قد يثار التساؤل عن المعيار الذي يمكن وفقا له تحديد معنى ومضمون شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين؟

عليه نلاحظ على مستوى ميدان التجارة الدولية وجود معيارين لهذا الصدد:

1- المعيار الشخصي: حيث أن المقصود باستقلال الحدث عن إرادة المدين هو ألا تشارك إرادة المدين وبأي شكل في وقوع الحدث. وأن ذلك يقضي الى أن يقوم القاضي أو المحكم بتحديد موقف المدين وسلوكياته لمعرفة ما إذا كان قد ساهم بشكل أو بآخر في وقوع الحدث².

كما يقول البعض "يظهر استقلال الحدث من عدم مشاركة المدين في وقوع العائق".

2- المعيار الموضوعي: أو (المادي) حيث لا يكتف بأن لا تشارك إرادة المدين في وقوع الحدث بل يجب بالإضافة إلى ذلك أن يكون هذا الحدث بعيدا عن عمل أو نشاط المدين³. ففي الواقع فإنه يوجد فارق كبير في التطبيق والنتائج العملية بين المفهومين

الشخصي والموضوعي للشرط، فتطلب المفهوم الموضوعي يطلق من مجال تطبيق الشرط ويرجع ذلك إلى اشتراط أن يكون الحدث مستقل عن إرادة المدين ومستقل عن النشاط أو العمل الذي يؤديه، يقلل كثيرا من حالات السماح بالتخلص من المسؤولية أو بإعادة التعديل في العقد من ناحية، ومن ناحية أخرى سوف يؤدي إلى رفض السماح باعتبار مرض المدين وحالات الاضطراب أسباب لانتهاء المسؤولية أو لتعديل العقد ووفقا لأحكام شرط إعادة التفاوض.

¹ قرار غرفة التجارة الدولية، المجموعة الأولى من القرارات، ص 322 و ما يليها، نقلا عن شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 281.

² أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 121.

³ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 283 - 284.

- فالإضراب الذي لا يحدث في مشروع المدين أو مرضه مستقلين عنه وفقا لهذا المفهوم¹.

- كما أن المادة (2-2-6) من مبادئ عقود التجارة الدولية اليونيدروا تشير إلى تبني المعيار الشخصي في تقدير استقلال الحدث عن إرادة المدين، إذ تنص على أنه (تتوافر حالة الأحداث الشاقة إذا وقعت ظروف تخل بتوازن العقد بشكل جوهري سواء بارتفاع تكاليف التحقيق على أحد الأطراف، أو بانخفاض قيمة ما يلقاه أحد الأطراف و يشترط ... أن تكون هذه الأحداث خارجة عن سيطرة الطرف الذي تعرض لها ...)².

حيث يظهر واقع التعامل في ميدان التجارة الدولية واضحا إلى الأخذ بالمعيار الشخصي³. كما تميل كذلك غالبية قرارات التحكيم التجاري الدولي إلى الأخذ بالمعيار المذكور سالفًا. **ثانيا: عدم إمكانية التوقع.**

إذا كان الفقه والقضاء يجمعان على ضرورة توافر شرط عدم التوقع في الحدث المشكل للقوة القاهرة وإعادة التفاوض فإنهما يفترقان في تحديد نطاق هذا التوقع⁴. إذ يعد توقع الحدث أو عدم توقعه الفاصل في تحديد قدرة المتعاقد على تفادي وقوع الحدث من خلال الاستعداد السابق لمواجهته إذا كان يتوقعه أو عدم قدرته على ذلك إذا لم يكن يتوقع الحدث، وبالرجوع إلى مبادئ العقود التجارية الدولية والتي تنظم شرط إعادة التفاوض على ضرورة أن يكون الحدث الذي يواجهه الشرط المذكور غير ممكن التوقع من طرف المدين.

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 284 .

² التعليق على نص المادة (2-2-6) من مبادئ عقود التجارة الدولية، مكتب الشلفاني للاستشارات القانونية، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، 2000، ص 230، نقلا عن أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 121.

³ غالبا ما يعبر المتعاقدون عن هذا الشرط (حدث خارج أو مخرج عن سيطرة الأطراف المتعاقدة).

⁴ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 239.

إذ تنص المادة (6-2-2) منها في الفقرة (ب) على أنه (...إذا لم يستطيع الطرف المضرور أن يأخذ في حسبانته مثل هذه الأحداث وقت إبرام العقد)¹ وكذلك الأمر بالنسبة لقضاء التحكيم الذي يؤكد في قراراته المختلفة على ضرورة توافر شرط عدم التوقع في الحدث الذي يواجهه إعادة التفاوض. ومن ذلك القرار الصادر في القضية رقم 2708 في عام 1977 عن هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية بباريس، إذا كانت هيئة التحكيم قد رفضت في هذه القضية الأخذ بفكرة الظروف الطارئة استناداً إلى عدم أخذ القانون الفرنسي بها، وهو القانون الواجب التطبيق على العقد ما لم يرد نص في هذا العقد يسمح بتطبيقها فمن الاعتبارات القوية التي جعلت هيئة التحكيم ترفض الأخذ بطلب البائع الذي يتجسد في زيادة الثمن المتفق عليه أو وقف التزامه بالتوريد لوجود اعتبارات قوية رجحت توقع الأطراف لارتفاع الأسعار وفقاً للظروف بحيث تكون هذه التغيرات غير بعيدة عن تصوراتهم وقت إبرام العقد². وهو ما يتجسد كذلك في القرار الصادر في القضية رقم 1782 في عام 1972 حيث أشار في تعليقه الأستاذ "ديران" DERAINS إلى غياب شرط عدم التوقع في الصعوبات التي واجهها ممثلو الشركة الألمانية الذين ينتمون إلى الجنسية الإسرائيلية في تنفيذ مهامهم في إحدى الدول العربية.

تتجسد هذه الصعوبات في الحصول على التأشيرات اللازمة لدخول الأراضي العربية إلى مكان التنفيذ³.

إذ جاء في القرار (... إن العقبة عندما تكون متوقعة وقت إبرام العقد فعلى المدين اتخاذ كل الإجراءات و الاحتياطات اللازمة لتجنب وتخفيف أثارها والامتناع عن إبرام العقد وإيجاد حل لها)⁴. هذا ويتم تقديم قدرة المدين على التوقع بشكل واقعي ووفقاً لظروف كل حالة على حدة.

¹ أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 121.

² المرجع نفسه، ص 121.

³ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 237.

⁴ أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 121.

لا بد كذلك من الإشارة إلى أن واقع التقدم العلمي والتكنولوجي وكذلك التطور الهائل في ميدان الحاسوب والاتصالات قد قلب الموازين التقليدية في قياس مدى توقع المدين للحدث حيث حصر مجال عدم التوقع في نطاق ضيق، ومن الفقه من يرى أن تقرير مدى توافر شرط عدم التوقع يجب أن يرافق الاحتمال الجاد لوقوع الحدث¹.

يقصد بالاحتمال الجاد لوقوع الحدث وجود فرص معقولة وحقيقية تسمح بالقول بأن الحدث سوف يقع، بعبارة أخرى فمن أجل استبعاد خصيصة عدم التوقع من طرف المحكم أو القاضي يجب أن تكون هناك درجة كبيرة من الاحتمال الغامض أو غير الواضح لوقوع الحدث.

وعليه نجد أن قضاء التحكيم يأخذ بمعيار الاحتمال الجاد في قياس توافر شرط عدم التوقع. ففي إحدى القرارات عرفت هيئة التحكيم التي نظرت في نزاع عدم التوقع بأنه "في لحظة وقوع الحدث لا توجد أية أسباب خاصة تدل على أنه سوف يقع"².

كما تحول القضاء الفرنسي عن المفهوم المتشدد لعدم التوقع، هجر معيار استحالة التوقع بفضل الاجتهادات الفقهية. يأخذ القضاء المصري بدوره كذلك بالاحتمال الجاد لوقوع الفعل كمقياس لشرط عدم التوقع، وتقدير هذا الاحتمال الجاد وتقدير وجود سبب خاص يبعث على احتمال وقوع الحدث أمر متروك للمحكم وفقا لسلطته التقديرية وبالنظر كذلك لظروف كل حالة على حدة³.

كما تأخذ كذلك اتفاقيات التجارة الدولية بهذا المفهوم المرن لعدم التوقع في المادة 79 من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع 1970، وكذلك المادة 74 من القانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية لسنة 1964.

لكن من جانب آخر نجد أن نطاق عدم التوقع يثار بشأنه العديد من التساؤلات أي هل عدم التوقع ينصرف إلى الحدث فقط ؟ أم إلى نتائجه أم الاثنين معا؟

¹ **Quin (A.)**, *L'aménagement conventionnel de l'inexécution des obligations contractuelles, (La compensation d'une obligation par une autre en cas d'inexécution)*, thèse, Aix-Marseille III, 2000,p23.

² أسيل باقر جاسم، **المرجع السابق** ص 122.

³ شريف محمد غنام، **المرجع السابق**، ص 246.

في واقع الأمر أن الفروض التي يثيرها هذا التساؤل لا تخرج عن أربعة:

_ أن يكون الحدث ونتائجه متوقعين من قبل المدين كما لو توقع سحب رخص التصدير العائدة له بسبب وجود خلافات سياسية بين دولته والدولة التي يعمل فيها، مما يجعله يواجه صعوبات كبيرة في توريد المنتجات إلى الدولة التي ينفذ فيها العقد وهنا لا جدال في عدم توافر شرط عدم التوقع.

_ كما يكون فيه الحدث ونتائجه غير متوقعين بالنسبة للمدين وقت إبرام العقد كأن يقوم بإبرام عقد بيع محصول زراعي بين مشروعين تابعين لدولتين مختلفتين تم تأتي آفة غير متوقعة تطيح بالمحصول وتجعل تنفيذ العقد مستحيلا أو مرهقا، ولا خلاف في توافر عدم التوقع في هذا الفرض¹.

- إذ فيه يتوقع المدين الحدث ولكنه لا يتوقع نتائجه بشكل جيد، كأن يقرر المدين احتمال وقوع سيول أو فيضانات أو حروب أو اضطرابات سياسية أو حتى اقتصادية إلا أنه يتوقع ما ينتج عنها من تبعات تطال قدرته على التنفيذ، وكثيرا ما يتحقق هذا الفرض في واقع التعامل التجاري الدولي².

- تكون النتائج متوقعة من المدين بينما يكون الحدث الذي يرتب هذه النتائج غير متوقع منه إذ يتصور هذا الفرض عندما يتوقع هذا المدين وجود آثار معينة تؤثر في التزامه دون أن يتمكن من ربط هذه الآثار بوقوع حدث بعينه وقت إبرام العقد. ففي عقود التوريد وعقود الإنشاءات طويلة المدة قد يتوقع انخفاضا في العائد من التوريد أو المقابل الذي يتقاضاه دون أن يتمكن من إسناد هذه الزيادة أو هذا الانخفاض إلى أحداث معينة كأن يكون سببها مجرد تقلبات في الأسعار.

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 248.

² المرجع نفسه، ص 248.

كما يختلف الفقه في تقدير مدى اعتبار شرط عدم التوقع متوافر في كل من الفرضين الثالث والرابع إذ يرى البعض¹ أن الأهمية في تقدير عدم التوقع تتعلق بنتائج الحدث فقط. فشرط عدم التوقع يعد متحققا متى كانت النتائج السلبية للحدث غير متوقعة وإن كان الحدث ذاته متوقعا بالنسبة للمدين. وإعمال هذا الرأي يؤدي إلى القول بتوافر شرط عدم التوقع في الفرض الثالث دون الرابع².

أما بالنسبة للرأي الراجح فإنه يرى أن عدم التوقع يجب أن ينصرف إلى الحدث ونتائجه، إذ يبدو منطقيا اعتبار شرط عدم التوقع قائما إذا كان المدين سيتوقع الحدث فقط دون أن يتوقع نتائجه أو العكس. لذلك يكون شرط عدم التوقع غير متوافر في الفرضين المذكورين.

إضافة إلى ما تم ذكره سافا فإنه يتم تقدير شرط عدم التوقع وقت إبرام العقد. ففي هذا الوقت يفترض بالأطراف أنهم قد واجهوا كل الظروف والأحداث التي من المحتمل أن تؤدي أو أدت إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للالتزامات العقدية. وعلى المتعاقد أن يبذل في تقدير التوقع عناية الشخص المعتاد وتطبيقا لهذا المعيار يلتزم المحكم أو القاضي بتحديد ما إذا كان الحدث متوقعا أو على العكس غير متوقع بالنسبة لهذا المدين نفسه دون الاعتذار بأنه ظروف خارجية أخرى.

ففي حالة صدور قانون يفرض رسوما أو إجراءات إدارية جديدة تجعل تنفيذ الالتزام بالتوريد صعبا من الناحية القانونية أو حدوث كوارث طبيعية حالت دون تنفيذ التزام المدين فإن توقع هذه الأحداث يكون غير مرتبط بنية المتعاقدين وحتى يكون الحدث غير متوقع يجب ألا يكون في مقدور الشخص العادي أن يتوقع حدوثه ولو وجد في نفس ظروف المدين وقت التعاقد، بغض النظر عن توقع هذا المدين فعلا وقوع هذا الحدث أو عدم توقعه³.

¹ أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 123.

² شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 249.

³ أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 123.

ثالثا :عدم إمكانية دفع الحدث و تجنب نتائجه.

إن الحديث عن إمكانية أعمال إعادة التفاوض لا يكتمل دون التحدث عن خصوصية مهمة يشترط لإعمال هذا الأخير ضرورة توفرها من قبل المدين بحيث لا يكون بمقدوره دفع وقوع الحدث وتنافيه وحتى التغلب على نتائجه السلبية الضارة ولو ببديل تضحيات. فلو كان بإمكان المدين دفع الحدث أو حتى تجنب نتائجه الضارة، ولم يتم بذلك رغبة منه في التمسك بإعادة التفاوض وهذا بغرض تغيير بعض البنود وكذلك شروط العقد فإنه يكون مخلا بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود لاسيما وأن مبدأ حسن النية له أهمية كبيرة في ميدان المعاملات التجارية الدولية التي تعتمد في الكثير منها على المعايير الأخلاقية القائمة على الثقة المتبادلة بين الأطراف من جهة ومن جهة آخر على التعاون وحسن النية كذلك¹. فإن إرادة الشخص -هي في الواقع - محور لشرط عدم إمكانية الدفع، إذ نجد أن لهذا الشرط ارتباط جد وثيق بالإرادة، فحيثما كان هذا الشرط متوافر في الحدث فإن ذلك يعني بالضرورة انعدام إرادة المدين وكذلك قدرته على التصرف على نحو يتفادى من خلاله الحدث ونتائجه².

يتخذ مفهوم قدرة المدين على دفع الحدث وتجنب نتائجه من الناحية العلمية صور شتى:

يكون فيها المدين قادرا على دفع الحدث وتفاذي النتائج الناجمة عنه بشكل مطلق. وعندئذ يعد الشرط مختلف عن الحدث إذا لم يتم المدين بمنع وقوع الحدث أو حتى تفادي نتائجه. فإذا كان بإمكان المورد أن يدرء عن مستودعاته خطر الصواعق التي حدثت ولم يفعل، فلا يجوز له التمسك بها كحدث مبرر لإعمال مضمون إعادة التفاوض³.

_ إذ يكون المدين قادرا على التقليل فحسب من إمكانية وقوع الحدث وحجم نتائجه الضارة فعندئذ فإن شرط عدم إمكانية دفع الحدث وتجنب نتائجه لا يتحقق في حالة ما

¹ أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 124.

² عبد الحليم عبد اللطيف الغوفي، مبدأ حسن النية و أثره في التصرفات القانونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية مصر، 1997، ص 198.

³ أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 124.

إذا أغفل المدين عن اتخاذ بعض الاحتياطات والقيام ببعض التصرفات التي تكشف الظروف عن أهميتها وضرورتها من أجل التقليل من حجم الحدث وآثاره الضارة. كما بإمكان المدين اتخاذ تدبير أو إجراء وقائي يساعد على التقليل من حجم النتائج الضارة للحدث. كإبلاغ الدائن بوقوع الحدث وهذا حتى يتمكن هذا الأخير من تدارك الضرر للامتناع عن إبرام صفقات جديدة ترتبط ارتباط مباشر بالالتزامات التي شابها الاختلال بسبب الحدث.

لذا نجد أن شرط عدم إمكانية الدفع يتمتع بأهمية خاصة على الصعيد القانوني والعملية إذ يصبح بمقتضاه المدين أمام حادث يتجاوز إرادته كما يتجاوز حدود طاقته مما يعكس بوضوح انتفاء ركن الخطأ في سلوكه، وتقاس درجة الجهد الذي يجب أن يبذره المدين في دفع الحدث وتجنب نتائجه الضارة بمعيار شخصي يعتد فيه بظروف المدين الشخصية ووسائله الخاصة وإمكاناته الذاتية أيضاً¹.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن تفعيل إعادة التفاوض من المحكم.

إذا توافرت في الحدث كل من خاصية الاستقلال عن إرادة المدين وعدم إمكانية التوقع وعدم إمكانية الدفع، ونجم عن هذا الحدث اختلال في توازن العقد فإن إعادة التفاوض يترتب آثاره.

كما تتجلى هذه الآثار في وقف الأطراف لتنفيذ التزاماتهم العقدية والشروع في إعادة التفاوض في العقد وفق للمتغيرات الجديدة من أجل التوصل إلى اتفاق جديد بالإضافة إلى قواعد محددة تحكم عملية التفاوض.

يتناول الفرع الأول تدخل المحكم لوقف تنفيذ العقد كونه الأثر الأول لإعمال إعادة التفاوض بينما الفرع الثاني دراسة الالتزام بإعادة التفاوض أما الفرع الثالث دراسة القواعد التي تحكم سير عملية إعادة التفاوض.

¹ أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 124.

الفرع الأول: تدخل المحكم لوقف تنفيذ العقد الدولي.

قد يطرأ على تنفيذ العقد بعض الأحداث التي تجعل هذا التنفيذ مستحيل لفترة زمنية معينة قد تطول أو تقصر، وتماشيا مع رغبة الأطراف في هذه العقود على الإبقاء على العقد واستمرار العلاقة بينهم نشأ نظام وقف تنفيذ العقد¹، ويعرف الوقف على أنه تعطيل أو إعاقة مؤقتة في تنفيذ العقد ناجمة عن حدث يخرج عن سيطرة الأطراف، ويهدف إلى الحفاظ على الرابطة العقدية خلال فترة الانقطاع من أجل استئناف العقد مرة أخرى.

إذ أن وقف المتعاقد تنفيذ التزامه لا يجعله مخلا بالعقد، كما لا يعني فسخ العقد إذ يظل التزام المتعاقد الذي تم وقف تنفيذه قائما.

يقصد بوقف تنفيذ العقد كذلك توقف الطرفين عن تنفيذ التزاماتهما العقدية المتبادلة لحين إعادة التفاوض في العقد والتوصل إلى اتفاق جديد لتنظيم تلك الالتزامات².

إذ يهدف الوقف إلى تحقيق فائدة مزدوجة إذ يحمي من جهة أولى العقد من الزوال الحال بسبب وجود عائق قد يستمر فترة قصيرة، أي يؤمن بقاء العلاقة التعاقدية بين الأطراف والمراكز القانونية لهم خلال فترة زمنية معينة. ومن جهة ثانية يسمح للعقد بالسريان مرة أخرى منتجا نفس الآثار التي كان منتجا لها من قبل أي أنه يحفظ فرصة العقد في المستقبل³.

فإذا كانت القوة القاهرة بمفهومها التقليدي تجيز وقف العقد كما تجيزه أيضا القوة القاهرة بمفهومها الحديث، فإن نطاق الوقف يختلف في كل من المفهومين فمن ناحية يقتصر الوقف في ظل المفهوم التقليدي للقوة القاهرة حسب الأصل على حالة الاستحالة المؤقتة في الالتزام فلا يمتد إلى أي حالة أخرى. أما في ظل المفهوم الحديث للقوة القاهرة فإن الوقف يمتد إلى حالة إعادة التفاوض، و من ناحية أخرى بالنسبة لوقف العقد في حالة الاستحالة المؤقتة

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 314.

² أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 129.

³ حسام الدين كمال الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية مصر، 1995، ص 379.

والتي تعتبر عاملا مشتركا بين المفهوم القديم والحديث للقوة القاهرة، فإن الفارق يضل واضحا، بناءا عليه يكون نظام وقف العقد في حالة الاستحالة المؤقتة في ظل المفهوم المرن للقوة القاهرة أصبح الأصل الذي تتجه إليه إرادة الأطراف ولا يوجد اعتراض عليه من أحدهما إذ أصبح من مسلمات التجارة الدولية¹.

وللإحاطة بوقف تنفيذ العقد كأثر لإعادة التفاوض، فإننا سنتناول بالنتائج الأساس القانوني للوقف أولا، و شروط الوقف ثانيا و اثار الوقف ثالثا و انقضاءه رابعا.

أولا: الأساس القانوني للوقف.

إن وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية يجد أساسه في مصادر متعددة، حيث يستند نظام وقف تنفيذ العقد إلى أكثر من أساس قانوني خاصة عند أعمال إعادة التفاوض تحديدا، إذ يعتمد في تنظيمه على إرادة القوة القاهرة إلا إذا كانت نهائية تؤدي إلى فسخ العقد و براءة ذمة المدين².

في واقع الأمر إن وقف تنفيذ العقد كأثر لشرط إعادة التفاوض يستند إلى إرادة الأطراف وما ينظمونه في شروطهم التعاقدية إذ يتفق الأطراف في الغالب على وقف تنفيذ العقد فترة من الزمن بعد وقوع الحدث لحين إعادة التفاوض في العقد و التوصل إلى اتفاق جديد وينطلق نظام الوقف بعد وقوع الحدث في الفترة التي تسبق عملية التفاوض كما ينطلق أيضا أثناء عملية التفاوض³.

فمن الشروط التعاقدية التي اتفق فيها الأطراف صراحة على وقف تنفيذ العقد، الشروط الواردة في عقد تركيب مصفاة بترول والذي اتفق فيه الأطراف على وقف تسليم البترول (وقف تنفيذ التزاماتهم) وامتداد العقد المبرم بعدد أيام العمل التي توقفت فيها الشركة المختصة بتركيب المصفاة بسبب أحداث طارئة تقضي بإعادة التفاوض في بنود العقد

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 316.

² المرجع نفسه، ص 317.

³ سيف الدين محمد محمود البلعاوي، جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق،

جامعة القاهرة، مصر، 1994، ص 106.

الأصلي¹، وأيضا الشرط الوارد في عقد تركيب مصفاة لزيت الطعام في رومانيا الذي نص على وقف سريان العقد إذا طرأت أحداث قاهرة دون إتمام التركيب².

إن إرادة الأطراف تلعب دورا كبيرا في تحديد نطاق الوقف، فقد يتفقون على ان يشمل الوقف كل الالتزامات الناتجة من العقد، ويكون الوقف كلي في هذه الحالة. فقد يتفقون على أن الوقف لا يسري إلا على الالتزامات التي تتأثر بالظروف الخارجية فقط دون باقي الالتزامات ويكون الوقف جزئي في هذه الحالة.

وتأخذ كثيرا من اتفاقيات التجارة الدولية والشروط النموذجية العامة لها بنظام وقف العقد فمن أمثلة هذه الاتفاقيات اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع (فيينا 1980)³.

وكذلك الأمر بالنسبة للشرط النموذجي الذي أعدته غرفة التجارة الدولية فيما يتعلق بشرط القوة القاهرة ويأخذ كذلك القانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية (لاهاي 1964) بنظام وقف العقد وإن لم ينص عليه صراحة.

كما تشير مبادئ العقود التجارية الدولية إلى نظام وقف تنفيذ العقد، إذ تنص المادة:

(6-2-02/3) على أنه "لا يخول طلب إعادة التفاوض في حد ذاته الطرف الذي اختل التزامه بالحدث الحق في التوقف عن التنفيذ، بل يجب تنظيم ذلك بنص صريح". بمعنى أن طلب إعادة التفاوض لا يمنح المتعاقد المضرور حق التوقف عن تنفيذ التزاماته مباشرة بل عليه الاستمرار في التنفيذ، إلا إذ وجد اتفاق صريح يخول للمضرور حق التوقف الفوري عن تنفيذ التزاماته بمجرد وقوع الحدث⁴.

من جانب آخر فإن قضاء التحكيم في ميدان التجارة الدولية يميل إلى الأخذ بنظام وقف تنفيذ العقد حفاظا عليه أيا كانت طبيعة الأحداث التي تعيق التنفيذ، وذلك إيمانا منهم

¹ أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 129.

² شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 323.

³ اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، 1980.

⁴ المادة (6-2-02/3) مبادئ معهد روما بشأن عقود التجارة الدولية (اليونيدروا) 1994.

بخطورة وأهمية عقود التجارة الدولية وفداحة الخسائر التي تتجم عن إنهاء العقد قبل إتمام تنفيذه¹.

هذا ويكون قرار المحكم بوقف تنفيذ العقد كاشفا وليس مقررا، ويتحقق ذلك في حالة قيام الأطراف بتنظيم إعادة التفاوض وما ينجم عنه من وقف تنفيذ العقد بشكل واضح لا يشوبه أي لبس أو غموض.

كما يلعب التحكيم دورا أساسيا في حالة نشوب نزاع بين الأطراف حول مدى انطباق إعادة التفاوض على ما واجه تنفيذ العقد من أحداث أو في حالة طلب أحد الأطراف وقف التنفيذ واعتراض الطرف الآخر عليه، و كذلك في حالة عدم طلب وقف التنفيذ من قبل الطرفين، إذ يستطيع المحكم في الفروض المذكورة الحكم بوقف التنفيذ من تلقاء نفسه². كما تؤكد قرارات التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية أن المحكمون يفضلون وقف تنفيذ العقد لحين زوال عائق التنفيذ أو أثناء إعادة التفاوض وأهمها ما ورد في القرار الصادر في القضية رقم 1703 لسنة 1971 حيث اعترفت هيئة التحكيم بوجود حالة القوة القاهرة في المدة التي بدأت فيها الأعمال العدائية وحتى نهايتها و نفس المبدأ طبقه قضاء التحكيم في قضية "بارسونس" Parsons³ القرار الصادر في القضية رقم 2795 عن هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية في باريس. إذ فرضت هيئة التحكيم وقف العقد من تلقاء نفسها و كان أطراف النزاع قد ضمنوا عقدهم الإشارة إلى إعادة التفاوض في العقد في حالة ما طرأت أحداث معينة إلا أنهم لم يشيروا بشكل صريح أو ضمني، إلى وقف تنفيذ العقد لحين الانتهاء من الاتفاق⁴.

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 328 - 329.

² أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 130.

³ جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي -دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2009 - 2010، ص 205.

⁴ أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 130.

كما نجد كذلك هيئة التحكيم أشارت في نفس الصدد في القضية رقم 2894 إلى أن: ".... وعلى الأطراف الامتناع عن تنفيذ التزاماتهم لحين الانتهاء من الاتفاق على تعديل جميع بنود العقد وبما يتناسب مع الوضع الاقتصادي الجديد..."

ثانياً: شروط وقف التنفيذ.

لقد أكدت اتفاقية لاهاي 1964 في فقرتها الأولى من المادة 73¹، على أنه لكل من طرفي العقد (البائع و المشتري) وقف تنفيذ التزاماته إذا تبين لأحدهما أن المركز الاقتصادي للطرف الآخر قد اضطرب بعد إبرام العقد اضطراباً خطيراً يضيف معه أن يعجز عن تنفيذ جانب أساسي من التزاماته.

ووفقاً لاتفاقية فيينا يشترط لاستعمال أحد طرفي عقد البيع حقه في وقف التنفيذ توافر أربعة شروط تتمثل في:

- 1- وقوع ظروف معينة تنبئ عن عدم تنفيذ أحد طرفي العقد جانبا هاما من التزاماته.
- 2- أن تقع هذه الظروف بعد إبرام عقد البيع الدولي للبضائع.
- 3- وجود دلالة واضحة على أن المدعى عليه سوف يرتكب مخالفة ما في تنفيذ جانب هام من التزاماته.
- 4- أن تتصل هذه الظروف بجانب هام من التزامات المدعي عليه².

ثالثاً: آثار وقف تنفيذ العقد.

يعتبر وقف تنفيذ العقد في الحقيقة مرحلة وسطى بين تنفيذه و انتهائه، لذا فإن الأثر الطبيعي الذي يترتب على وقف تنفيذ العقد هو وقف تنفيذ الالتزامات الناجمة عن العقد بالإضافة إلى وجود التزامات أخرى يفرضها الوقف بحد ذاته³.

¹ المادة 01/73 من اتفاقية لاهاي للبيع الدولي للبضائع، 1964.

² نعم حنا رؤوف، وقف التنفيذ في عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً للاتفاقيات الدولية -دراسة تحليلية في ضوء أحكام اتفاقية لاهاي 1964 و اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع-، 1980، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد 11، العراق، 2007، ص 449.

³ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 345.

أ- وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية في العقد.

انطلاقاً من أن وقف التنفيذ هو فترة سكون أو خمول في العلاقة العقدية، فإن من الطبيعي أن يترتب على ذلك وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية الناجمة عن العقد التي تأثر تنفيذها بتحقيق الحدث، أما الالتزامات الأخرى التي لم تتأثر بالحدث فتبقى مستمرة وتكون ملزمة للمتعاقدين، ويؤدي عدم تنفيذها إلى قيام مسؤولية المدين العقدية أما بالنسبة للالتزامات الفرعية فإذا كانت هذه الالتزامات ترتبط بالالتزام الأصلي الموقوف فإن الوقف يمتد إليها في حالتين :

1- أن يؤثر الحدث وبشكل مباشر على قدرة المدين على تنفيذ الالتزام الفرعي بحد ذاته.

2- أن يكون الالتزام الفرعي مرتبطاً بالالتزام الرئيسي موقوف (أصلي)، ففي هذه الحالة يمتد الوقف ليطال الالتزام الفرعي أيضاً. ففي عقد البيع مثلاً يؤدي وقف تنفيذ الالتزام بتسليم البضاعة إلى وقف تنفيذ الالتزام بنقل هذه البضاعة لارتباط كل من الالتزامات بالتسليم والنقل ببعضهما في هذا العقد، في حين لا يؤدي وقف تنفيذ الالتزام بتسليم البضاعة إلى وقف تسليم الالتزام بالتأمين عليها لاستقلال الالتزام الأخير عن الالتزام بالتسليم.

وعليه فإن الوقف يمتد ليشمل التزامات المتعاقد الآخر، فلا يقتصر على التزامات المدين الذي تأثرت قدرته على تنفيذ الالتزام بوقوع الحدث، كما لا يمكن للدائن أن يجبر المدين على تنفيذ التزامه خلال فترة الوقف و يسقط هذا الحق كذلك بالنسبة للمدين¹.

وقد ثار خلاف في الفقه حول الأساس الذي يستند إليه وقف تنفيذ التزامات المتعاقد

الآخر (الدائن)، لاسيما في حالة عدم اتفاق الأطراف على وقف تنفيذ العقد صراحة، عند وقوع الحدث المبرر لإعمال إعادة التفاوض ففي الفرض المذكور يجد وقف تنفيذ التزامات المتعاقد الآخر أساسه دون صعوبة، في الإرادة الصريحة للأطراف أما في حالة عدم وجود

¹ سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 265.

اتفاق فقد ذهب جانب من الفقه¹ إلى أن وقت تنفيذ التزامات المتعاقد الآخر يجد أساسه في الدفع بعدم التنفيذ.

إلا أنه يؤخذ على الرأي المتقدم أن من شروط إعمال نظرية الدفع بعدم التنفيذ أن تكون التزامات المتعاقدين المتقابلة مستحقة الأداء.

فإذا كان التزام المدين غير مستحق الأداء فلا يستطيع الدائن الدفع بعدم التنفيذ. وعليه لا يمكن للدائن التمسك بنظرية الدفع بعدم التنفيذ لتخلف شرط أساسي لإعمالها².

كما يرى جانب آخر من الفقه في أن وقف تنفيذ التزامات الدائن يجد أساسه في نوع خاص من الدفع بعدم التنفيذ، إذ ينقسم أنصار هذا الرأي - الدفع بعدم التنفيذ - إلى نوعين:

الأول: هو عدم التنفيذ المصحح (أي عدم التنفيذ الراجع إلى خطأ المدين).

ويكون الهدف منه إجبار المدين الذي لم ينفذ التزامه بسبب خطأ منه على تنفيذ التزامه.

أما الثاني: هو عدم التنفيذ الوقائي و هو الذي يجيز للدائن التوقف عن تنفيذ التزاماته إذا

توقف المدين عن التنفيذ لسبب خارج عنه، وذلك تجنباً للخسائر التي قد يتعرض لها الدائن

في حالة ما إذا استمر في التنفيذ، بينما المدين توقف عن تنفيذ التزامه³. في حين يرى

البعض أن وقف تنفيذ التزامات الدائن يعود إلى فكرة المخاطر التي قد يتعرض لها إذا استمر

في تنفيذ التزاماته بينما المدين متوقف عن ذلك، لاسيما و أن تلك المخاطر تتعاظم وتزداد

إذا انتهى وقف التنفيذ بطريق آخر غير استئناف سريان العقد. كما لو انتهى بنهاية مدة

سريان العقد أو لأن استئناف التنفيذ أصبح غير مجدي أو غير مفيد. ففي الحالات المذكورة

لاشك أن خسائر الدائن سوف تتضاعف إذا كان مستمرا في تنفيذ التزامه، كما ستتضاعف

في الوقت ذاته فائدة المدين المتوقف عن تنفيذ التزامه، و تطبيقاً لمبدأ حسن النية في تنفيذ

العقود يكون لازماً القول بوقف تنفيذ التزامات الدائن⁴.

¹Fontine Marcel, Droit des contrats international analyse et redaction clauses - locsonborg, 1989 :p 226.

² أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص ص 121-122.

³ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 350.

⁴ سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 265.

لكن في حالة ما إذا قام الدائن بتنفيذ التزامه على نحو معجل، ثم وقع الحدث المؤدي لإعمال إعادة التفاوض مما أدى إلى وقف تنفيذ التزام المدين المقابل للالتزام الذي عجل لتنفيذه و عليه ما حكم الأداء المعجل بالتنفيذ و هل يجوز المطالبة باسترداده؟
إن هذه الفروض المذكورة تتحقق في غالب الأمر في عقد البيع، إذ يمكن أن يتضمن شرط يلزم المشتري بدفع الثمن مسبقا قبل وصول البضاعة إليه أو المستندات الممثلة لتلك البضاعة إليه. ففي حالة ما إذا وقع حدث أدى إلى وقف تنفيذ البائع التزامه بتسليم البضاعة والمستندات فهل يجوز للمشتري هنا أن يطالب باسترداد الثمن فوراً¹.

إن واقع المعاملات التجارية الدولية يوحي بعدم إمكانية الاسترداد الفوري في الفروض المذكورة بل يتعين على الدائن انتظار زوال الوقف لمعرفة مصير العقد، فإذا زال الوقف باستئناف سريان العقد في حالة توصل الطرفين إلى اتفاق جديد عقب المفاوضات فلا إشكال إذ يستمر الطرفين بتنفيذ التزاماتهما العقدية. أما إذا زال الوقف بالفسخ مثلاً أو في حالة كون التنفيذ أصبح غير مجدي بالنسبة للطرفين لا يكون أمام الدائن سوى المطالبة باسترداد ما أداه استناداً إلى القواعد العامة للفسخ لعدم التنفيذ في الفرض الأول أو على أساس الإثراء دون سبب في الفرض الثاني².

ب - الالتزامات التي يفرضها الوقف على المتعاقدين.

الأصل أن الوقف حالة تسكن فيها العلاقة التعاقدية، و يبقى كل التزام على حالته لحين انتهاء فترة الوقف، لذا يبدو من الوهلة الأولى أن تكليف المتعاقدين بالتزامات معينة أثناء فترة الوقف أمر يتنافى مع طبيعة الوقف الذي يفرض على الطرفين التوقف عن تنفيذ التزاماتهم إلا أن هذا التصور صحيح فيما يتعلق بالالتزامات الناجمة عن العقد حصراً إذ أن بقاء العقد طيلة فترة الوقف يفرض على الطرفين التزاما بالمحافظة على العقد، وكذلك التزاما بالسعي لاستئناف سريان العقد³.

¹ أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 132.

² المرجع نفسه، ص 132.

³ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 352.

1- الالتزام بالمحافظة على العقد.

يفرض الوقف على الأطراف أن يقوموا بكل الإجراءات التي من شأنها الحفاظ على العقد ويمنعهم أيضا من القيام بكل ما من شأنه أن يهدد بقاء هذا العقد ويعيق استئناف سريانه¹.

وعليه فالالتزام بالمحافظة على العقد هو التزام متبادل يشمل كل من الدائن والمدين لأنه لكل متعاقد مصلحة في الإبقاء على العقد، لذلك في ميدان التجارة الدولية يتفق المتعاقدان في شروطهما التعاقدية على طبيعة الإجراءات التي يلتزمون بها خلال فترة الوقف حفاظا منهم على العقد. فعندئذ هذا الالتزام يجد أساسه في إرادة الأطراف، أما في حالة عدم وجود اتفاق صريح يجد أساسه في مبدأ حسن النية، و الأمانة التعاقدية الذي يفرض على الأطراف القيام بكل الإجراءات التي من شأنها الحفاظ على العقد و عودته للسريان بعد فترة الوقف².

وقد يتخذ الالتزام بالحفاظ على العقد مظهر ايجابيا يتجسد في قيام المتعاقدين بمجموعة من الإجراءات التي تهدف لتحقيق هذا الالتزام كأن يكون الالتزام هو التزام بالقيام بعمل، و مثال ذلك قيام المتعاقد بالحفاظ على الشيء محل المتعاقد من التلف أو الهلاك. ففي عقد البيع يكون البائع ملتزما بالحفاظ على البضاعة، وفي عقد نقل التكنولوجيا يكون المورد ملتزما بالحفاظ على التكنولوجيا التي لم يسلم بعد والقيام بجميع الأعمال التي تحول دون فقدانها لقيمتها.

كما يلتزم المتعاقدان كذلك لتقديم كل المعلومات اللازمة التي قد تساعد المدين على تخطي الحدث الذي أدى إلى وقف التنفيذ.

فالأصل هو أن يتحمل كل متعاقد المصاريف اللازمة للحفاظ على العقد من جانبه، إلا أن الشروط التعاقدية قد تتضمن تنظيم لتلك المسألة أحيانا، كما قد يتفق الأطراف على أن

¹ حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 389.

² سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 168.

الفصل في تلك النفقات والمصروفات يتم أثناء التفاوض أو أن يتحمل الطرفين تلك المصروفات مناصفة¹، إلى جانب هذا فإن الالتزام بالمحافظة على العقد قد يتجلى في صورة التزام (موقف) سلبي قوامه امتناع المتعاقدين على إتيان أي عمل أو إجراء أو تصرف من شأنه التأثير سلباً على وجود العقد أو التزامات الأطراف، وعلى غرار الالتزام الإيجابي للحفاظ على العقد، فإن الالتزام السلبي التزم متبادل لذلك يلتزم المدين بعدم القيام بأي عمل يهدم العقد، أو يهدد مصالح الدائن أو يفوت عليه الفائدة المرجو تحققها من العقد، كما يلتزم الدائن بعدم القيام بأي عمل يهدف إلى الإضرار بمصالح المدين أو يفوت عليه فرصة تحقيق الهدف الذي يرجوه من العقد².

2- الالتزام بالسعي لاستئناف سريان العقد.

إن نجاح الوقف بحد ذاته مرهون بمدى نجاح المتعاقدين في استئناف تنفيذ العقد مرة أخرى لذلك يلتزم الأطراف بالقيام بكافة الأعمال والإجراءات الضرورية التي تساعد على استئناف سريان وتنفيذ العقد، وذلك من خلال التخلص من الحدث ونتائجه الذي كان مبرراً لإعمال شرط إعادة التفاوض. وقد يحدد الأطراف في شروطهم التعاقدية نوع و طبيعة الأعمال والإجراءات التي يلتزم كل طرف القيام بها، أما في حالة عدم الاتفاق على ذلك يقوم كل متعاقد ببذل الجهود المعقولة والمناسبة للسعي لاستئناف سريان العقد³.

كما أن طبيعة تلك الجهود ومدى وصفها بالمعقولة والمناسبة للظروف يختلف من حالة إلى أخرى و من عقد إلى آخر، ويمكن الاستدلال على طبيعة تلك الجهود من خلال نوع العقد وأهميته بالنسبة للمتعاقدين وطبيعة الحدث الذي أثر في تنفيذ الالتزام ومقدار ما نجم عنه من اختلال في توازن العقد. لذا فإن المحكم الذي ينظر في النزاع يتمتع بسلطة واسعة في تحليل جميع الظروف لتبيان مدى الجهود المطلوب بدؤها من قبل كل طرف لتنفيذ التزامه بالسعي

¹ محمد شريف غنام، المرجع السابق، ص ص 353 - 356.

² أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص ص 133 - 134.

³ المرجع نفسه، ص 134.

لاستئناف سريان العقد¹. ولا بد من القول بأنه في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالالتزامات التي يفرضها الوقف على المتعاقدين، فإنه يلتزم بتعويض المتعاقد الآخر عما لحقه من ضرر من جراء هذا الإخلال، فالتعويض هو الجزء المناسب، دون أن يكون للمضرور حق فسخ العقد².

إذ أن إعطائه حق الفسخ سيلغي بالضرورة الفائدة التي أسس نظام الوقف من أجل تحقيقها وهي الحفاظ على العقد.

رابعاً: انقضاء الوقف.

إذا كان العقد يحمي ويحافظ على مصالح الأطراف فإن تعليق الالتزام فترة طويلة قد يثير قلق الأطراف وعدم ثقتهم في المعاملات الدولية ويهدد مصالحهم بالخطر، لذا فإن الطريق الطبيعي لانقضاء الوقف هو انتهاء مدته إلا أنه قد ينقضي قبل الانتهاء مدته في حالات محدودة و يكون انقضاء الوقف كما يلي³:

أ - انقضاء الوقف بانتهاء مدته.

تخضع مدة الوقف بحسب الأصل إلى إرادة الأطراف ومع ذلك قد تنص بعض اتفاقيات التجارة الدولية، والشروط العامة أو النموذجية الخاصة على هذه المدة⁴.

ومتى انتهت المدة المحددة لوقف تنفيذ العقد استأنف الطرفان تنفيذ التزاماتهما وفقاً لما تم الاتفاق عليه خلال مرحلة التفاوض.

إن في استئناف سريان العقد بعد انتهاء عملية التفاوض بين الأطراف يعد في الواقع حق للمتعاقدين، إذ يجوز لكل منهما مطالبة الآخر باستئناف تنفيذ العقد وفقاً للشروط الجديدة في حالة ما إذا تقاعس أو أهمل الطرف الآخر تنفيذ التزامه بعد انقضاء مدة الوقف. فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه في الفروض السابقة الذكر، فإنه يعد مرتكباً لخطأ عقدي

¹ أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 134.

² BIRBES Xavier, « L'objet de la négociation », RTDcom, n° 03, juill-sept, Paris, 1998, p-478.

³ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 361.

⁴ المرجع نفسه، ص 362.

تقوم به مسئولتيه العقدية طبقاً للقواعد العامة، هذا ويثور التساؤل عما إذا كان ما يستأنف تنفيذه بعد انتهاء عملية التفاوض هو العقد الأصلي ذاته؟ أم أنه عقد جديد لاسيما وأن الأطراف خلال مرحلة التفاوض غالباً ما يتفقون على شروط تختلف عن الشروط السابقة التي كان يتضمنها العقد الأصلي¹ ؟

إن فقه التجارة الدولية في معظمه يجمع في الواقع على أنه ما يستثنى تنفيذه هو العقد الأصلي و ليس عقد جديد²، إذ أن الوقف لا يهدف إلى هدم أو إزالة العقد الأصلي بل يؤدي فقط إلى وقف تنفيذ الالتزامات الناجمة عنه إلى غاية أن يتم إعادة التفاوض بشأن شروط وبنود العقد التي تحتاج إلى تعديل، هذا وقد يتفق الأطراف كذلك على إضافة مدة مساوية لمدة الوقف، أو مدة معقولة تتناسب مع ظروف مدة تنفيذ العقد الأصلي، كما قد يتفقون على إضافة مدد محددة مسبقاً إلى مدة العقد الأصلي بغض النظر عن المدة الفعلية التي استغرقتها الوقف³.

ب - انقضاء الوقف قبل انتهاء المدة.

قد ينقضي الوقف قبل المدة المحددة له في حالات عديدة كما قد يتفق الأطراف على إنهاء الوقف قبل المدة المحددة له.

فإرادة الأطراف تلعب الدور الرئيسي في تقرير الوقف، كما أنها تضطلع بالمهمة ذاتها في إنهاء الوقف (انقضائه) إعمالاً بمبدأ سلطان الإرادة السائد والمعمول به في ميدان التجارة الدولية إلى حد كبير وعندما يتفق الأطراف على إنهاء الوقف قبل انتهاء مدته فإنهم يلجئون إلى الفسخ فتطبق عندئذ القواعد العامة بهذا الصدد⁴، أو اتفقوا على استئناف سريان العقد بشروط جديدة راعى فيها الأطراف التغيرات التي حدثت في الظروف التي كانت السبب في وقف العقد. فاتفاقهم على الفسخ أو على الاستئناف من أجل سريان العقد يعني اتفاقهم على

¹ أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 134 - 135.

² Fontaine (m), op.cit, p 489.

³ أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 135.

⁴ المرجع نفسه، ص 135.

نهاية الفسخ بشكل ضمني، هذا ويتفق المتعاقدون في ميدان التجارة الدولية على إنهاء الوقف قبل انتهاء مدته في حالات محددة، كما لو رأى الأطراف أن تنفيذ العقد أصبح غير مجدي أو غير مفيد، بأن أصبح بعد ذلك غير مناسب أو أن عملية التفاوض سوف تكون عقيمة ولم توصل الأطراف إلى اتفاقات جديدة مفيدة لهم، جاز لكل منهما أن ينهي فترة الوقف بفسخ العقد على أساس تحول الاستحالة المؤقتة إلى استحالة نهائية¹.

الفرع الثاني: الالتزام بإعادة التفاوض.

يعتبر إعادة التفاوض وسيلة لتبادل الآراء و المقترحات حول تعديل أحكام العقد الذي يربط بين الأطراف، ويعتبر إعادة التفاوض طريقة هامة من الطرق التي يلجأ إليها من أجل حل الخلافات وكذلك النزاعات التي قد تثور بين الأطراف أثناء تنفيذ عقود التجارة الدولية. وهذه النتيجة وإن كانت معروفة في عقود التجارة الدولية إلا أنها لا تطبق إلا نادراً، فاللجوء إلى فسخ العقد لا يكون في هذه العقود إلا كحل أخير في غياب جميع الحلول الأخرى التي تضمن العقد وتضمن له الاستمرار في التنفيذ، ويعتبر إعادة التفاوض من بين أهم هذه الحلول².

أولاً: مضمون الالتزام بإعادة التفاوض.

حتى يقع الحدث المبرر لإعمال إعادة التفاوض فإن الالتزام الرئيسي الذي يفرضه الشرط هو إعادة التفاوض في العقد من قبل الأطراف، فإعادة التفاوض يعتبر الخاصية الأساسية للنظام القانوني لشرط، وهو الأثر المباشر الذي يترتب عن إعماله. هذا و يؤكد القضاء على أنه يقع على عاتق الأطراف الدخول في مرحلة من المفاوضات عند وقوع الحدث³.

ففي قضية تتلخص وقائعها فإن شركة Shell قد أبرمت مع شركة E.D.F عقد طويل المدة لتوريد إحدى المشتقات النفطية بغرض الحصول على ثمن أفضلية، وقد احتوى العقد على

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 372.

² المرجع نفسه، ص 375.

³ أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 135.

شرط ينص على أنه (...سوف يفحص الأطراف التعديلات الواجب إدخالها على العقد سواء فيما يتعلق بالثمن أو بأي شرط آخر إذا ما ورد على المادة الواجب توريدها ارتفاع في الثمن أكثر من ستة فرنكات بالمقارنة بالقيمة الأصلية)، و قد رأت المحكمة التي نظرت في النزاع في تفسيرها الشرط أن الأطراف إنما يسعون إلى تعديل بنود العقد وفقا للظروف الجديدة حفاظا عليه، لذلك دعت المحكمة الأطراف إلى إعادة التفاوض وقامت بتعيين مراقب مكلف من قبلها لمتابعة المفاوضات و إعداد تقرير يقدمه في حالة فشل المفاوضات¹.

وفي الفروض التي يحدد فيها الأطراف بدقة حالات مراجعة العقد و كذلك في الفروض التي يتوصل فيها المحكم أو الخبير إلى توافر شرط Hardship فلا يحق لأي من الأطراف أن يمتنع عن الدخول في التفاوض ولن يكون الرفض في هذه الحالة مبرر ويحرك مسؤولية صاحبه².

فلتأمين دخول الأطراف في مرحلة التفاوض، فإن موضوع الحدث المبرر لإعمال شرط إعادة التفاوض يفرض على الطرف المضرور إخطار الطرف الآخر بوقوع الحدث وأثره على توازن الأداءات العقدية.

يتمثل هذا الإخطار في واقع الأمر نقطة البدء في إعادة التفاوض وينظم الأطراف عادة في شروطهم التعاقدية المدة الزمنية التي يجب أن يتم خلالها توجيه الإخطار³.

ورغم الأهمية الكبرى لإعادة التفاوض كالتزام ينتج عن إعمال شرط إعادة التفاوض فإن واقع التعاقد في ميدان التجارة الدولية يكشف أن المتعاقدين قد لا يولون أهمية كبرى للالتزام المذكور ذلك بالنص الصريح عليه في اتفاقهم. أو قد يشيرون إليه بشكل مختزل إلا أن ذلك لا يمكن أن يفسر على أنهم قد جعلوا اللجوء إلى إعادة التفاوض اختياريا، لأن هذا التفسير سوف يفرغ شرط إعادة التفاوض من مضمونه ويمنعه من القيام بدوره المنوط به.

¹ قرار صادر عن محكمة استئناف باريس، نقلا عن محمد شريف غنام، المرجع السابق، ص 74.

² المرجع نفسه، ص 76.

³ Cabas (f)-les clauses de hardship –these 3 montpellier -1981-p, 88.

وأيا كان الأمر فإن المتعاقدين يقع على عاتقهم تنظيم إعادة التفاوض في العقد ضمن أو وفق مبدأ حسن النية¹.

ثانياً: جزاء مخالفة الالتزام بإعادة التفاوض.

قد يتحمل أحد المتعاقدين ضرراً كبيراً نتيجة حدوث اختلال في توازن العقد خاصة إذا استخدم الطرف الآخر الذي يكون مستفيداً من هذا الاختلال، وعليه قد يرفض أحد الأطراف إعادة التفاوض في العقد و يستعمل وسائل تسويقية لرفض المشاركة في إعادة التفاوض أو لتأخيرها، فالبائع في عقد التوريد مثلاً إذا طرأ حدث ما يؤدي إلى ارتفاع كبير في الأسعار يكون من مصلحته طلب إعادة التفاوض والمراجعة السريعة لأحكام العقد لأنه يستحمل ضرراً كبيراً إذا ظل ملتزماً بتنفيذ البضاعة محل العقد بثمن أقل من سعرها في السوق، من جهة أخرى نجد المشتري متافياً من تسلم البضاعة بثمن منخفض، لذا قد لا يعمد إلى إعادة التفاوض بنفس القدر الذي التزم به البائع، بل وقد يرفض الدخول في عملية إعادة التفاوض وعلى العكس إذا أدى الاختلال إلى انخفاض الأسعار فالمشتري هو الذي يسعى إلى المراجعة السريعة للعقد وطلب إعادة التفاوض².

إن رفض إعادة التفاوض في العقد -على النحو المتقدم- أو عدم الالتزام بمبدأ حسن النية يعد إخلالاً بالالتزام بإعادة التفاوض.

رغم كون أن الأطراف هم من يتولون تنظيم إعادة التفاوض إلا أن الإطلاع على الشروط التعاقدية يكشف جلياً أن من النادر أن يتولى الأطراف تحديد أو تنظيم الجزاء المترتب على الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض، وعليه لا مناص من الرجوع إلى الجزاءات التي تملئها القواعد العامة و ضرورات التجارة الدولية.

¹ يعد مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود مبدأ مسلم به في الأنظمة القانونية الداخلية و في اتفاقيات التجارة الدولية على حد سواء، م (107) ق م ج م (105) م عراقي و تقابلها م (148 / 1) مدني مصري، م (3/1134) م فرنسي، م (1/7) اتفاقية فيينا، (1.4.1) مبادئ اليونيدروا، نقلاً عن أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 136.

² شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 77.

إذ يمثل الجزاء الذي يجد أساسه في القواعد العامة، في حق المتعاقد الآخر في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ بهدف إجبار الطرف الآخر على تنفيذ التزامه.

حيث أن الدفع بعدم التنفيذ هو امتناع مشروع عن عدم تنفيذ الإلتزام بشكل مؤقت لحين تنفيذ المتعاقد الآخر التزامه¹.

يعد وسيلة تهديد يستخدمها الدائن لإجبار المدين المتقاعس على تنفيذ التزامه ويشكل ضماناً للدائن، إذ يتوقف الأخير عن تنفيذ التزامه لحسن قيام المدين بتنفيذ التزامه، وذلك حتى يتجنب إفسار المدين قبل التنفيذ²، وفي القانون المدني العراقي تنظم م (282) الدفع بعدم التنفيذ.

إذ تنص على أنه: (لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين و كان مرتبطاً به).

يتضح من النص أعلاه أنه يشترط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ توافر التقابل في التزامات المتعاقدين في عقد ملزم للجانبين، وفي ذلك يقول الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري:

« الفكرة التي بني عليها الدفع بعدم التنفيذ هي عين الفكرة التي بني عليها فسخ العقد: الارتباط فيها بالالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين، مما يجعل التنفيذ من جهة مقابل من جهة أخرى»³.

بمعنى أن يكون التزام كل متعاقد مرتباً على التزام المتعاقد الآخر ومرتبباً به. ويتحقق ذلك في عقود التجارة الدولية التي تمتاز بكونها عقوداً متبادلة ترتب التزامات متقابلة على عاتق طرفيها، لذلك يجوز لأحد المتعاقدين الامتناع عن تنفيذ التزامه بقصد إجبار المتعاقد الآخر على الدخول في عملية التفاوض إعمالاً لشرط إعادة التفاوض.

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 78.

² حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 380.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، المجلد الأول، درا النهضة العربية مصر، 1998، ص 1001.

كما أن اللجوء إلى فكرة الدفع بعدم التنفيذ قد يحقق فوائد عملية كبيرة خاصة في ميدان التجارة الدولية، إذ قد يمتنع أحد الأطراف عن إعادة التفاوض حول تنفيذ التزام فرعي أو ثانوي كالالتزام بصيانة البضاعة والمحافظة عليها، والالتزام بنقل البضاعة والالتزام بالدفع بعملة محددة¹.

لكن يثور التساؤل هنا: هل يجوز للطرف الآخر الامتناع عن تنفيذ التزامه الرئيسي كالإلتزام بتسليم البضاعة إعمالاً لفكرة الدفع بعدم التنفيذ.

ويرى البعض بعدم جواز الاستناد إلى فكرة الدفع بعدم التنفيذ في الفرض المذكور إذ أن الارتباط والتقابل في الالتزامات وفقاً لفكرة الدفع بعدم التنفيذ يجب أن يتوافر في الالتزامات الرئيسية حصراً². من جانب آخر فإن من المتصور أن يستمر الطرف الآخر بالامتناع عن إعادة التفاوض في العقد رغم امتناع الطرف المضروب عن تنفيذ التزامه لفكرة الدفع بعدم التنفيذ مما يقلل من أهمية وجدوى اللجوء إلى تلك الفكرة .

إضافة إلى أن الدفع بعدم التنفيذ قد يكون ضاراً بالمتعاقدين في حالة ما إذا ارتبط العقد بتوريد منتج معين أو مادة أولية معينة يحتكر المورد توريدها وكان هذا الأخير ممتنعاً عن الدخول في مرحلة المفاوضات .

بناءً على ما تقدم فقد وجدت ضرورات التجارة الدولية حلولاً أخرى لعل أهمها:

- قد يتفق الأطراف على أنه في حالة عدم قبول أحدهم إعادة التفاوض في العقد الأصلي أن العقد الأصلي يستمر في السريان ولا بد من القول أن الغالب هو لجوء الأطراف لمثل هذا الاتفاق عندما يكون هناك تعامل سابق بينهم يؤمن قدر كبير من الثقة والإطمئنان في التعامل³.

- كما قد يتفق الأطراف على جواز فسخ العقد بالإرادة المنفردة إذ أخل أحدهما بإعادة التفاوض في العقد شريطة إخطار الطرف الآخر بذلك، ولا يستجيب لإعمال هذه

¹ حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 390.

² أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 141.

³ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 381.

الإتفاقات في عقود التجارة الدولية لكون معظم تلك العقود طويلة المدة ويكتسب تنفيذها أهمية كبيرة وتهدف إلى تحقيق مكاسب ضخمة للمتعاقدين.

- والجوء إلى التحكيم من قبل الأطراف لغرض فض النزاع هو الأفضل عمليا، ويكون ذلك من خلال محكم فرد، أو هيئة تحكيم تتولى النظر في النزاع، وعندئذ فإن قرار التحكيم قد يكون بالتنفيذ الجبري للمتعاقد المتخلف عن تنفيذ التزامه بالتفاوض أو فسخ العقد إذا لم يكن هناك حل آخر يمكن التوصل إليه، مع حق المتعاقد المضرور المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب إخلال المتعاقد الآخر بالإلتزام بإعادة التفاوض سواء كان القرار التحكيمي بالتنفيذ الجبري أو بالفسخ¹.

الفرع الثالث: القواعد التي تحكم سير إعادة التفاوض.

إن فترة إعادة التفاوض مثلها مثل غيرها يحكمها مبدأ سلطان الإرادة، فمن النادر أن ينظم القانون مرحلة إعادة التفاوض في العقد بسبب القوة القاهرة، فالتنظيم الإتفاقي هو الذي يحكم هذه الفترة .

غير أن مبدأ سلطان الإرادة هنا في مجال إعادة التفاوض ترد عليه قيود شكلية وأخرى موضوعية.

فمن ناحية الشكل يجب أن يحترم الأطراف شكليات معينة تتعلق بالمادة التي يجب أن يقبل فيها كل متعاقد الدخول في المفاوضات وبالطريقة التي يتم فيها هذا القبول، أما من ناحية الموضوع يجب أن يحكم تفاوض الأطراف حسن النية وأن تتسم اقتراحاتهم أثناء المفاوضات بالمنطق والعدالة، وألا تتم عن اتجاه المتعاقد إلى تحقيق أكبر فائدة له وتحميل المتعاقد الآخر بخسائر فادحة².

على هذا الأساس نقسم هذا الفرع إلى قسمين نعالج في الأول القواعد الشكلية التي تحكم إعادة التفاوض ونبين في الثاني كيف يسيطر حسن النية على إعادة التفاوض.

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 382.

² المرجع نفسه، ص 384.

أولاً: القواعد الشكلية.

موضوع إعادة التفاوض هو مراجعة العقد أو أحد عناصره في الحدود المتفق عليها بين الأطراف، وعند إعادة التفاوض بهدف تعديل أحكام العقد يجب أن يحدد الأطراف بوضوح جزء العقد الذي يتأثر بتغير الظروف ودرجة هذا التأثير والأداء الذي يجب تعديله استجابة لهذا التغير ودرجة هذا التعديل.

فالأصل هو أن إعادة التفاوض بين الأطراف لا يخضع لرسميات أو شكليات معينة فالشروط التعاقدية التي نظم فيها الأطراف عملية إعادة التفاوض تركز بصفة أساسية على مضمون إعادة التفاوض ونتيجة هذه المفاوضات، كما أن الإجراءات الشكلية من الناحية العملية لها أهمية كبيرة فتخلفها يثير منازعات بين الأطراف، كما أن عدم احترامها قد يترتب عليه عدم بدء المفاوضات من الأصل، خاصة إذا كان بين المتعاقدين من هو سيء النية يجيد فن المماطلة والتهرب من الالتزامات.

من المسائل الشكلية التي يمكن أن تكون محل خلاف في عملية التفاوض هي المتعلقة بالمدة التي يلزم أن يجيب فيها المتعاقد على طلب المتعاقد الآخر على إعادة التفاوض والشكل الذي يجب أن تتخذه هذه الإجابة، وهذا ما يمكن إجماله في شروط قبول إعادة التفاوض و أيضا المعيار التي تحكم التعديل¹.

أ_ قبول إعادة التفاوض.

تنص شروط القوة القاهرة أو شرط إعادة التفاوض بصفة عامة على أن المتعاقد المضرور من تغير الظروف، باعتباره صاحب المصلحة الأولى في مراجعة العقد، يجب أن يخطر المتعاقد الآخر في أقرب وقت ممكن عن وقوع الأحداث التي أدت إلى التغير ونطاق التغيرات التي حدثت والوسائل التي يمكن أن تكون بمثابة علاج لهذا الموقف. فإذا تم الإخطار نكون أمام فرضين إما أن يرفض المتعاقد الآخر الدخول في عملية التفاوض سواء كان رفضه مبررا أو غير مبرر، أو أن يقبل مبدأ التفاوض في العقد

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 385.

قد سبق وتطرقتنا للفرض الأول بقي أن نعالج الفرض الثاني الذي يقبل فيه المتعاقد التفاوض من حيث المدة التي يجب أن يتم فيها هذا القبول، الشكل الذي يجب أن يتخذه هذا القبول¹.

1_ مدة القبول: يعتبر رد المتعاقد على طلب المتعاقد الآخر بالدخول في التفاوض أهمية

كبيرة، والأكثر أهمية في هذا الصدد هي المدة التي يجب أن يتم فيها هذا القبول وتتجلى أهمية هذه المدة في عاملين هما:

- العامل الأول يتمثل في الظروف المحيطة بعملية إعادة التفاوض، وإعادة التفاوض جاءت لتفادي الظروف الاستثنائية المتمثلة في التغيرات التي حدثت في الظروف المحيطة بالعقد، ولإيجاد حل ملائم لاستمرار تنفيذه، وذلك من أجل إبعاده ودرء هذه الآثار الضارة حيث يجب على المتعاقد أن يجيب طلب الطرف الآخر في أسرع وقت ممكن، لأن التباطؤ والتماطل في الرد قد يؤدي إلى تفاقم الأضرار².
- العامل الثاني يرتبط بطبيعة عقود التجارة الدولية من حيث كونها عقوداً تنسم بضامتها وأهميتها الكبيرة بالنسبة لمتعاقديها ودولهم. ومن أجل تنفيذ هذه العقود تدخل الأطراف المتعاقدة في علاقات كثيرة ومتشابكة مع متعاقدين آخرين والتأخير في الدخول في المفاوضات لتفادي عقبات التنفيذ سيترتب عليه مجموعة من الأضرار يتحملها كل المتعاملين مع المشروع الأصلي. ونظراً لأهمية التنفيذ في الميعاد المتفق عليه في هذه العقود يجب أن تكون إجابة المتعاقد لطلب إعادة التفاوض في شأن العقد في أقرب وقت ممكن³.

بالرجوع إلى الشروط التعاقدية القليلة التي اهتم فيها الأطراف بهذه المسألة نستخلص أن الأطراف قد يحددون هذه المدة بطريقتين: قد يحددونها بشكل صريح باتفاقهم على أن تكون

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 386.

² Cabas (f), op ,cit, p 94.

³ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 387.

(... يجب على المتعاقد أن يوضح إجابته في مدة قصيرة...)¹، كما يمكن أن يحدد الأطراف هذه المدة بشكل ضمني، ويتم ذلك عندما يتفق الأطراف على أنهم سوف يتقابلون في أقرب مدة لدراسة التغيرات التي حدثت في توازن العقد بغرض الوصول إلى اتفاق. فتحديد الأطراف لمدة معينة يتقابلون خلالها لإيجاد اتفاق مشترك، يعني ضمناً أن إجابة المتعاقدين على الدخول في التفاوض يجب أن تتم في هذه المدة. فلا يتصور تقابل بين الأطراف دون أن يكونوا قد حددوا مسبقاً قبولهم مبدأ التفاوض، ومن أمثلة هذا النوع من الشروط، الشرط الذي ينص على أنه (في حالة التعديلات الهامة التي يمكن أن تؤدي إلى اختلال كبير في سعر تحويل العملات التي أشار الأطراف إليها في عقدهم، فإنهم يتقبلون دراسة هذه التعديلات في أقرب وقت ...)²

إن الغالب في تحديد هذه المدة هو التحديد الضمني لها لا التحديد الصريح فالأطراف لا يلتزمون الدقة في تنظيم شروط القوة القاهرة أو شرط إعادة التفاوض لدرجة تنظيم كافة المسائل الفرعية والنقاط الصغيرة التي تحتوي عليها هذه الشروط. قد ترجع عدم الدقة إلى عدم دراية وخبرة من جانبهم لكافة المسائل التي يجب الاتفاق عليها، وقد ترجع إلى تركهم هذه المسائل التفصيلية إلى حكم القواعد العامة.

وأياً كان الأمر يجب أن تتم إجابة المتعاقد على طلب الدخول في التفاوض في أسرع وقت ممكن تماشياً مع الموقف الاستثنائي الذي يتواجد فيه الأطراف³.

2_ شكل القبول: يرى بعض الفقه أن الشكل الأساسي الذي يتم به القبول يكون بخطاب مسجل بعلم الوصول، غير أن الأمر يتوقف على مدى العلاقة بين المتعاقدين. فإذا كان الأطراف يرتبطون بعلاقات حسنة منذ فترة طويلة لا يشوبها التوتر وعدم الثقة

¹ شرط مشار إليه في Ibid، نقلا عن شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 386.

² Philippe (D) , "pacta sunt dervenda" et " rebus sic stantibus" ,in" l'apport de la jurisprudence arbitrale," seminaire des 7 et 8 avril 1986, C. C. ,I paris 1986,p 246..388 نقلا عن شريف محمد غنام، المرجع نفسه، ص

³ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 388.

والمنازعات المستمرة فيكفي في هذه الحالة مجرد خطاب عادي أو اتصال تليفوني خاصة إذا كان هؤلاء المتعاقدون ينتمون إلى وسط مهني واحد. والأمر على خلاف ذلك إذا كانت هذه العلاقات حديثة أو مضطربة تسودها الخلافات، ففي هذا الفرض سوف يحرص الأطراف على تحديد الشكل الذي يجب أن يتخذه قبول أحدهما التفاوض مع الآخر.

أما إذا لم يتفق الأطراف على شكل معين فنميل إلى القول بأنه يجب أن يكون هذا القبول بخطاب مسجل بعلم الوصول لضمان الجدية في وصوله والسهولة في إثباته. لكن الإشكال يطرح فيما إذا لزم المتعاقد السكوت ولم يرد لا بالموافقة ولا بالرفض على دعوة المتعاقد الآخر، فهل يمكن أن يعتبر هذا السكوت في هذه الحالة رفضاً¹؟ يتجه رأي في الفقه إلى أن هذا السكوت يعد قبولاً لا رفضاً، يستند هذا الرأي إلى نوعين من الحجج لتدعيم رأيهم حجج قانونية وأخرى منطقية.

❖ الحجج القانونية:

تتمثل في أن شرط القوة القاهرة أو شرط إعادة التفاوض يفترضان تواجد إرادة ضمنية متبادلة من جانب المتعاقدين بإعادة التفاوض في حالة اختلال توازن العلاقات التعاقدية فإذا اعتبرنا أن طلب المضرورة بإعادة التفاوض إيجاباً مقدماً منه، فإن هذه الإرادة الضمنية المتبادلة تحتم علينا فهم هذا السكوت على أنه قبول. فالأصل أن يقبل المتعاقدون الدخول في التفاوض ما لم يعبروا صراحة عن رفضهم له كما أن القضاء يميل إلى اعتبار سكوت الأطراف قبولاً لا رفضاً.

❖ الحجج المنطقية:

فتتمثل في أن شروط القوة القاهرة أو شرط إعادة التفاوض تضع التزاماً على عاتق الأطراف بالتفاوض، وهو التزام بتحقيق نتيجة يلزمهم بالجلوس إلى مائدة التفاوض، والمتعاقد الذي يرفض تنفيذ هذا الالتزام يعتبر مرتكباً لخطأ تعاقدي يوجب مسؤوليته. ومادام أن الأطراف

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 389.

مجبرون على التفاوض في كل عناصر العقد أو بعضها في روح من المشاورة المتبادلة بمجرد إخطار بسيط دون حاجة إلى مجادلة بالكتابة فإن سكوتهم في هذه الحالة لا يمكن أن يفهم إلا بمعنى القبول¹. وهذا ما أكده المشرع الجزائري في نص المادة 68 ف02 ق.م.ج².

ب- المعايير التي تتم على أساسها إعادة التفاوض.

عند اتفاق الاطراف المتعاقدة على إعادة التفاوض يجب أن يتجه مقصدهم وإرادتهم إلى تحقيق هدف معين، هل يقصدون من التعديل إعادة التوازن الأساسي للعقد الذي اختل بسبب تغير الظروف، بغض النظر عن الأضرار الشخصية التي أصابت احدهم من جراء هذا التغير أم أنهم يهدفون إلى رفع الضرر الذي تسبب فيه تغير الظروف حتى وإن لم تؤدي إلى اختلال بتوازن العقد، أم أنهم يقصدون الأمرين معا. وهذا ما نقصده بقولنا المعايير التي تتم على أساسها إعادة التفاوض³. وهذه المعايير تتمثل بصفة عامة فيما يلي :

1_المعيار الموضوعي: يشير هذا المعيار إلى الموقف التعاقدى الذي كان موجودا وقت إبرام العقد وقبل اختلال التوازن العقدي، فالأطراف لا يهتمون لوصف هذا المعيار بالموقف الشخصي لأحدهم. فالأضرار التي يتحملها أي منهم ليست محل اعتبار في عملية إعادة تعديل العقد.

فمن أمثلة هذا المعيار في اتفاقات الأطراف الشرط الذي ينص على أنه (في حالة وقوع أحداث غير متوقعة يكون من تأثيرها قلب الأسس الاقتصادية للاتفاق الحالي يتفق الأطراف على عودة تلك الأسس التي كانت موجودة وقت إبرام العقد (...)⁴.

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 390.

² يعتبر السكوت في الرد قبولا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه وفقا لنص المادة 68 ف02 من الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، جريدة رسمية عدد 78، مؤرخة في 30 جويلية 1975 المعدل و المتمم، لاسيما بالقانون 02/05 مؤرخ في فيفراير 2005 جريدة رسمية عدد 44، 2005.

³ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 391.

⁴ المرجع نفسه، ص 392.

• **تقييم المعيار الموضوعي:** لقد لقي هذا المعيار قبول كبير من جانب الفقه وذلك بالنظر إلى الميزة الأساسية التي يتصف بها، فهو يقدم أكبر قدر ممكن من الثبات القانوني للمعاملات كما أنه يشير إلى عناصر موضوعية مثل مستوى الائتمان، التكلفة، توازن الأداءات ... ولا يشير إلى بعض المفاهيم غير المحددة التي يتغير مفهومها من عقد لآخر كالعدالة التي يشير إليها المعيار الشخصي.

كما قد ساند بعض فقهاء التجارة الدولية اللجوء إلى المعيار الموضوعي في إعادة التوازن التعاقدية.

لكن هناك بعض الفقهاء الذين يروا أنه رغم مميزات هذا المعيار إلا أنه يعتبر معيار متشدد وقد يؤدي إلى بعض النتائج الضارة على المستوى الشخصي للمتعاقدين، حتى ولو استطاع أن يعيد التوازن الموضوعي للعقد، لأن إعادة التوازن للعقد لا يعني رفع كل الضرر الذي يقع على عاتق الأطراف¹.

2_ المعيار الشخصي: لا يهتم هذا المعيار بإعادة التوازن على أساس عناصر موضوعية محددة، و لكنه يأخذ في الاعتبار مجموعة الظروف التي تحيط بالمتعاقدين عند إعادة التعديل. فهو يهتم بعدالة الأداءات بين التزامات المتعاقدين، ويهتم بالخسارة والمكسب التي يحصل عليها كل متعاقد نتيجة التغير في الظروف الخارجية، والصياغات التي يستخدمها الأطراف في هذا الصدد تقتضي أخذ الظروف الشخصية لكل منهم في الاعتبار وذلك وفقا للعدالة.

مثال ذلك الشرط الذي ينص على أن: (يجب أن تكون المراجعة مناسبة وعادلة وفقا لظروف المتعاقدين)

فيقصد بالعدالة هنا العدالة في توزيع الخسائر والمكاسب التي يحصل عليها كل متعاقد فهي عدالة شخصية وليست موضوعية، وتطبيقها عند إعادة التفاوض يعني تعويض الطرف الذي

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص ص 392 - 393.

يتحمل خسائر أكثر من الآخر من جراء تغير ظروف العقد، حتى ولو كان قدر الخسائر التي يتحملها لا يترتب عليها قلب توازن العقد كلياً¹.

3- المعيار المختلط: يجمع بين المعيارين الموضوعي والشخصي معاً، فهو يشير من ناحية إلى التوازن الأساسي للعقد وتوازن الأداءات، يشير في نفس الوقت من ناحية أخرى إلى العدالة في توزيع الخسائر والمكاسب التي يتحملها كل طرف.

فمن أمثلة الشروط التعاقدية التي أخذت بالمعيار الشرط الذي ينص على أنه (بنفس روح حسن النية التي كانت موجودة وقت إبرام الاتفاق الحالي ... يتم تعديل العقد بطريقة تضع الأطراف في نفس وضع التوازن بالمقارنة بالموقف الذي كان موجوداً وقت إبرام العقد الحالي ويشكل برفع الضرر الفادح عن الأطراف)².

• تقدير المعيارين الشخصي و المختلط :

لقد وجهت للمعيار الشخصي مجموعة من الانتقادات أهمها هو استناده إلى فكرة العدالة وهي فكرة مرنة، غير محددة، لأن تقديرها يختلف من عقد لآخر، ويترتب على ذلك أن الأخذ بها كمعيار يؤدي إلى فقد الأمان القانوني الواجب توافره في العلاقات بين الأطراف.

على الرغم من النقد الموجه إلى هذا المعيار إلا أنه لا يخلو من مميزات يصفه البعض بأنه (الأساس المعتمد للعلاقات بين الأطراف)³، وبدعم أصحاب هذا الرأي وجهة نظرهم بقولهم أنه عندما تتغير الظروف التي كانت موجودة وقت إبرام العقد، ولا يكون الحدث المسبب لهذا التغير معلوماً وقت إبرام العقد، لا من حيث أسبابه أو نتائجه. فتقدير الظروف الشخصية للمتعاقدين ومراعاة العدالة بين التزاماتهم عند تعديل أحكام العقد تعديلاً كلياً يلاءم التغيرات الجديدة في الظروف يبدو أمراً محتماً ومنطقياً، والموقف الجديد الذي أصبح فيه الأطراف يجب أن يكون محل اعتبار والأضرار التي تحملوها يتعين أن تؤخذ في الحسبان

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 394.

² المرجع نفسه، ص 394.

³ Cabas (f), op.cit, p 114.

والإلا لن تكون هذه التعديلات جادة ومفيدة.

هذا الخلط بين المعيارين الموضوعي والشخصي أوجد معياراً جديداً هو المعيار المختلط الذي يتفادى العيوب الموجهة إليهما، فهو من ناحية يتفادى النتائج الضارة التي قد تنتج عن تطبيق المعيار الموضوعي ومن ناحية أخرى يتفادى الغموض وعدم التحديد والتنوع في المفهوم الذي تتصف به فكرة العدالة التي يعتمد عليها المعيار الشخصي، فهذا المعيار يقدر العوامل الشخصية للمتعاقدين كحل احتياطي من الدرجة الثانية لكي يقود إعادة التعديل في الحالات التي تفشل فيها المعايير الموضوعية في تحقيق هذا التعديل بشكل عادل¹.

ثانياً: مبدأ حسن النية في عقود التجارة الدولية.

عندما تتوفر شروط إعادة التفاوض يلتزم الأطراف بالجلوس إلى مائدة التفاوض بهدف إيجاد اتفاق مشترك يواجهون به أثر تغير الظروف على تنفيذ عقودهم.

كما ينقسم إعادة التفاوض إلى نوعين إعادة تفاوض مادية، أو إعادة تفاوض معنوية نفسية ويقصد بإعادة التفاوض المادية تبادل الأطراف المراسلات والتقابل، أما إعادة التفاوض النفسية أو المعنوية فيقصد بها إلى جانب الحضور المادي للأطراف المتفاوضة يجب أن يكون هدفهم الوصول إلى اتفاق مشترك بأن يقدم كل منهما اقتراحات جديدة وأن يقابله المتعاقد الآخر وأن لا يتعنّت في استخدام حقه في مواجهة الطرف الآخر، أي يتعين أن يتصرف كل متعاقد بحسن نية وأمانة خلال فترة التفاوض.

فإذا كان البحث عن حسن النية هو بحث في نفسية كل متعاقد أي أنه أمر يتعلق بأمور داخلية تختلف من شخص لآخر والتي تعد كقرائن تساعد في استخلاص نية هؤلاء المتعاقدين.

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 397.

إذ يعتبر مبدأ حسن النية مبدأ قانوني وليس مجرد فضيلة أخلاقية كما أن مسألة تحديد مفهوم مبدأ حسن النية ليست بالأمر السهل وذلك بالنظر إلى صعوبة ما يندرج تحته من حالات¹.

إن حسن النية في تنفيذ العقود مبدأ معترف به في كل الأنظمة القانونية بل و تبني عليه هذه الأنظمة مبادئ أخرى كثيرة، فالقانون الفرنسي يعالج هذا المبدأ في المادة 1143 ق م ف حيث تنص الفقرة 03 من هذه المادة على أنه "يجب أن تنفذ الاتفاقيات بحسن نية". كما يرتب القضاء الفرنسي جزاء على عدم احترام هذا المبدأ استنادا إلى تفسيره لنصوص أخرى فهذه الصيغة الضيقة الواردة في القانون الفرنسي التي لا تتضمن فقط اتفاقات الأطراف الذي يصيغ المبدأ بصيغة أكثر عمومية في المادة الثانية منه. "كل شخص ملتزم بأن يمارس حقوقه والتزاماته وفقا لقواعد حسن النية والتعسف الظاهر في الحق لا يحميه القانون..."

كما أقر القضاء الجزائري في إحدى القضايا المطروحة عليه هذا المبدأ ونص عليه المشعر الجزائري في م 107 ق م "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية"² ولهذا يعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ الهامة والتي تلعب دورا هاما في مجال العقود سواء كانت داخلية أو دولية وما يدل على أهمية هذا المبدأ ما ورد في القانون التجاري الموحد في الو.م.أ من تعريف لحسن النية بأنه الأمانة بالفعل وتباع المعايير التجارية المعقولة في التعامل العادل بالتجارة و أصبح ينطوي على أهمية بالغة في التطبيق العملي.

¹ بلال عبد المطلب، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2001، ص ص 74-75.

² المادة 107 من الأمر 58/75، السابق الذكر.

إن حسن النية أمر مفترض وهو قرينة وعلى ذلك لا يمكن نفيه إلا بإثبات سوء النية من مظهر أو تعبير وهذا المظهر أو التعبير من قبيل الوقائع القانونية التي يمكن إثباتها بالبينة بالطرق التي حددها القانون¹.

فبالرجوع إلى المجالات والمعاملات التجارية الدولية نجد تكريسا واضحا لمبدأ حسن النية في الممارسات المتبعة عموما منذ عام 1950 في مجال استغلال الثروات البترولية تكشف عن الصياغة التدريجية لقاعدة عرفية مفادها أن التغيرات الرئيسة في الظروف وتوجب على الأطراف التفاوض من أجل أن يصبح العقد متماشيا مع الظروف الجديدة فإذا رفض الشريك الأجنبي التفاوض بحسن نية كان للدولة أن تمارس سلطتها السيادية من أجل تحقيق التوازن التعاقدية أو وضع نهاية للعقد بطريقة التأميم، وفي هذه الحالة لا يكون أمام الطرف الآخر سوى الحصول على التعويض المناسب الأضرار التي لحقت به².

فإذا كان حسن النية مبدأ عاما يهيمن على كل مراحل العقود تكويننا وتفسيرنا وتنفيذا سواء كان العقد دوليا أم داخليا، إلا أنه يكتسب صفات خاصة و يتمتع بمفهوم أوسع عندما يتعلق الأمر بمعاملة دولية، هذا بالإضافة إلى أن له تطبيقات في فترة إعادة التفاوض بسبب وقوع حدث القوة القاهرة، وهذا ما سوف نتناوله فيما يلي:

إن مبدأ حسن النية يتولد عنه التزامات عديدة منها الالتزام بالتعاون وبالتشاور بين الأطراف عند وجود صعوبات جادة تتمثل في:

الالتزام بالإخطار والإعلام عند وقوع الحدث الذي أثر في التنفيذ، بالإضافة إلى الالتزام بالسرية و سوف نتناول هذه الصور على التوالي:

أ- الالتزام بالتعاون: يعتبر واجب التعاون مظهرا آخر للتعبير عن حسن النية في عقود التجارة الدولية فحسن النية يلزم الأطراف أن يتعاونوا معا بهدف الوصول إلى اتفاق مقبول يسمح لهم بالحفاظ على علاقاتهم.

¹ إبراهيم أحمد إبراهيم الديابات، حسن النية في تنفيذ العقود في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية و القانونية، الأردن، 2005، ص 17.

² سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص 140.

يجد هذا الالتزام مصدره في طبيعة عقود التجارة الدولية وفي بعض النصوص القانونية الاتفاقيات الخاصة بالتجارة الدولية، حيث تعتبر الأهمية الكبيرة التي تمثلها عقود التجارة الدولية مصدرا هاما من مصادر واجب التعاون بين الأطراف فهذه العقود كما يقوم البعض تستوجب أكثر من غيرها روح التعاون بين الأطراف فهو أمر ضروري في عقود التوريد يتجنبون العديد من المشكلات التي قد تثار أثناء تنفيذ هذه العقود.

كما له نفس الأهمية كذلك في عقود النقل، فتبادل المعلومات بين الأطراف وتساورهم المستمر وتعاونهم بحسن نية أمر ضروري لتنفيذ ما ترتبه هذه العقود من التزامات، وعقود الإنشاءات تعد مثلا جيدا على ضرورة التعاون¹.

فالعقود الدولية تأبى النظرة التقليدية للعقد التي ترى أنه على كل طرف أن يسعى للدفاع عن مصالحه الخاصة ولا ينتظر من الطرف الآخر معاونة على ذلك. فالعقد يقوم بين طرفين تتعارض مصالحه على حساب الطرف الآخر.

بل يجب أن يتعاون الطرفان سويا للوصول إلى أجدى وأنفع اتفاق لكليهما وتطبيقا لواجب التعاون يلتزم الطرفان في مرحلة إعادة التفاوض بما يأتي:

_ عدم التراضي في تحديد مواعيد جلسات التفاوض واحترام المواعيد المقررة.

_ تحديد أماكن للتفاوض يكون يسيرا على المتعاقد الوصول إليها.

_ إبداء المرونة الممكنة وعدم التصلب أثناء الاجتماعات والنقاشات وتقديم العروض.

- الالتزام بالجدية والاعتدال في مناقشة العروض وعدم رفضها دون مبرر.

- المبادرة إلى تقديم كافة الوثائق والمستندات اللازمة إلى الطرف الآخر.

- مواصلة التفاوض والاستمرار فيه لحين نجاح المفاوضات والتوصل إلى صياغة بنود

جديدة للعقد أو إعلان إنهاء المفاوضات بسبب عدم قدرة الطرفين إلى التوصل إلى حل جديد.

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص ص 408 - 411.

يعد الالتزام بالتعاون على اختلاف صورته التزاماً ببذل عناية. فيلتزم كل متعاقد ببذل العناية اللازمة في التعاون مع الطرف الآخر لغرض الوصول بالمفاوضات إلى هدفها المنشود وهو التوصل إلى اتفاق جديد¹.

ب- الالتزام بالإعلام: ويمثل هذا الالتزام أهمية كبيرة فيما يتعلق بمبدأ حسن النية

وتزداد هذه الأهمية من خلال ما يفرضه من متطلبات من بينها واجب الإفصاح إذ يقر هذا الأخير صراحة ضرورة الالتزام بحسن النية في مرحلة التفاوض².

كما يسمى أيضاً بالالتزام بالإخبار أو الالتزام بالتبصر أو الالتزام بالإفصاح حيث يلتزم كل متعاقد بإعلام الطرف الآخر بكل ما لديه من بيانات ومعلومات وحقائق تتعلق بموضوع التفاوض، حتى يكون كل منهما على علم ودراية بكل ما يطرأ على العقد من تغير بسبب الحدث المبرر لإعمال شرط إعادة التفاوض، فيتمكن من تقديم العروض الملائمة بغية التوصل إلى اتفاق جديد³.

إن الالتزام بالإعلام يرتبط بالشفافية في تقديم المعلومات فلا يجوز لأحد الأطراف المتفاوضة إخفاء شيء ما عن الطرف الآخر، فإذا كان أحد الأطراف على علم بواقعة معينة

وكانت تلك الواقعة مجهولة عن الطرف الآخر إلا أنها بالغة الأهمية بالنسبة إليه بحيث لو لم بها لتغيرت طبيعة الاقتراحات المقدمة من قبله أثناء إعادة التفاوض، فيتوجب على الطرف الذي يعلم بها إعلام الطرف الآخر بهذه الواقعة ولا يكون مخلاً بالالتزام بالإعلام وهو ما يترتب عنه إخلال بمبدأ حسن النية ويتم هذا الالتزام بالإعلام في الواقع بطرق عدة. فقد يتم بالإخبار المباشر للطرف الآخر بكل ما يعلمه المتفاوض من حقائق ووقائع معلومات، وقد يتم بتقديم بيانات مكتوبة والذي يعبر عنه بالإعلام المحض. وقد يتخذ هذا الالتزام بالإعلام صورة تحذير وتنبيه الطرف الآخر بوجود مخاطر مادية وقانونية

¹ أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 137.

² بلال عبد المطلب بدوي، المرجع السابق، ص 87.

³ محمد السيد عمران، الالتزام بالإخبار، دار الطباعة الجامعية، القاهرة، مصر، 1994، ص 27.

ذلك حتى يضعها هذا الأخير في حساباته أثناء إعادة التفاوض وتسمى هذه الصورة بالإعلام بالتحذير¹.

كما قد يتجلى في صورة تقديم النصح والمشورة والإرشاد إلى الطرف الآخر في مسائل يكون فيها أحد الطرفين ذي خبرة أو نتيجة احترافه المهني ويسمى بالالتزام بالنصيحة. إذ يعد هذا الالتزام التزاما بتحقيق نتيجة في إحاطة الطرف الآخر علما بكل الوقائع والحقائق والأحداث والمعلومات المتعلقة بالعقد².

ج- الالتزام بالسرية: ينشأ مضمون الالتزام بالسرية من خلال رغبة الأطراف المتفاوضين في إظهار مدى جديتهم في التفاوض ودفع عملية إعادة التفاوض نحو المضي قدما على ما قد يعترض ذلك من أمور قد تتطلب درجة خطورتها الاحتفاظ بها على نحو من السرية فيلوح أحد الأطراف للآخر بمعلومات ذات أهمية خاصة بالنسبة له، وذلك انطلاقا من مبدأ حسن النية الذي يتطلب من كل طرف مراعاة خصوصية الطرف الآخر وعدم استغلالها على نحو غير مشروع يؤدي إلى إلحاق ضرر به.

ولعل المجال الخصب لشرط السرية يبدوا جليا في عقود نقل التكنولوجيا إذ غالبا ما ينظم الأطراف هذا الشرط على نحو يحظر نقل المعرفة للغير أو نشرها أو الكشف عنها³.

إذ لا يمكن للأطراف الكشف عن هذه المعلومات إلا إذا تعلق الأمر بارتكاب جريمة ما ويعود هذا الأمر إلى طبيعة بعض الأعمال وما تقتضيه من ضرورة للاحتفاظ ببعض المعلومات على سبيل السرية ومن قبيل هذه الأعمال (المحامين، الأطباء، موظفين عموميين)، كذلك يدخل في نطاق المعلومات التي يقع على الأطراف الحفاظ على سريتها

¹ بلال عبد المطلب بدوي، المرجع السابق، ص 240.

² أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص ص 137 - 138.

³ حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، نظرة إنتقادية، دار المستقبل العربي مصر، 1988، ص 134.

تلك المعلومات التي يمكن أن يمثل الكشف عنها ضرر للطرف ويستوي في ذلك أن يكون هذا الضرر مادي أو أدبي¹.

يعتبر الالتزام بالسرية التزام بتحقيق نتيجة معينة إذ يلتزم المتعاقد بالحفاظ على سرية المعلومات وعدم إفشائها إلى الغير وعدم استعمالها لحسابه الخاص وإلا تحققت مسؤوليته هذا تأسيساً على الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة إعادة التفاوض، حيث يلتزم كل طرف بالمحافظة على الأسرار التي يطلعان عليها أثناء إعادة التفاوض.

فمن الممكن أن يطلع الطرفان على مجموعة من الأسرار الخاصة بهما أثناء إعادة التفاوض لاسيما فيما يتعلق بالقدرة المالية و مصادر الحصول على المواد الأولية وأسواق تصريف الإنتاج و الآليات المتبعة في ذلك، فيقوم أحد الطرفين باستغلال تلك الأسرار لحسابه الخاص دون موافقة الآخر يعد هذا إخلال بالالتزام بالسرية².

المبحث الثاني: نتيجة إعادة التفاوض.

إن التزام الأطراف المتعاقدة بالالتزام بإعادة التفاوض الذي يترتب شرط القوة القاهرة أو شرط إعادة التفاوض هو التزام بوسيلة لا بتحقيق نتيجة، حيث يجب على الأطراف تلبية الدعوة إلى التفاوض وكذلك الالتزام بمبدأ حسن النية والأمانة أثناء التفاوض، ولكنهم لا يسألون عن عدم وصولهم بعد ذلك إلى نتيجة معينة، فقد تتوقع أن تفشل المفاوضات كما قد تنجح.

سواء نجحت هذه المفاوضات أو فشلت فإن هناك أحكام تترتب عن ذلك، ومن هذه الأحكام ما يتعلق بمصير العقد الأصلي ومنها ما يتعلق بطبيعة الاتفاق الجديد³. ومن أجل دراسة وتحليل هذه الأحكام سوف نقسم هذا البحث إلى مطلبين الأول لدراسة حالة نجاح إعادة التفاوض والثاني لحالة فشل إعادة التفاوض.

¹ بلال عبد المطلب بدوي، المرجع السابق، ص 83.

² أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 138.

³ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 425.

المطلب الأول: حالة نجاح إعادة التفاوض.

إن نجاح إعادة التفاوض يعتبر النتيجة الطبيعية التي يجب أن يؤدي إليها التفاوض حيث يقصد بها وصول الأطراف إلى نتيجة ايجابية هي تعديل العقد، وهذه النتيجة لا تعني إنهاء كل المشكلات التي يمكن أن تثار بين الأطراف وأهمها مسألة تكييف الاتفاق الجديد المتوصل إليه من قبلهم.

وهو ما سنتناوله من خلال فرعين: الأول حول الاتفاق على تعديل بنود العقد والثاني الاتفاق على تجديد عناصر العقد.

الفرع الأول: الاتفاق على تعديل بنود العقد.

إن اتفاق الأطراف على تعديل بعض شروط الاتفاق الأصلي الذي يربطهم لا يقصدون به خلق اتفاق جديد، حيث يصفون الاتفاق الذي توصلوا إليه على أنه ليس إلا تعديلاً لهذا العقد وهو ما ذهب إليه جانب كبير من الفقه. فإذا اتفق الأطراف على تعديل الثمن أو شروط التسليم أو زمان أو مكان هذا التسليم أو امتداد في مدد تنفيذ العقد، فالأمر يتعلق بنفس العقد الأصلي لكن مع تعديل في بعض شروطه.

إذ يبرر أنصار هذه الفكرة ذلك بالقول بأن إعادة التفاوض تتعارض مع فكرة التجديد وتؤيد فكرة استمرار العقد الأصلي. فعند اتفاق الأطراف على إعادة التفاوض بشأن العقد فإنهم قصدوا إبقاء العقد الحالي بينهما قائماً¹.

حيث دعم الأستاذ "كاباس" هذا الاتجاه في رسالته عن شرط إعادة التفاوض بأن الاتفاق الذي توصل إليه الأطراف أثناء إعادة التفاوض ما هو إلا تعديل للاتفاق الأصلي وذلك في حجتين.

الأولى: تتمثل في وجود نية مفترضة عند الأطراف ببقاء الوضع الراهن بينهما حتى نهاية فترة إعادة التفاوض. فإذا انتهت مرحلة التفاوض وغيروا من هذا الوضع الراهن فإن هذا التغيير يأخذ حتماً صورة التعديل وليس إبرام عقد جديد.

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 428.

الثانية: تكمن في أن هدم الاتفاق القديم ونشوء اتفاق جديد بين الأطراف لا يتمشى مع شروط إعادة التفاوض، لان مضمونه يتجه بالدرجة الأولى للمحافظة على الاتفاق بين الطرفين كما يسمح لهم بمراجعة هذا الاتفاق بالإضافة إلى تعديل بعض أحكامه تقاديا لفسخه، أي أنه يعمل على بقاء العقد الأصلي لا هدمه¹.

يهدف هذا التعديل إلى مواجهة الصعوبات الاقتصادية والاجتماعية الغير متوقعة والتي تطرأ أثناء مرحلة تنفيذ العقد، فتهدد مصالح الأطراف نتيجة وقوع ظروف استثنائية تؤدي إلى الإخلال بالالتزامات التعاقدية الأصلية. لدى فإن الحل الوحيد لمواجهة هذه الظروف بغية الحافظة على العقد من خطر الفسخ هو تعديل العقد، وهذا بتعديل أحد عناصره أو شروطه من أجل خلق التوازن فيه من جديد².

فهو إجراء قانوني يتم بمقتضاه تغيير عنصر أو عناصر من العقد أو بند من بنوده بالحذف أو بالإضافة، بغية المحافظة على العقد، وهو تغيير جزئي دون إزالة العقد أو نقضه³. اذ يتم بناء على إرادة طرفي العقد والأصل أن تكون هذه الإرادة اتفاقا بينهما، سواء كان هذا الاتفاق معاصرا للعقد الذي ينصب عليه التعديل في صورة اتفاق مستقل، فقد يكون بشرط في العقد يسمح بتعديله أثناء تنفيذه. فإذا كان العقد ممتدا في زمانه وحصل ما يخل بالتوازن الاقتصادي بين الالتزامات المتقابلة للأطراف، فعادة ما يتفق الأطراف على حق كل منهما أن يطلب العودة إلى خبير أو محكم لتقييم التزامات الطرفين وذلك من أجل إعادة التوازن للعقد.

واتفاق الأطراف أثناء إعادة التفاوض على تعديل العقد الأصلي لا يثير أي إشكال فهو لا يغير من طبيعة الالتزام، لأنه في الحقيقة لا يعد خروجاً على مضمون الاتفاق

¹ Cabas (f), op, cit, p 193.

² أسامة الحموي، الشرط الجزائي و سلطة القاضي في تعديله، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون، الطبعة الأولى مطبعة الزرعي، سوريا، 1997، ص 345.

³ المرجع نفسه، ص 347.

الأصلي ومبدأ القوة الملزمة للعقد. لأن ما يسوغ للاتفاق أن يقرره، يسوغ له كذلك أن يعدله¹. كما يمكن تعريف التعديل كذلك بأنه "استبدال بعض الشروط في العقد الأصلي بشروط أخرى أكثر مرونة، بغرض مواجهة الصعوبات التي قد تعترض الأطراف بغية تحقيق الهدف من العقد ومراعاة مصالح الأطراف".

كما يعتبر استثناء من مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" وقد أقره المشرع الجزائري في المادة 106 من القانون المدني بنصه (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب التي يقرها القانون)².

حيث يقوم تعديل العقد باتفاق الأطراف على أساس أنه مادام العقد قد انقضى بالتراضي فإنه يمكن تعديله بالتراضي. أي أنه إذا كان العقد ينشأ بالإرادة المشتركة لأطرافه فيمكن تعديله بهذه الإرادة³.

ولما كان هذا الاتفاق لا يمكن أن يكون عقد جديد تطبق عليه القواعد العامة للعقود فإن الشروط التي يجب مراعاتها فيه هي نفس الشروط المطلوبة لإبرام عقد جديد، من رضا محل سبب، واحترام بعض الشكليات التي تتطلبها العقود.

كما تتجسد مبررات التعديل الإتفاقي في احترام الأطراف لشروطه القانونية، بأن يكون الدافع من التعديل هو المحافظة على العلاقة العقدية وإيجاد التوازن الاقتصادي فيها وحماية المصالح المشتركة للأطراف، ومبرر التعديل باتفاق الأطراف هو المصلحة المشتركة للأطراف للمحافظة على العلاقة العقدية، لذا يجب أن تكون هذا المصلحة المراد تحقيقها مشروعة ومشاركة للأطراف⁴.

¹ غازي عايد الغيثان السلايطه، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة إلى عمادة الدراسات العليا استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة مؤتة محمد علي الاردن، ص 9 - 10.

² المادة 106 من الأمر 58/75 السابق الذكر.

³ محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الثانية، الجزء الأول، الجامعة المفتوحة، ليبيا، 1993، ص 168.

⁴ المرجع نفسه، ص 170.

من آثار التعديل الإتفاقي، استمرار الرابطة العقدية الأصلية، لأن العقد قد تطرأ عليه تغيرات إلا أنها لا تؤثر في جوهره وذلك في حالة عدم المساس بعناصره الجوهرية ومثال هذه الأخيرة الثمن في عقد البيع.

فإذا طرأ تعديل على العقد ولم يمس هذا التعديل أحد هذه العناصر أو الشروط، فتبقى الرابطة العقدية قائمة مستمرة، ومثال ذلك إبرام عقد بيع يحدد فيه الشيء المباع، وبعدها يتفق الأطراف على تغيير الشيء المباع ولكن دون تعديل الثمن المتفق عليه من قبل، في هذه الحالة يبقى العقد الأصلي قائماً بين الأطراف لأن مضمون العقد لم يعدل، ولم تتغير بذلك طبيعة العقد الأصلي، وعليه فإن عدم تعرض مضمون العقد للتغيير أو التعديل يترتب عليه بقاء العقد الأصلي كما تم اشتراطه من قبل، فإذا احدث أحد الأطراف تغييراً في مضمون العقد نكون أمام انقضاء العقد الأصلي و ظهور عقد جديد.

الفرع الثاني: الاتفاق على تجديد عناصر العقد.

إن الاتفاق الجديد الذي ينتج عن عملية إعادة التفاوض بين الأطراف هو عقد جديد بالنظر إلى كون إعادة التفاوض يتضمن تجديدا للعقد الأصلي لا تعديلاً له، وهذا ما ذهب إليه جانب من الفقه¹.

فإذا أحدث الأطراف تغييراً في مضمون العقد، كأن يعدلوا في محل وسبب العقد وأدى هذا التعديل إلى التغيير في الطبيعة القانونية للعقد، فإن هذا يؤدي إلى ظهور عقد جديد، فالتعديلات التي تؤدي إلى تغيير التكييف القانوني للعقد ينشأ عنها عقد جديد، أما الحالات الأخرى فغالباً ما يكتفيها القضاء الفرنسي بالتجديد.

فالتكييف القانوني يؤدي إلى تحديد طبيعة العقد والفئة القانونية التي يخضع لها النظام القانوني الذي يطبق عليه².

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 429.

² Gabril Mary ,Pierre Raynaud ,droit civil ,les obligations ,ton 2 1^{er} volum ,Sirey,Paris ,1962, pp 197 – 198.

فالتجديد هو "عملية قانونية يحل من خلالها التزام جديد محمل التزام قديم، ففيه خلق لإلتزام جديد مرتبط بانقضاء التزام قديم"¹.

كما يعرف كذلك "اتفاق على انقضاء الإلتزام القديم، وعقد لإنشاء الإلتزام الجديد، فهو يعتمد على استبدال عنصر أو أكثر من عناصر الإلتزام القائم بالتزام آخر جديد"².

كما ينظم كذلك القانون المدني الفرنسي التجديد في المواد 1271، 1281 منه و يعرفه بأنه "انقضاء التزام وخلق التزام جديد مختلف يحل محل الإلتزام الأول".

أما المشرع الجزائري فإنه يشترط لقيام التجديد توافر الشروط التالية:

- وجود التزام قديم.
- نشوء التزام جديد.
- نية التجديد.

وهذا طبقاً لأحكام م 287 و 289 ف 01 من ق م ج³.

فتنص م 287 ف 01 على أنه "يتغير الدين إذا اتفق الأطراف على استبدال الإلتزام الأصلي بالتزام جديد يختلف عنه في محله أو في مصدره".

أما م 289 ف 01 على أنه "التجديد لا يفترض بل يجب الاتفاق عليه صراحة أو استخلاصه بوضوح من الظروف".

أن فكرة التجديد تقوم على عنصر رئيسي وهو النية أي نية التجديد، فالتجديد لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه الأطراف صراحة أو يستخلص من ظروف التعاقد.

كما يجب أن تتضمن نية التجديد إرادة تتمثل في انقضاء الإلتزام القديم، وخلق التزام جديد وإرادة ربط الانقضاء بالتجديد.

الجدير بالذكر أن تقدير توافر نية التجديد في حالة عدم اتفاق الأطراف أمر متروك للمحكم الذي يختلف حكمه في تقدير هذه المسألة بحسب كل حالة على حدى، وقد اهتم

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 429.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 954.

³ المواد 278- 289 من الأمر 58/75 السابق الذكر.

غالبية الفقه والقضاء من جانبها بإعطاء أمثلة توضح الحالات التي تتوافر فيها نية التجديد والتي تختلف فيها هذه النية. ما جاء في نقض مدني، جلسة 1973/04/10 الطعن رقم 79 لسنة 38 قضائية، بالإضافة كذلك إلى مجموعة أحكام المكتب الفني سنة 28.

كما يشترط أيضا أن يكون الالتزام الجديد مختلفا بشكل جدي عن الالتزام القديم. أو بمعنى آخر أن يكون التغيير الذي تم على الالتزام جوهريا كالتعديل الوارد على شخص المدين بالالتزام أو شخص الدائن أو على مصدر الالتزام كما لو تغيير العقد من قرض إلى إيجار¹.

أما إذا كان التغيير الذي تم غير جوهري كما لو ورد على مدة تنفيذ العقد بالزيادة أو بالنقصان أو طرق التنفيذ، أو في حالة تغيير العملة التي يتم بها التنفيذ، فلا نكون بصدد تجديد للعقد بل تعديل له.

ففي ذلك تقول محكمة استئناف باريس "يمكن القول بوجود تجديد في الفرض الذي يكون فيه التغيير عنصرا مؤثرا على تبادل الرضا بين الأطراف وليس التغيير الذي طرأ في طرق تنفيذ الالتزام"².

في الواضح أنه ليس هناك فرق بين تجديد الالتزام وتجديد العقد، فالأمران في الغالب يتضحان بأنهما شيء واحد، لأن الحديث عن تجديد الالتزام هو حديث عن تجديد للعقد ويقول في هذا الصدد الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري "التجديد اتفاق "convention قضاء الالتزام القديم وعقد contract لإنشاء الإلتزام الجديد، وهو في الحالتين تصرف قانوني"³.

المطلب الثاني: حالة فشل إعادة التفاوض.

أثناء إعادة التفاوض قد تفشل المفاوضات بين الأطراف بسبب خطأ ارتكبه أي منهما سواء كان ذلك بعدم حضوره جلسة أو جلسات التفاوض أو في حالة عدم التزامه بحسن النية

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 430.

² المرجع نفسه، ص 430.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 954.

والأمانة في صياغة المقترحات التي يبيدها للمتعاقد الآخر كما يمكن أن تفشل المفاوضات كذلك بسبب خطأ غير منسوب لأحدهما وذلك حالة عدم التوصل إلى اتفاق مقبول من كليهما ومهما تنوعت هذه الأسباب، يبقى التساؤل حول مصير العقد في حالة وجود اتفاق بين الأطراف (الفرع الأول) و مصير العقد في حالة عدم اتفاق الأطراف (الفرع الثاني) **الفرع الأول: مصير العقد في حالة اتفاق الأطراف.**

إن اختيار الأطراف طريق معين لتسوية الخلافات التي قد تثور بينهما في حالة عدم وصولهم إلى حل قد يؤثر بشكل أو بآخر على سلوك الأطراف أثناء إعادة التفاوض، وهو ما من شأنه أن يؤثر على مصير العقد، ذلك لأنه في الحالة التي يتفق فيها الأطراف على سبيل المثال¹ على أن يكون العقد مفسوخ من تلقاء نفسه في حالة عدم وصولهم إلى حل فإن مصير العقد في هذه الحالة سيختلف عن الحالة التي يتفق فيها على الاستمرار في تنفيذ العقد أو إحالة الأمر إلى التحكيم لإتخاذ ما يراه مناسباً.

ففي الحالة الأولى قد يحاول أحد الأطراف التشكيك في الاقتراحات التي يقدمها الطرف الآخر أو يحاول جاهداً إبراز مدى التعارض بين هذه الاقتراحات و بين مصالحه الخاصة وإخفاء ما تحققه له من فوائد، ويهدف من ذلك إلى إنهاء المفاوضات دون الوصول إلى حل ودون أن يظهر ما يتعارض مع حسن النية²، أما في الحالة الثانية التي يتفق فيها الأطراف على إحالة الأمر إلى التحكيم أو استمرار العقد بنفس شروطه الأصلية، فإن هذا الاتفاق سيكون له أثره أيضاً في سلوك الأطراف أثناء إعادة التفاوض، لأن الاستمرار في تنفيذ العقد بشروطه الأصلية في حالة الفشل في الوصول إلى نتيجة قد يسبب ضرر فادح لأحد الأطراف، وهذا ما يجعله يتفاوض بشكل جاد.

إضافة إلى أن سلوك المتعاقد قد يتغير إذا اتفق مع المتعاقد الآخر على إحالة الأمر إلى التحكيم في حالة فشل إعادة التفاوض، فالمحكم قد ينتهي إلى إقامة مسؤوليته عن عدم

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 435.

² المرجع نفسه، ص 435.

الوصول إلى حل، كما قد يقترح تعديل العقد بشكل معين على الأطراف خاصة إذا كان محكما مفوضا بالصلح، وحتى يتجنب المتعاقد هذه النتائج وكذلك المصاريف الهائلة التي تتفق في التحكيم فإنه سيكون مقما على التفاوض ولديه الرغبة الجادة في الوصول إلى حل إيجابي بتعديل العقد.

أما فيما يتعلق بصور الاتفاق بين الأطراف على مصير العقد في حالة فشل إعادة التفاوض فإن واقع عقود التجارة يعكس لنا صورا متنوعة، ومن هذه الصور الاستمرار في تنفيذ العقد الأصلي بنفس شروطه السابقة، ووقف تنفيذ العقد فترة من الزمن بعدها يمكن التقرير بفسخ العقد نهائيا أو عودته إلى التنفيذ العادي، فسخ العقد من تلقاء نفسه¹. وسوف نقتصر في هذا المقام على فسخ العقد واللجوء إلى الغير.

أولا: فسخ العقد.

يعد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين من المبادئ الأساسية المأخوذ بها في التجارة الدولية إذ يلتزم المتعاقدان بتنفيذ جميع ما اشتمل عليه العقد وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية حتى ولو أصبح هذا التنفيذ مرهقا لأحدهما فلا يجوز لأي منهما تنفيذ العقد على نحو مختلف أو تقديم بديل لهذا التنفيذ، أو إنهاء العقد بإرادته المنفردة، ورغم ذلك فإنه قد يتم على نحو معيب كما قد لا يتم التنفيذ إطلاقا، وعليه يجوز للطرف المضرور مواجهة هذا اللجوء إلى الفسخ².

إلا أن هذا الفسخ يعتبر خيارا غير مرغوب فيه من جانب المتعاملين في مجال التجارة الدولية الذين يرغبون دائما في إنقاذ العقد والحفاظ عليه والسعي للابتعاد عن فسخه³. يمكن تعريف الفسخ Resolution بأنه حل الرابطة العقدية بناء على طلب أحد الطرفين في العقد، إذا أخل بالتزاماته فهو جزء مقرر لهذا الإخلال، وبمقتضاه يستطيع الطرف الآخر

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 436.

² خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع، وفق اتفاقية فيينا لعام 1980، الطبعة الثانية، 2001، ص 21-24.

³ ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، الطبعة الثانية، مكتب الجلاء الجديدة، مصر، 1995، ص 405.

حل الرابطة العقدية حتى يتحرر نهائياً من الالتزامات التي يفرضها العقد عليه¹، وقد عرفت القوانين الوضعية الفسخ :

إذ جعله القانون الجزائري: جزاء لعدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، ورتب عليه إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد وهو ما ذهبت إليه المادة 122 ق م ج² إضافة إلى القانون الإنجليزي وعبر عنه باصطلاح رفض البضاعة "Rejection of goods" إذ أعطى المشتري الحق في رفضه البضاعة إذا أخل البائع إخلالاً جسيماً بتنفيذ العقد ورتب على هذا الرفض أحقية المشتري في الامتناع عن دفع الثمن، واسترداد هذا الثمن إذا كان قد دفعه، أما القانون الأمريكي جعله الجزاء الرئيسي المخول للمشتري في حق رفض البضاعة غير المطابقة "Mo rejection- conforming goods"³، إذا كانت لا تطابق العقد بأي صورة من الصور، أو في حالة العقود التي يتم تسليمها على دفعات إذا كانت تحرمه بشكل أساسي من قيمة الدفعة غير المطابقة المسلمة إليه ولم يكن من الممكن إصلاحها⁴.

كماً لا تختلف عقود البيع الدولية عن سائر العقود من حيث الجزاءات التي تطبق في حالة إخلال أحد طرفيها بالتزاماته، ومنها الفسخ وقد يكون أساس تطبيق هذا الجزاء هو القانون الوطني الواجب التطبيق على هذا العقد الدولي أو اتفاق المتعاقدين إذا اتفقا عليه في عقدهما كجزاء للإخلال ببعض الالتزامات، كما قد يكون إعماله تطبيقاً للاتفاقيات الدولية التي تنظمه ضمن أحكامها الموضوعية الخاصة بعقد البيع الدولي، كما هو الحال في اتفاقية لاهاي لسنة 1964 واتفاقية فيينا لسنة 1980.

¹ خالد أحمد عبد الحميد، المرجع السابق، ص 23.

² المادة 122 من الامر 58/75 السابق الذكر: (إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض)

³ خالد أحمد عبد الحميد، المرجع السابق، ص 24.

⁴ المادة 2/612 من القانون التجاري الأمريكي الموحد U C C و تنص في فقرتها الثانية على: "the buyer reject any installment which is non-conformity substantially impairs the value of that installment and can not be cured ..."
"نقلاً عن خالد أحمد عبد الحميد، المرجع السابق، ص 24.

إضافة إلى هذا فقد أوردت قواعد المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص¹ Unidroit جزء الفسخ ضمن أحكامها، فأجازت لأي طرف إنهاء العقد إذا كان إخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته يرتقي إلى مرتبة الإخلال الجوهري بالعقد.

لكن الفسخ في العقود الدولية يعد جزءاً قاسياً تتأذى التجارة الدولية من حدوثه لكل إخلال بالعقد أو مخالفة لأحكامه، إذ تتحقق مصلحتها في الإبقاء عليه وإكمال تنفيذه ولو مع إخلال يمكن أن يجبره بالتعويض، إذ أنه يدمر العقد والذي لا يتم غالباً إلا بعد مفاوضات شاقة ومكلفة يترتب على حدوثه إعادة البضائع بعد إرسالها وما يصاحب ذلك من نفقات جديدة للنقل والتأمين، ومن إجراءات إدارية وصحية لازمة لدخول البضائع وخروجها وإرسال الثمن ثم استرداده، فضلاً عن تعرض البضائع لمخاطر التلف والهالك مرة أخرى، فإذا فسخ عقد البيع فإن ذلك سوف ينتج أثره على كافة العقود الأخرى التي ترتبط به إذا كانت لم يتم تنفيذها. مما يولد مشاكل وصعاب عديدة، وهو ما يضيف أهمية كبيرة على الفسخ في العقود الدولية لا تتوفر عليها في العقود الوطنية².

كما أن التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية ومنها البيع، فهي الأخرى تضمنت حق الفسخ عندما يقوم البائع بإمداد المشتري ببرامج حاسب آلي لا تتفق وطلباته³.
فأما نظمت اتفاقية فيينا الفسخ، فأجازته لأي من الطرفين إذا أخل الطرف الآخر بالتزاماته لكنها أظهرت عدم تفضيلها اللجوء إليه فوضعت شروطاً ثقيلة تحد من استعماله

¹ هي قواعد عامة للعقود التجارية الدولية وضعها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص عام 1994، و هي تطبق إذا اتفق المتعاقدان على إخضاع عقدهما لها، كما يجوز تطبيقها إذ اتفق المتعاقدان على أن يحكم عقدهما المبادئ العامة للقانون مبادئ عقود التجارة الدولية Unidroit، روما 1994، الترجمة العربية، إعداد مكتب الشلفاني للاستشارات القانونية الطبعة الأولى الترجمة العربية، 2000، ص 01.

² خالد أحمد عبد الحميد، المرجع السابق، ص ص 26 - 28.

³ معزز دلييلة، الضمان في عقود البيع الكلاسيكية و الإلكترونية (ضمان التعرض و الاستحقاق و العيوب الخفية) دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو الجزائر 2014، ص 89.

ومهدت الطريق لإنقاذ العقد من الفسخ بعد وقوع المخالفة التي تبرره وذلك بإتاحة الفرصة لإصلاحها.

كما حرصت الاتفاقية على الحفاظ على عقد البيع، ولذلك قصرت الاتفاقية الفسخ على حالات محددة، تتمثل أساسا في ارتكاب مخالفة على درجة كبيرة من الخطورة وهي ما أطلقت عليه بالمخالفة الجوهرية، فجعلت ارتكابها شرطا أساسيا لفسخ العقد. لكن الاتفاقية أجازت الفسخ بالرغم من أن المخالفة الجوهرية لم ترتكب بعد، وإنما ظهر بوضوح ما يؤكد أنها سترتكب فهي حالة الفسخ المبتسر للعقد بالإضافة إلى الحالة التي يكون فيها تأثير المخالفة قاصرا على جزء فقط من العقد، وهي حالة الفسخ الجزئي للعقد.

أ- الفسخ لارتكاب مخالفة جوهرية.

تعد فكرة المخالفة الجوهرية من الأفكار الجديدة التي لم تعرفها قوانين دول عديدة ويتجسد التنظيم القانوني لفكرة المخالفة الجوهرية في اتفاقية فيينا¹. إذ تعد فكرة المخالفة الجوهرية من الأفكار الأساسية التي تضمنتها اتفاقية فيينا في أحكامها الخاصة بالجزاءات².

كما تبنت اتفاقية لاهاي لسنة 1964 فكرة المخالفة الجوهرية، ووضعت لها نظاما قانونيا ربطت فيه بين ارتكابها وفسخ العقد، إذ أجازت الفسخ إذا كانت المخالفة جوهرية بينما منعتها واكتفت بتعويض الطرف المضرور إذا كانت المخالفة غير جوهرية.

كما اشترطت هذه الاتفاقية أن المتعاقد الذي تخلف عن تنفيذ التزامه يعلم أو كان ينبغي له أن يعلم وقت إبرام العقد أن شخصا عاقلا من صفة المتعاقد الآخر وفي مركزه ما

¹ أسيل باقر جاسم، المفهوم القانوني للمخالفة الجوهرية في عقد البيع الدولي للبضائع، مجلة الحقوق، المؤتمر الوطني العاشر، جامعة بابل، العراق، 2013، ص 143.

² جعلت اتفاقية فيينا المخالفة الجوهرية شرطا أساسيا لحق المشتري في طلب سليم البضاعة بديلة 2/46، و لحق المشتري أو البائع في فسخ العقد المادتين 49 فقرة 1 بند، و المادة 64 فقرة 1 بند أ، و لحق المشتري في فسخ العقد برمته في حالة عدم التنفيذ الجزئي، م 2/51، و في حالة الفسخ المبتسر للعقد المادة 1/72، و في الفسخ في عقود البيع على دفعات المادة 73.

كان ليرضى بإبرام العقد لو علم بالمخالفة وأثارها وقت التفاوض. ولقد انتقد هذا التعريف لغلبة الطابع الشخصي عليه.

هو ما يؤدي إلى الأخذ بالتعريف المقدم في اتفاقية فيينا، والذي جاء بحل وسط للتوفيق بين الاقتراحات العديدة التي قدمت في هذا الشأن. وعليه تكون مخالفة العقد من جانب أحد الطرفين جوهرية إذا نتج عنها ضرر للطرف الآخر يحرمه بشكل أساسي مما كان من حقه الحصول عليه من إبرام العقد، إلا إذا كان الطرف المخالف لم يتوقع مثل هذه النتيجة. وما كان ليتوقعها أي شخص سوى الإدراك *Personne Raisonnable* من صفة الطرف المخالف إذا وجد في نفس الظروف¹.

_ الإخلال المبرر للفسخ في بعض الأنظمة القانونية.

عرفت الأنظمة القانونية المختلفة الفسخ كجزء لعدم تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد لكنها اختلفت في تحديدها للشروط التي يتعين توافرها لتطبيقه مثاله: القانون الإنجليزي: إذ أن نظام الفسخ فيه يعتمد بدرجة كبيرة على أهمية الاشتراطات العقدية التي يتم الإخلال بها، وهو ما يعد تمهيد لفكرة المخالفة الجوهرية للعقد، فهذه الاشتراطات العقدية التي تدخل ضمن تركيبة العقد وأحكامه ليست على درجة واحدة من الأهمية. وهي تختلف من حيث الأثر المترتب على الإخفاق في تنفيذها كذلك.

حيث فرق القانون الإنجليزي، في نطاق الالتزامات العقدية بين ما يسمى بالشرط أو *Condition*² وهو كل حكم يتصل مباشرة بجوهر العقد إلى الحد الذي يعتبر معه الطرف الآخر أن عدم الوفاء به هو إخفاق في تنفيذ العقد بأكمله، بما يببرر فسخ العقد بإرادته المنفردة وبين ما يسمى بالضمان *Warranty* وهو اشتراط عقدي أيضا ولكنه قليل الأهمية وقد

¹ خالد أحمد عبد الحميد، المرجع السابق، ص 48.

² أسيل باقر جاسم، المفهوم القانوني للمخالفة الجوهرية في عقد البيع الدولي، المرجع السابق، ص 143، و قد ذهب تروت حبيب، المرجع السابق، ص 343 رقم 166 إلى التفرقة بين الشرط و الضمان على أساس تفسير بنود العقد للوصول لقصد المتعاقدين من كل بند في ضوء الظروف و المناسبات المحيطة به.

عرفته م 62 ف 1 من قانون بيع البضائع الإنجليزي 1997 بأنه "اتفاق متعلق بالبضاعة محل عقد البيع، لكنه اتفاق جانبي بالنسبة للعرض الأصلي لمثل هذا العقد"¹.
فإذا حدث الإخلال بالضمان ثبت للدائن الحق في المطالبة بالتعويضات ولا يجوز المطالبة بالفسخ.

- وفقا لقانون بيع البضائع الإنجليزي: يعد وفقا لهذا القانون شرطا أساسيا الزمن وكذلك التزامات البائع المتعلقة بنوعية البضاعة وصلاحياتها والتزامات المشتري المتعلقة بقبول البضاعة أو استلام المستندات.
- وفقا للبيع سيف C.I.F: فالإخلال بتنفيذ هذه الالتزامات يجيز للمضور فسخ العقد، أما وقت سداد الثمن فهو لا يتعدى أن يكون ضمنا ما لم يتفق على خلاف ذلك.
إذ أن الإخلال بشرط من الشروط المتوسطة لا يخول للمضور اللجوء إلى فسخ العقد إلا إذا وصل إلى درجة من الجسامة تبرر الفسخ.
كما لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الإخلال بشرط من الشروط المتوسطة، في حين يجوز الاتفاق على ذلك عند الإخلال بالشرط².
أما على الصعيد الدولي فقد اعتمدت اتفاقية لاهاي للبيع الدولي للمنقولات المادية المنعقدة سنة 1964 جسامة الإخلال وليس أهمية الألتزام للقول بارتكاب مخالفة جوهرية³.
فقد يكون الألتزام رئيسيا ومهما لكن لا يترتب على الإخلال به سوى ضرر يسير.
كما أجاز القانون المصري في العقود الملزمة للجانبين، للمتعاقد أن يطلب بفسخ العقد إذا لم يوفي المتعاقد الأخر بالتزامه، إذ ترك للقاضي السلطة التقديرية للحكم بالفسخ أو رفضه ولم يحدد المعيار الذي يتبعه القاضي في ذلك⁴.

¹ المادة 1/62 من قانون بيع البضائع الإنجليزي لعام 1979، نقلا عن أسيل باقر جاسم، المخالفة الجوهرية في عقد البيع الدولي، المرجع السابق، ص 144.

² أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص ص 144 - 145.

³ اتفاقية لاهاي للبيع الدولي للمنقولات المادية لسنة 1964.

⁴ خالد أحمد عبد الحميد، المرجع السابق، ص 43.

كما يترتب على التمسك بالدفع بعدم التنفيذ وقف تنفيذ التزام الطرف المتمسك به لكن العقد يضل باقيا وموقوفا حتى ينفذ المتعاقد الآخر التزامه المقابل، وفي حالة استمرار الرفض في عدم تنفيذ التزامه كان من حق المتعاقد المتمسك بالدفع المطالبة بفسخ العقد¹.

كما نجد المادة 77 ق م العراقي تنص على أن "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بما وجب عليه في العقد جاز للمتعاقد الآخر بعد الإعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إذا كان له مقتضى، على أن يجوز للمحكمة أن تمهل المدين أجل كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام بجملة"². هذا ولم يحدد القانون العراقي درجة الجسامة التي ينبغي أن يتصف بها الإخلال بالالتزام فكل ما يشترطه القانون في الإخلال هو أن يكون قد وقع بالفعل، سواء كان كليا أم بجزء منه فقط³.

كما نجد المشرع الجزائري في نص م 119 ق م ج ينص على أنه "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك، ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوفي به المدين له أهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات"⁴. إذ أن المشرع أجاز حق المطالبة بالفسخ في حالة تحقق الحالات المستوجبة للفسخ وسامنتاع المتعاقد الآخر عن القيام بتنفيذ التزاماته.

من خلال ما تقدم ذكره يتبين لنا أن المخالفة الجوهرية تقوم على ثلاثة عناصر وهذا ما يستشف في اتفاقية فيينا، وكذلك في نص م 25 منها⁵، وكذلك ما تبينه المبادئ النموذجية

¹ حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 402.

² المادة 77 من القانون المدني العراقي، نقلا عن أسيل باقر جاسم، المخالفة الجوهرية في عقد البيع الدولي، ص 143.

³ أسيل باقر جاسم، المخالفة الجوهرية في عقد البيع الدولي، المرجع السابق، ص 143.

⁴ المادة 119 ق م من الأمر 58/75 السابق الذكر.

⁵ المادة 25 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980.

لعقود التجارة الدولية في نص م (3-2-6) منها¹، ويمكن إجمال هذه العناصر في كل من الإخلال بالعقد الدولي، الضرر الجوهري، بالإضافة إلى توقع الضرر.

ب_ عناصر المخالفة الجوهرية: تتمثل في:

• **الإخلال بالعقد الدولي:** الأصل أن ينفذ كل متعاقد ما يقع على عاتقه من التزامات بموجب العقد، لكن قد يخل أحدهما بالتزام من هذه الالتزامات، وفي هذه الحالة تتعقد مسؤوليته عن هذا الإخلال، وهو إما أن يكون بعدم تنفيذ هذا الالتزام أصلاً كعدم قيام البائع بتسليم البضاعة المباعة وعدم قيام المشتري بدفع الثمن المتفق عليه، وإما أن يكون بتنفيذ جزء من الثمن أو أن يكون التنفيذ معيباً كتسليم بضاعة غير مطابقة لما تم الاتفاق عليه. كذلك في حالة التسليم المتأخر²، والواقع من الأمر أن اتفاقية فيينا لا تشترط صدور خطأ من الطرف المخل بالتزام للقول بتحقيق الإخلال، إذ تقيم مسؤولية هذا الأخير بغض النظر عن توافر ركن الخطأ³. كما تنبئ المادة (1-1-7) من مبادئ اليونيدروا نفس الاتجاه، إذ لم تفرق بين عدم التنفيذ بعذر وعدم التنفيذ بغير عذر⁴.

إلا أن الواقع العملي لعقود التجارة الدولية كشف عن حالات تنطوي على قيام أحد المتعاقدين بالإفصاح وفي وقت مبكر عن رغبته الجادة في عدم تنفيذ التزامه الذي لم يحل أجله بعد، أو عدم قدرته على التنفيذ، ويسمى الإخلال في هذه الحالة بالإخلال المبتسر بالعقد لأنه يحدث قبل حلول الوقت المحدد لتنفيذ التزام المدين.

يقصد بهذا الإخلال المبتسر للعقد قيام أحد المتعاقدين بالتأكيد على أنه لن يقوم بتنفيذ التزامه عندما يحل أجله، حيث يعلن هذا المتعاقد على نحو واضح وقبل حلول الموعد المحدد للتنفيذ عن نيته في عدم تنفيذ التزامه عندما يحل موعد التنفيذ⁵.

¹ المادة (3-2-6) من مبادئ عقود التجارة الدولية (اليونيدروا).

² حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 407.

³ GIARDINA Andrea, « Les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », JDI, juil-aout, n°03, Paris, 1995, p 559.

⁴ المادة (1-1-7) من مبادئ عقود التجارة الدولية (اليونيدروا).

⁵ صفاء تقي عبد نور العيساوي، الإخلال المبتسر بالعقد و أثره (دراسة في عقود التجارة الدولية)، مجلة الحقوق، المجلد 14 عدد6، جامعة بابل، العراق، 2007، ص ص 117 - 118.

كما أن هذا الإخلال المبتسر بالعقد قد يكون صريحا، يقع متى صرح المتعاقد قولاً أو كتابة عن نيته في عدم تنفيذ التزامه عند حلول الأجل المحدد، وهذا التصريح يجب أن يكون قطعياً وواضحاً لا غموض فيه، كما قد يكون غير صريح وهذا في حالات تنظمها معظم التشريعات الوطنية، تتحقق معها فكرة الإخلال المبتسر بالعقد، وتسمى هذه الحالات بحالات سقوط أجل تنفيذ الالتزام، وتجمعها فكرة عدم إطمئنان الدائن إلى تنفيذ المدين التزامه عند حلول أجل التنفيذ¹.

• **الضرر الجوهري:** لم تكف اتفاقية فيينا لتحقيق الضرر إقرار مسؤولية المتعاقد عن عدم التنفيذ والسماح للمتعاقد الآخر بفسخ العقد، بل اشترطت أن يبلغ الضرر درجة كبيرة من الجسامة²، ومعيار التوقع هنا هو معيار موضوعي لا شخصي، إذ لا يعتد بما يتوقعه المتعاقد وفقاً لرؤيته الخاصة بل إلى ما يفترض به أن يتوقعه وفقاً لظروف العقد. كما أن تقدير جوهرية الضرر يعد مسألة وقائع، فقد يكون الإخلال في بعض الأحيان متسامحاً فيه وفي أحيانا أخرى يترتب ضرراً جوهرياً، ففي الظروف العادية مثلاً لا يؤدي التأخر في تسليم البضاعة ليوم أو يومين إلى ضرر يذكر، لكنه قد يؤدي إلى ضرر جوهري إذا كان القصد من شراء البضاعة للمشاركة في معرض يستمر يومين فقط، وينبغي أن يدخل في تقدير جوهرية الضرر ما يعرضه الطرف المخالف لعلاج الضرر من حلول قد تؤدي إلى تقليل الضرر أو تنافي جزء كبير منه³.

كما تنص المادة 48 ف01 من اتفاقية فيينا على أنه "يجوز للبائع ولو بعد تاريخ التسليم أن يصلح على حسابه كل خلل في تنفيذ التزاماته بشرط ألا يترتب على ذلك تأخير غير معقول لا يسبب للمشتري مضايقة غير معقولة أو شكوك في قيام البائع بدفع المصاريف

1 صفاء تقي عبد نور العيساوي، المرجع السابق، ص ص 122 - 123.

2 أسيل باقر جاسم، المفهوم القانوني للمخالفة الجوهرية في عقد البيع الدولي للبضائع، المرجع السابق، ص 146.

3 المرجع نفسه، ص 147.

التي أنفقها المشتري (...)¹، إلا أنه يجب عندئذ ألا يكون المشتري قد بادر إلى طلب فسخ العقد، فمتى وقع طلب الفسخ لا مجال للإصلاح.

إذ أن حسن النية من المشتري يقتضي أن يترك هذا الأخير للبائع فترة زمنية يعمل فيها على إصلاح الخلل في التنفيذ، إلا أنه في حالة وجود حلول أخرى لدرأ الضرر غير الفسخ، فلا يعد الضرر عندئذ جوهريا كما لو كان تخفيض الثمن أو دفع تعويضات معينة يعد علاجا كافيا لدرء الضرر، فقد يتفق الأطراف في العقد على إعتبار أضرار معينة أضرارا جوهرية وإن لم تكن كذلك وفقا لأحكام اتفاقية فيينا. كما لو اتفق الطرفان على اعتبار أي عيبا وإن كان بسيطا يظهر عند تشغيل المبيع يقيم مسؤولية البائع ويجيز للمشتري فسخ العقد. كما قد يكون الضرر جوهريا منذ بدايته أو قد يبدو بسيطا ويتفاقم بمرور الزمن كما لو كان المبيع أجهزة كهربائية لها عيب بسيط عند بدء تشغيلها، تم زاد العيب مع استمرار التشغيل².

• **توقع الضرر:** إذا أخل المتعاقد بتنفيذ التزاماته وترتب على ذلك ضرر جوهري للمتعاقد الآخر، إذ لا تعتبر المخالفة جوهرية إلا إذا كان هذا الضرر متوقعا *Prévisible*، بأن يتوقع الطرف المخالف حدوثه وكذلك يتوقعه كل شخص سوى الإدراك من صنف الطرف المخالف إذا وجد في نفس ظروفه³.

إن اشتراط توقع الضرر أمر يحقق العدالة إذا من غير المعقول أن يتحمل المتعاقد نتيجة لا يمكن له توقع حدوثها، وفي تقدير التوقع يصعب الاعتماد على ما يقدم من معلومات من الطرف المخل بالتزاماته فقط إذ قد تتأثر هذه المعلومات بعوامل عديدة، فقد يمتنع الطرف المضروب بقصد أو بدونه عن إخطار الطرف المخل ببعض المعلومات التي قد تساعده عن تجنب الضرر، وقد يعمل طرف ثالث إيصال هذه المعلومات إلى علمه كما قد تصل لكنه يعجز عن تفسيرها لعدم خبرته، مما يجعل من غير المناسب التعويل على المعيار الشخصي

¹ المادة 1/48 اتفاقية فيينا، المرجع السابق.

² أسيل باقر جاسم، المفهوم القانوني للمخالفة الجوهرية في عقد البيع الدولي للبضائع، المرجع السابق، ص ص

148 - 147.

³ خالد أحمد عبد الحميد، المرجع السابق، ص 75.

في تقدير التوقع، لذلك فإن اتفاقية فيينا قد اعتمدت معيارا موضوعيا قوامه الشخص العاقل الذي يكون من حقه الطرف المخالف وفي نفس ظروفه¹.
 ففي واقع الأمر إن اتفاقية فيينا قد سكتت عن تحديد الوقت الذي يتم فيه توقع الطرف المخل للضرر فيما لو كان وقت إبرام العقد أم ارتكاب المخالفة.
 في هذا الصدد نجد جانبا من الفقه، اعتبر توافر التوقع من عدمه يجب أن يتم وقت إبرام العقد مستندا في ذلك إلى ما اتجهت له اتفاقية فيينا عند أخذها بوقت إبرام العقد في عدة مواضع لعل أهمها م (1/73)²، التي تجيز في عقد البيع على دفعات للمشتري إذا أعلن فسخ العقد بالنسبة لإحدى الدفعات أن يعلن وفي نفس الوقت فسخ العقد بالنسبة للدفعات المسلمة أو التي لم تسلم بعد، وذلك متى أصبح استعمال المبيع غير ممكن وفقا للغرض الذي أرادته المتعاقدان وقت إبرام العقد.

من جانب آخر فإن اتفاقية لاهاي 1964 تتطلب بأن يتم العلم بالمخالفة وقت إبرام العقد³.
 لذا فإنه من الأنسب الأخذ بوقت ارتكاب الإخلال بالالتزام لتقدير مدى توقع الطرف المخالف للضرر الجوهرية الذي لحق بالطرف الآخر، لذا يجب الأخذ بعين الاعتبار أولا كافة المتغيرات والظروف التي طرأت على السوق بعد إبرام العقد وثانيا هو كافة المعلومات التي تصل إلى علم أحد المتعاقدين بعدم إبرام العقد وقبل تنفيذه. فعلى سبيل المثال إذا تم التعاقد على بيع سلعة اتفق الطرفان على تغليفها بطريقة معينة كي يتمكن المشتري من إعادة بيعها مجددا، وبعد وقت قصير من إبرام العقد أرسل المشتري معلومات إلى البائع تفيد أنه يجب وضع بيان معين على الغلاف بطريقة معينة، لأن عدم قيام البائع بوضع هذه البيانات بالطريقة المحددة يعد مخالفة جوهرية ولا يمكننا هنا التمسك بعدم توقعه للضرر الذي لحق بالمشتري من جرائها⁴.

¹ خالد أحمد عبد الحميد، المرجع السابق، ص 75.

² المادة 1/73 اتفاقية فيينا، المرجع السابق.

³ أسيل باقر جاسم، المخالفة الجوهرية في عقد البيع الدولي، المرجع السابق، ص 148.

⁴ المرجع نفسه، ص ص 148 - 149.

كما أن منح سلطة الفسخ في حالة عدم الوصول لاتفاق أثناء إعادة التفاوض، يظهر بصفة خاصة في الشروط التعاقدية المتعلقة بعقد القرض، كذلك إذ يستأثر المقرض، ويكون غالباً أحد البنوك بهذا الحق، ويرى بعض الفقه أن هذه الشروط تعد تعسفية يضعها البنك بشكل منفرد دون مناقشة مع المقترض الذي يكون في حاجة إلى مساعدة البنك في الجانب المالي¹.

ثانياً: اللجوء إلى الغير.

الأصل أن المحكم هو الذي يطلب من الأطراف إعادة التفاوض كما سبق ذكره من أجل إعادة النظر في العقد الدولي وهو المختص بتعديل شروط العقد بما يتماشى مع التغييرات والتطورات الجديدة.

كما أنه لا شيء يمنع الأطراف أن يتفقوا على الاستعانة بالغير في حالة عدم اتفاقهم، لذا يتدخل المحكم لتعيين هذا الغير والذي يختلف وصفه، وقد ينظم الأطراف هذه المسألة عند إبرام العقد أو ضمن أحكامه أو في إتفاق لاحق له.

فالغير الذي يستعين به الأطراف ويعينه المحكم قد يكون وسيطاً Médiateur أو مصالحاً أو موفقاً Concilideur أو خبيراً، وتحديد وصف هذا الغير بالغ الأهمية لأنه يتوقف عليه قوة القرارات التي يصدرها هذا الأخير ومدى التزام الأطراف بها.

تحديد وصف الغير: إن الشروط التعاقدية لا تسير على وثيرة واحدة في تحديد وصف هذا الغير فقد يتفق على اللجوء إلى وسيطاً أو معالج (موفق) ومثال ذلك الشرط الطي ينص على أنه "في حالة اختلاف الأطراف فإنهم يستخدمون وسيطاً، أو سوف يفوضون الأمر إلى معالج أو موفق"².

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 437.

² المرجع نفسه، ص 436 - 439.

من أمثلة شروط اللجوء إلى التوفيق الشرط الذي ينص على أنه (...في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف خلال 60 يوما تحسب من يوم تقديم طلب المراجعة، فإن الأطراف يعرضون الأمر إلى مصالح أو موفق و حيد يتم تحديده باتفاق مشترك).

حيث يعبر لجوء الأطراف إلى هذه الطريقة عن نيتهم الواضحة في الحفاظ على العلاقات الودية الحسنة بينهما.

كما تعرف الوساطة على أنها اللجوء إلى طرف ثالث لمساعدة الأطراف المتنازعة حول بنود العقد التجاري الدولي، لإزالة سوء التفاهم والوصول إلى اتفاق يجنبهم كثيرا من الوقت والنفقات إذا ما لجؤا إلى الوسائل القضائية.

إن الوساطة تساعد على إيجاد حلول ودية وعادلة للأطراف¹. فالوسيط قد يكون شخصا طبيعيا (محامي) أو شخص معنوي (مركز الوساطة) وهذا ما نصت عليه المادة 997 من ق إ م².

أما بالنسبة لإجراء الصلح أو التوفيق يكون عادة بلجوء الأطراف المتعاقدة إلى التفاوض وذلك بالمناقشة وتبادل الاقتراحات بغية إعادة تنظيم العقد. إذ يعتبر كذلك إجراء إجباريا للأطراف إذا تم النص عليه صراحة في العقد، قبل أي إجراء آخر لحل الخلاف، وهذا ما تم العمل به في العقد المبرم بين الشركة الجزائرية والفرنسية³.

¹ محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص ص 124 - 125.

² قانون رقم 09/08، مؤرخ في 25 فيفري 2008، متضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المعدل و المتمم للمرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أفريل سنة 1993 جريدة رسمية عدد 21، صادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.

³ De Iacollete Jean, les contracts de commerce internationaux, editions de Bouck, 2^{eme} edition, Bnncellos .1992,p 148.

قد يتفق الأطراف على اللجوء إلى خبير، وهو صاحب الاختصاص في مجال معين فمن حيث الأصل قد يكون شخصا أو أكثر¹.

فهو مكلف بإجراء معاينة وكتابة تقرير عن هذه المهمة يقدمها للأطراف وللمحكم أو الشخص الذي كلفه بإجراء المعاينة، فمن مزايا اللجوء إلى هذه الخبرة (الخبير) باعتباره شخصا فنيا يستطيع توضيح نقاط الخلاف بين الأطراف ويمكنه أن يقدم العون للأطراف بأن يقدم لهم حلولاً أخرى بخلاف الحلول التي يقترحونها. وهذا كله يساعد على تقريب وجهات نظر المتعاقدين، والشروط التعاقدية التي يتفق فيها الأطراف على اللجوء إلى أعمال الخبرة متعددة منها الشرط الذي ينص على أنه "...في حالة غياب الاتفاق من حق كل متعاقد أن يعين خبيراً اقتصادياً يساعده خبير مالي ليفحص ما آثار إختلال العقد بسبب الظروف غير المتوقعة".

كما تنظم لائحة الخبرة الفنية لغرفة التجارة الدولية وكذلك الشرط النموذجي الخاص بها إجراءات تعيين الخبراء بشكل مرن وسريع، كما تسمح هذه اللائحة للأطراف تعيين هذا الغير أو لرئيس غرفة التجارة الدولية إذا لم يتم الاتفاق على تعيينه².
إذ يدلي الخبير برأيه وخبرته في الوقائع محل النزاع إذا شق على المحكمة الإلمام بمسألة بعينها من الناحية الفنية، وإذا طلب منه ذلك فقط، إما من المحكم أو من أطراف العقد كما أنه ليس لرأيه إلزام، إذ لا يقيد أطراف العقد الدولي به³.

¹ سعد بن محمد شايع القحطاني، التحكيم التجاري في النظام السعودي وأنظمة دول مجلس التعاون الخليج "دراسة تأصيلية مقارنة"، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، 2012، ص 23.

² شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص ص 440 - 441.

³ سعد بن محمد شايع القحطاني، المرجع السابق، ص 23.

الفرع الثاني: مصير العقد في حالة عدم اتفاق الأطراف.

لقد اختلف فقهاء التجارة الدولية حول مصير العقد في حالة إذا لم يتوصل الأطراف إلى اتفاق معين، إضافة إلى اختلافهم حول إمكانية إعطاء المحكم المفوض بالصحة سلطة تعديل أحكام العقد في هذه الحالة، وهو ما سنتطرق إليه ضمن هذا الفرع.

إذ تنوعت وتعددت آراء الفقه حول مصير العقد في حالة ما إذا لم يتفق الأطراف على ذلك إذ يوجد بينهما ما يذهب إلى:

أولاً: استمرار سريان العقد الأصلي.

يستمر سريانه بنفس الشروط السابقة وهو ما ذهب إليه بعض الفقه إذ أقروا بأنه في حالة فشل إعادة التفاوض بسبب لا يرجع إلى إرادة أحد المتعاقدين، فإن الحل المنطقي الذي ينبغي تطبيقه هنا هو البقاء على العقد الأصلي في حالته السابقة وبنفس ما تضمنه من نصوص¹.

إذ أنه في حالة غياب اتفاق الأطراف على تعديل العقد، يجب أن يقرر من حيث المبدأ أن العقد يبقى مطبقاً بكل نصوصه إلا إذا وجد نص يخالف ذلك.

حيث نجد أن بعض قرارات التحكيم قد تبنت هذا الحل، إذ أنه في القضية رقم 2478 لسنة 1974 رفضت المحكمة إدعاء الشركة الرومانية بأن الملحق رقم 03 يعطيها الحق في فسخ العقد في حالة عدم وصولها إلى اتفاق مع الطرف الآخر، حول الإجراءات التي يمكن اتخاذها نتيجة التغيرات في سعر الفرنك والدولار، وأن العقد الأصلي لا يمكن أن يستمر بنفس شروطه الأولى²، ورأت الهيئة أن هذا الملحق لا يعطي الشركة الرومانية إلا الحق في التفاوض مع المتعاقد الآخر، وأنه في حالة فشل المفاوضات (إعادة التفاوض) يجب أن

¹ Fontaine (M) ,Op ,cit ,p 272.

² شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 446.

يستمر العقد الأصلي وليس هناك ما يوجب الامتناع عن تسليم الكميات المتفق عليها من البترول¹.

يبرر الأستاذ كباس (CABAS) "استمرارا العقد في حالة فشل الأطراف في التفاوض بأن شرط إعادة التفاوض يهدف في المقام الأول للحفاظ على العقد ومتابعة العلاقات بين الأطراف من أجل تحقيق الأهداف المرجوة منه، إذ يستمر العقد الأصلي في السريان في حالة فشل الأطراف.

ثانيا: اللجوء إلى التحكيم.

إذ ذهب بعض الفقه، إلى أن الحل الذي يجب إتباعه في هذه الحالة هو اللجوء إلى التحكيم، ويبقى على عاتق المحكم أن يفصل في كل أوجه النزاع بين الأطراف إذ يتخذ ما يراه مناسباً، إذ ينتهي إلى تعديل أو فسخ أحكام العقد إذا دعت الضرورة إلى ذلك، والشروط العامة للبيع التي أعدتها اللجنة الاقتصادية لأوروبا التابعة للأمم المتحدة وكذلك التعديلات الواردة عليها قد تبنت هذا الحل خاصة في الشرط 188 لسنة 1953.

يتجلى هذا الحل في الشرط النموذجي الذي أعده الأستاذ (روبليه) ROBLEL رئيساً للجنة الفرنسية للتحكيم لمعالجة مختلف المشكلات الناتجة عن عدم اتفاق الأطراف على حل معين أثناء إعادة التفاوض².

حيث أعطى هذا الشرط حلين: في حالة عدم وصول الأطراف إلى اتفاق، يتمثل الحل الأول في لجوء الأطراف إلى وسيط يذلل لهم الصعوبات التي أدت إلى فشل المفاوضات وتقريب وجهات نظرهم للوصول إلى حل، ويكون قراره غير ملزم، أما الحل الثاني فيكون اللجوء إليه في حالة فشل الحل الأول، ويتمثل في لجوء الأطراف إلى التحكيم الذي يفصل في الأمر بقرار ملزم للأطراف.

¹ قرار غرفة التجارة الدولية، وارد في المجموعة الأولى من القرارات، ص 233، نقلاً عن شريف محمد غنام، المرجع

السابق ص 447.

² GIARDINA Andrea, op cit, p 257.

فمهمة المحكم الذي يتم اللجوء إليه تختلف إذ يرى البعض أن مهمته تتحصر في إعلان فسخ العقد وليس سلطة تعديل العقد، أما البعض الآخر يرى أن المحكم يتمتع بسلطة تقديرية إذ يمكن أن يعلن فسخ العقد أو تعديل بعض أحكامه¹.

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 448.

الفصل الثاني

اقتصاد المحكم في مواجهة الفسخ

يسعى الأطراف دائما عند إبرام العقد الدولي إلى تنفيذه بكل ما يحتويه من التزامات ففي الحالة التي لا ينفذ فيها أحد الأطراف التزامه بسبب وقوع حدث خارج عن إرادته فإن الطرف الآخر سوف يتحمل بلا شك ضررا معينا قد يؤدي إلى المطالبة بفسخ العقد الدولي لذا فإن عدم ملائمة التنظيمات القضائية الوطنية لتسوية ما ينشأ من نزاعات جراء عدم تنفيذ العقد الدولي أدى بالمتعاملين في ميدان التجارة الدولية إلى أداة أكثر ملائمة لطبيعة وواقع هذا النوع من العقود، وهي التحكيم الدولي وسبب تفضيل المتعاملين لهذه الأداة بالنظر إلى ما يتميز به قضاء التحكيم من سرعة وسرية، إضافة إلى إمكانية الوصول إلى حل توافقي يقوم على اعتبارات العدالة لا على اعتبارات القانون، وهذا يتجلى في رغبة الأطراف وهروبهم من اختصاص القضاء الوطني ونطاق القوانين الوطنية ليترجم رغبتهم في عدالة أخرى¹، لذا فإن التحكيم التجاري الدولي بلا شك أصبح منافسا خطيرا لقضاء الدولة في مجال المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية²، فجوهر التحكيم هنا تلك السلطة التي تخول للمحكم سلطة الفصل في موضوع النزاع بقرار ملزم للأطراف³ وفقا لقواعد العدالة ومبادئها ومحاولة تعديل الالتزامات التعاقدية للأطراف بما يحقق معه الاستمرار وبقاء العقد وهذا عن طريق تخفيف الضرر الذي قد يلحق بأي طرف في العقد التجاري الدولي، عن طريق سلطات المحكم المفوض بالصلح (المبحث الأول) ولجوء المحكم إلى فرض تخفيف الضرر للمحافظة على العقد التجاري الدولي (المبحث الثاني).

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص ص 510 - 512.

² أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي مفاوضات العقد الدولي، القانون الواجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص 202.

³ محسن شفيق، المرجع السابق، ص 14.

المبحث الأول: سلطات المحكم المفوض بالصلح.

إن سلطات المحكم بالصلح قد تضيق وتتسع حسب اتفاق الأطراف، فتضيق عندما يحددها أطراف النزاع، وتتسع عندما يسكتون عنها، كما أن سلطة المحكم ليست مطلقة تمتد إلى كافة المسائل المحيطة بعملية التحكيم¹.

كما ينقسم التحكيم من حيث سلطة المحكمين إلى تحكيم طبقاً لقواعد القانون وتحكيم بالصلح (التحكيم طبقاً لقواعد العدالة والإنصاف)، وهو موضوع دراستنا إذ لا يتقيد فيه المحكمون بقواعد القانون الموضوعي عند الفصل في موضوع النزاع، حيث يتم الفصل في النزاع المطروح على المحكمين استناداً إلى قواعد العدالة². لذا سوف نتطرق في هذا المبحث حدود سلطة المحكم في تعديل بنود العقد (كمطلب أول) وإلى نطاق سلطات المحكم بالصلح في كل من المجال الموضوعي والإجرائي (كمطلب ثاني).

¹ عيسى بادي سالم الطروانة، دور المحكم في خصومة التحكيم، رسالة ماجستير مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011، ص 56.

² سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، المرجع السابق، ص 149.

المطلب الأول: سلطة المحكم بالصلح في الحفاظ على العقد.

إن كل من المحكم بالقانون والمحكم بالصلح معفيين من إتباع القواعد الإجرائية المعمول بها أمام محاكم الدولة، لكن كلاهما ملتزم بالمبادئ الموجهة المنطبقة على التحكيم لذا فإن اشتراط شرط التفويض بالصلح يعدل تماما الطريقة التي يحسم بها المحكم موضوع الخلاف في العقد الدولي، انطلاقا من تنازل الأطراف عن الجزاء الصارم لحقوقهم تسمح للمحكم المفوض بالصلح حل التنازع على أساس غير القانون، انطلاقا من تحديد نطاق سلطة المحكم بالصلح في المجال الموضوعي (الفرع الأول) والسلطة التقديرية التي يتمتع بها في هذا الجانب الموضوعي وكذلك تمتعه بسلطة واسعة في وضع النظام الإجرائي وتنظيم إجراءات التحكيم وتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من قبل المحكم (كفرع ثاني).

الفرع الأول: نطاق سلطات المحكم بالصلح في المجال الموضوعي.

يتمتع المحكم بالصلح بسلطات واسعة فيمكنه أن يطبق قواعد العدالة والإنصاف كما يمكنه كذلك استبعاد الأحكام الآمرة في القانون الوطني واجب التطبيق وكذلك استبعاد أحكامه المكملة¹.

غير أنه لا يمكنه تجاهل القواعد الآمرة والتي تمس النظام العام الدولي التي تتصل بها المنازعة المعروضة عليه، والتزام المحكم المفوض بالصلح بمراعاة النظام العام الدولي لهذه الدولة ببره ضمان الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الصادر عنه في هذه الدولة التي تتصل بها المنازعة المعروضة عليه بروابط وثيقة².

بالإضافة إلى تمتع المحكم بالصلح بسلطة تطبيق القوانين الوطنية إذا تضمنت فيها ما يحقق العدالة والإنصاف، كما يتمتع بسلطة الحكم وفقا لضميره الشخصي، كما يكون للمحكم بالصلح سلطة اختيار تطبيق القواعد الموضوعية إذا تبين له أنها تحقق العدالة

¹ مسؤولية المحكم في إطار السلطات الممنوحة له، من الموقع www.iac.egypt.org، يوم الأحد 05 ماي 2015 على الساعة الحادية عشر و النصف، ص 212.

² حفيفة السيد الحداد، الوجيز في النظرية العامة للتحكيم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 93.

والإنصاف، وبالتالي فإنه عند اختيار تطبيق القانون الوطني واجب التطبيق يكون عليه الالتزام بتحديد هذا القانون وذلك لتطبيقه على النزاع¹.

فلقد تم إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية لتحديد هذا القانون واجب التطبيق منها اتفاقية روما لسنة 1980²، واتفاقية لاهاي 1955³ و اتفاقية لاهاي 1986⁴.

كما يمكنه اختيار قواعد العدالة والإنصاف عند الاختيار الصريح للخصوم لهذه القواعد لكي تكون الإطار القانوني الوحيد لحل النزاع، ففي هذه الحالة لا حاجة إلى تحديد القانون الوطني الذي كان من الواجب تطبيقه لو لم يتم اختيار قواعد العدالة والإنصاف. **أولاً: السلطة التقديرية للمحكم بالصلح في تحديد محل نزول الأطراف عن إدعاءاتهم.**

التحكيم بالصلح يغلب على جوهره فكرة الصلح إلا أن هذا الأخير يختلف عن الصلح في مجال التحكيم حيث أن مفهوم الصلح هو نزول كلا من الطرفين عن جزء من إدعاءه على وجه التقابل ووسيلة ذلك عقد الصلح، ولكن الصلح في مجال التحكيم لا يعتمد على عقد الصلح وإنما على التحكيم الخاص.

ففي الصلح العادي يتعين الجزء محل النزول في العقد ذاته ويتحقق النزول بتمام هذا العقد، أما في التحكيم فيترك تحديد هذا الجزء محل النزول إلى تقدير المحكم من بعد تحقيقه لوقائع النزاع وتقييمه لحقوق كل من الطرفين والتزاماته حسب قواعد العدالة والإنصاف، وفي ذلك قضى بأن: "وحيث أن هذا الخطأ الذي ترتب عليه ضرر للمدعى عليه يوجب إلزام المدعى بالتعويض".

إذ ترى المحكمة أن إسهام المدعى بهذا المبلغ كتعويض عن الضرر الذي أصاب المدعى عليه يمثل النسبة العادلة التي يجب أن يتحملها وينبغي على المدعى عليه أن يغطي فرق زيادة التكلفة نتيجة لإسهامه بالتراضي في الوفاء بالتزامه للمدعى، ونتيجة لتدني

¹ مسؤولية المحكم في إطار السلطات الممنوحة له، الموقع السابق، ص 212.

² اتفاقية روما عام 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية.

³ اتفاقية لاهاي لعام 1955 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع.

⁴ اتفاقية لاهاي لعام 1986 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع.

مستويات أداء المقاولين الذين اختارهم والذين لم تتبع في شأنهم الإجراءات التي تلزمهم باحترام مدد عقودهم ومعدلات التنفيذ طبقاً لها.

لهذه النتيجة ترى محكمة التحكيم أنها تحقق العدالة وهي بصدد الفصل في هذا النزاع طبقاً لما فوضت فيه وطبقاً لقواعد العدالة والإنصاف¹.

إن المحكم بالصلح غير ملزم بأن يجعل نزول الطرفين عن بعض حقوقهم أو إدعاءاتهم متساوياً بل يكفي التسيق بين هذه الحقوق أو الادعاءات وجعلها متوافقة².

كما أنه لا يلزم لإجراءات الصلح بين الطرفين المحكّمين أن يكون لكل طرف حقوقاً يدعيها بل يكفي أن يكون لطرف واحد حقوقاً يدعيها ضد الطرف الآخر، وأن ينازع هذا الأخير فيها استناداً إلى قواعد العدالة، إذ يحسم المحكم بالصلح الخصومة بينهما بأن يقرر في حكمه حق الخصم قبل الآخر ويحدد له أجلاً للوفاء به غير الأجل المحدد بينهما، أو يبسر على المدين فيعفيه من أداء جزء من الحق بشرط أداء الباقي على الفور³.

فالمحكم بالصلح غير ملزم ولا يتقيد بالقانون بل يفصل في النزاع حسب ما يراه مناسباً وحلاً عادلاً بتدعيم قراره بأسانيد قانونية تبرر ما انتهى إليه من قرارات، فالمحكم المفوض بالصلح يزن طلبات الأطراف بميزان العدالة وما تقتضيه ظروف النزاع، فهو يحقق الوقائع ويستعرض أدلة الإثبات المقدمة من قواعد العدالة في خصوص النزاع المطروح عليه، بالإضافة إلى أعمال إحساسه بالعدالة الطبيعية التي تمكنه من الوصول إلى الحكم الصواب الذي يمكنه من إقامة موازنة عادلة بين أطراف النزاع، فالمحكم بالصلح لا يلتزم بقواعد القانون الموضوعي وإنما يلجأ إلى قواعد العدالة التي تحقق توازن المصالح بين

¹ مسؤولية المحكم في إطار السلطات الممنوحة له، الموقع السابق، ص 216.

² جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية و المدنية و التجارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، لبنان، 2009، ص 130.

³ المرجع نفسه، ص 130.

الطرفين حتى ولو كانت مخالفة لأحكام القانون الذي يحكم النزاع، فالتحكيم بالصلح هو تنازل من الأطراف موقعي عقد التحكيم بالصلح عن التذرع بتطبيق القانون¹.

فالمحكم بالصلح يقوم بتقييم الأحداث المادية وتقييم الظروف المحيطة بالنزاع وليس في الأحكام الموضوعية الواجب إتباعها، فهو عند تقديره للضرر مثلا يقدره بالضرر المعنوي بما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة، وتقدير هذا يحتاج إلى الضمير الشخصي ومدى الإحساس بالعدالة وهو في ذلك يتمتع بسلطة تقديرية واسعة.

فالمحكم المفوض بالصلح يمكنه الخروج على أحكام العقد فله ألا يتقيد بتنفيذه حرفيا وله أن يخفف من بعض التزاماته، ولكن ليس له أن يستبدل الالتزامات العقدية بالتزامات أخرى أو يغير العقد إلى عقد آخر.

ففي ذلك قضى بأن مهمة المحكم المفوض بالصلح التي تركز على نزول الأطراف عن التمسك بالتنفيذ الدقيق للحقوق التي يستمدونها من العقد تسمح للمحكم بصفة خاصة بسلطة تلطيف أثار العقد في بحثه عن حل عادل ومطابق للعدالة، وذلك بأن يستبعد تطبيق حقوق معينة ناشئة عن الاتفاق بشرط ألا يعدل الالتزامات التعاقدية بالتزامات جديدة لا تتفق مع القصد المشترك للطرفين.

إن الخصوم في التحكيم بالصلح يتنازلون عن الحق في الاستفادة من تطبيق القانون على نزاعهم، وهذا التنازل عن التمسك بالحقوق الشخصية التي يمكن أن يكتسبونها من تطبيق قواعد القانون الموضوعي وقبولهم الفصل في النزاع الناشئ بينهم طبقا لقواعد العدالة والإنصاف².

¹ مسؤولية المحكم في إطار السلطات الممنوحة له، الموقع السابق، ص ص 214 - 215.

² الموقع نفسه، ص 216.

ثانياً: التزام المحكم بالصلح بمبدأ المواجهة بين الخصوم.

يعتبر مبدأ المواجهة قاعدة بحد ذاته تنفرد من حق الدفاع فهو من المبادئ الأساسية التي لا يتسنى لأي نظام قضائي الاستغناء عنه، وتأخذ به جميع التشريعات على اختلاف اتجاهاتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية¹.

إن مبدأ المواجهة هو: "حق كل خصم في الدفاع عن نفسه بكافة الوسائل القانونية والواقعية وتقديم أدلة الإثبات المؤيدة لوجهة نظره مع تمكنه من العلم بكل ما هو موجه ضده من إدعاءات وإتاحة الفرصة له لمناقشتها والرد عليها".

يقصد به أيضاً ضرورة مواجهة المحكّمين بعضهم بعضاً بادعاءاتهم ودفاعهم، وحق كل محكّم في أن يعلم أو يتمكن من العلم بما لدى المحكّم الآخر من وسائل دفاع أو بيانات وذلك في وقت مناسب وكاف يمكنه من الرد على ما قدمه خصمه، ولا يجوز للمحكم اتخاذ أي إجراء إلا في مواجهة المحكّمين²، وعلى المحكم أن يمكن كل محكّم من الإطلاع على الأوراق والمستندات التي يقدمها المحكّم الآخر، ويمنح للمحكّمين المدة الكافية لإعداد الدفاع والرد على تلك الأوراق وكذلك المستندات، كما يجب اتخاذ إجراءات التخفيف بحضور جميع المحكّمين وإلا كانت الإجراءات باطلة³.

كما يقتضي مبدأ المواجهة في التحكيم بالصلح إجراء مناقشة بين الخصوم في المسائل التي يتصدى لها المحكم بالصلح، بحيث تمكنه هذه المناقشة من استيضاح حقيقة الدعوى من خلال إتاحة الفرصة لكل خصم لسماع دعواه وتقديم أدلته وإطلاعه على إدعاءات خصمه حتى لا يتفاجئ الخصوم ببعض التصرفات والأعمال التي تتم في إطار القضية⁴.

¹ مسؤولية المحكم في إطار السلطات الممنوحة له، الموقع السابق، ص 217.

² BLNANCO Dominique, Négociier et rédiger un contrat international, Editions DUNOD, 2^{ème} édition, Paris, 1993, p 57.

³ مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع لبنان، 2005، ص 197.

⁴ مسؤولية المحكم في إطار السلطات الممنوحة له، الموقع السابق، ص 217.

إذ هذا ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور "أبو العلاء النمر" حيث يرى أن مبدأ المواجهة بين الخصوم يعد حجر الأساس في تحديد الواجبات المفروضة لاحترام حقوق الدفاع للأطراف، إذ أن كل طرف له الحق في أن يعرض دفاعه أمام المحكم ولكن في نفس الوقت للطرف الآخر الحق في أن يعلم بهذا الدفاع وأن تتاح له الفرصة للرد عليه وتنفيذه حيث يعتبر خروجه على مبدأ المواجهة واعتداء عليه إذا قبل المحكم بالصلح، مثلاً سماع أحد الأطراف على انفراد دون أن يتيح للطرف الآخر فرصة الإطلاع على هذه الأقوال والرد عليها¹.

إن المثال الأحسن للإخلال بمبدأ المواجهة في خصومة التحكيم في حالة ما إذا قرر المحكم تعيين خبير بدون إعلام الخصمين أو أحدهما باسمه أو بالمهمة التي يتولاها أو قبول تقرير الخبير والاستناد إليه في حكم التحكيم بدون إعلان الخصمين أو أحدهما بهذا التقرير وتمكينه من الرد عليه في الوقت المناسب قبل إصدار هذا الحكم، حيث قضى القضاء الفرنسي على الحكم ببطلان حكم التحكيم في هذه الحالة باعتبار أن المحكم لم يحترم مبدأ المواجهة².

من خلال ما سبق ذكره نستنتج أن مبدأ المواجهة في التحكيم بالصلح يرتكز على محورين هما:

أ- حق كل خصم أن يسمعه المحكم بالصلح.

وهذا من خلال دعوة المحكم بالصلح الخصوم وتكليفهم بتقديم دفاعهم، وتمكين كل خصم من شرح دعواه ووجهات نظره أمام جميع أعضاء هيئة التحكيم المفوضة بالصلح³، ولا يلتزم المحكم بالصلح بدعوة الخصوم في جميع الجلسات طالما أنهم قد حضروا بعض الجلسات وأتيحت لهم إمكانية التعرف على ما تم من جلسات لم يحضروها⁴.

¹ مسؤولية المحكم في إطار السلطات الممنوحة له، الموقع السابق، ص 218.

² حسني المصري، المرجع السابق، ص 261.

³ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، مصر، 2007، ص 305.

⁴ المرجع نفسه، ص 306.

ب- حق كل خصم أن يناقش ادعاءات خصمه.

يكون ذلك من خلال إلزام المحكم بالصلح وتمكين كل طرف من الاطلاع على المستندات التي يقدمها الطرف الأخر، فلا يجوز لهيئة التحكيم أن تقبل أية مستندات أو مذكرات من أحد الأطراف دون إطلاع الطرف الآخر عليها¹.

فالتحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم يكفي إخبار الخصم بالطلبات المقدمة من الخصم سواء حضر لإبداء دفاعه أو لم يحضر وسواء كان دفاعه فعالاً أم لا². أما إذا لم يتم اطلاع الخصم على المستندات المقدمة في هذه الحالة يجب على المحكم المفوض بالصلح أن يمتنع عن الأخذ بها في أسباب حكمه، وعلى العكس إذا أطلع الخصم على المستندات المقدمة قبل ساعات من قفل المرافعة، فهذا لا يشكل مخالفة لمبدأ المواجهة طالما لم يثبت أن الحكم قد تأثر بهذه المستندات.

كما أن لهيئة التحكيم بالصلح قبول المستندات المقدمة بعد فوات الميعاد، ولكن هذا مشروط بتمكن الخصوم من مناقشتها قبل النطق بالحكم.

حيث تضمن قانون المرافعات الفرنسي النص على مبدأ المواجهة في التحكيم كما نظمته المشرع المصري تنظيمًا كافيًا في القانون رقم 27 لسنة 1994 حيث نصت المادة 33 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 صراحة على أن: "تعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه و أدائه".

أما المشرع الجزائري فقد جعل عدم مراعاة مبدأ المواجهة من الأسباب التي قد تؤدي إلى الطعن ببطلان القرار التحكيمي حيث كرس المشرع هذا المبدأ في القانون 08-09 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث تنص المادة 1056 على انه " لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف بالتنفيذ إلا في الحالات التالية: إذا لم يراعي مبدأ الوجاهية".

¹ فتحي والي، المرجع السابق، ص 306.

² حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 195.

هذا وقد تضمنت اتفاقيات التحكيم التجاري نصوصاً متفرعة تكفل احترام المبادئ الأساسية الموجهة للخصومة التحكيمية، وتجزيز الطعن في حكم التحكيم إذا لم يراعي المحكم هذه المبادئ¹.

بالإضافة إلى احترام حق الدفاع ومعاملة المحكمتين على قدم المساواة، حيث يعتبر هذا المبدأ من الأسس الجوهرية التي يقوم عليها نظام التقاضي بوجه عام والمتعلق بالنظام العام، سواء في الدولة التي يتم على إقليمها التحكيم أو تلك التي يتم على إقليمها التنفيذ². وحق الدفاع حق مقدس خاصة في مسائل التحكيم، ويعني هذا الحق إعطاء المحكم الحرية التامة والفرصة الكاملة لكل المحكمتين بأن يقدم ما لديه من الأدلة والأقوال والشهود وتمكين المحكمتين من مناقشة المحكمتين الآخر فيما يقدمه من وسائل دفاع في هذه الخصومة³.

ويرى الأستاذ "Eric Loquin" بهذا الصدد أن: " احترام حقوق الدفاع لا يمكن فصله عن الوظيفة القضائية للمحكم، لأن حقوق الدفاع هي متلازمة مع هذه الوظيفة". كما جعلت اتفاقية نيويورك من مبدأ حقوق الدفاع في مادتها 05-01- ب قاعدة مادية دولية توجب احترام حقوق الدفاع دون الاستناد لقانون دولة معينة. كما يعتبر أي خرق لهذا المبدأ من قبل المحكم تعرض قرار التحكيم للطعن وقد يؤدي ذلك إلى إبطال القرار إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم من تقديم دفاعه لإعادة تبليغه. ففي جميع الأحوال يجب على المحكمتين أن يفسحوا المجال للمحكمتين في تقديم دفاعهم ذلك أن تمكين المحكمتين من تقديم أدلتهم وأوجه دفاعهم حق لا يجوز للمحكمتين التفريط فيه أو التساهل فيه⁴.

¹ جارد محمد، المرجع السابق، ص 42.

² مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص 192.

³ فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي)، الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص 193.

⁴ مهند احمد الصانوري، المرجع السابق، ص 193.

نظرا لأهمية هذا المبدأ وخطورة الآثار المترتبة على مخالفته فقد حرصت معظم التشريعات الوطنية، والاتفاقيات الدولية على ترسيخه والنص عليه صراحة أو ضمنا إذ تنص قواعد اليونسترال على ذلك في المادة 1-15، وكذلك اتفاقية تسوية المنازعات بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطنين الدول العربية المادة 24-04 على هذا المبدأ¹. أما بالنسبة لمبدأ المساواة بين الخصوم فهو من المبادئ الأساسية التي تسيطر على خصومة التحكيم، وذلك بإعطاء المحكم للخصوم فرصا متكافئة لإبداء وجهة نظرهم وإقناع المحكم بها وإلا اختل ميزان العدل².

فمبدأ المساواة ليس أقل شأنًا من حق الدفاع، ذلك أن المساواة في معاملة طرفي التحكيم وتهيئة الفرص المتكافئة والكاملة لكل منهما لعرض قضيته من القواعد الأساسية لإجراءات دعوى التحكيم فهي تحقق ثقة الخصوم في محكميهم والاطمئنان إليهم، فلا يجوز للمحكم أن يفسح المجال لأحد المحكمتين لشرح دعواه أو توكيل محامي ويحرم المحكمت الآخر من ذلك بعدم السماح له³.

ثالثا: السلطة التقديرية للمحكم بالصلح في تطبيق القواعد القانونية الموضوعية.

إن تطبيق المحكم بالصلح للقواعد القانونية الموضوعية لا يكون استجابة لإرادة المشرع أو لكون هذه الإرادة ملزمة في حل النزاع، وإنما يكون اللجوء إلى تطبيقها على اعتبار أنها تعبر عن العدالة والإنصاف وبالتالي فإن اللجوء إلى تطبيق القانون يكون بقدر عدالته وإنصافه فقط.

فالتحكيم بالصلح وإن أعفى المحكم من تطبيق القانون إلا أنه لا يمنعه من ذلك، وذلك بعكس المحكم بالقانون الذي يلتزم بتطبيق القواعد القانونية الموضوعية على النزاع دون سواها، وذلك تطبيقا لإرادة المشرع سواء تحقق منها العدالة أم لا.

¹ مهند احمد الصانوري، المرجع السابق، ص 194.

² حسني المصري، المرجع السابق، ص 260.

³ مهند احمد الصانوري، المرجع السابق، ص 194.

غير أن المحكم بالصلح له أن يأخذ من القوانين الوطنية ما شاء باعتبارها عنوان للعدالة وليس لكونها قانونا يجب تطبيقه¹. فإذا كانت سلطة المحكم بالصلح بالنسبة لاستبعاد القواعد القانونية ناتجة عن تنازل الأطراف عن حق شخصي يمنحه القانون للشخص، فإن ذلك التنازل لا ينصب على الحق الموضوعي ولا على القانون وقواعده، ذلك لأن القانون ليس ملكا للأطراف فهو أمر ملزم صادر عن سلطة خارجية لها صلاحيات إصدار القواعد التي ترسم السلوك الذي يتعين على الأفراد أن يلتزموا به، فهو يستعصى على أن يكون محلا للتنازل وإنما الذي يملكه وهو المشرع الذي يستطيع النص على تخليه عن قانون معين أو إلغائه.

وعليه فإن التنازل لا يعتبر مشروعاً إلا بالنسبة للحقوق التي يملك الأطراف حرية التصرف فيها، وسلطة المحكم بالصلح بالنسبة للقواعد تتوقف عند هذا الحد دون أن تتعداه وبالتالي فإن حرية المحكم مقيدة باحترام النظام العام.

وتطبيقاً لذلك يمكن القول بأن المحكم بالصلح يتمتع بحرية كاملة في نطاق القواعد المكتملة، فالمحكم بالصلح يمكنه تطبيق هذه القواعد أو عدم تطبيقها كما أنه غير ملزم بتطبيقها من لحظة توقيع اتفاق التحكيم، كما أن سلطة المحكم بالصلح استثنائية بالنسبة للقاضي الوطني أو المحكم الملتمزم بالفصل في النزاع وفقاً للقانون².

رابعاً: سلطة المحكم بالصلح في تحديد مفهوم العدالة.

إن "العدالة" في التحكيم بالصلح ليست وسيلة لتفسير نصوص العقود أو القوانين ولا هي وسيلة أيضاً لحل تنازع القوانين أو للحكم في النزاع، وإنما هي غاية يسعى إليها المحكم بالصلح وهي غاية نهائية تتجاوز التفسير المباشر والحال لقانون موضوعي معين.

¹ مسؤولية المحكم في إطار السلطات الممنوحة له، الموقع السابق، ص 224.

² المرجع نفسه، ص ص 225 - 226.

وتستتبع بالاعتراف بقانون يعلو القوانين الوطنية بحكم العدالة التي يوفرها للخصوم ولا يمكن استمداها من هذه القوانين¹.

إن قواعد العدالة والإنصاف هي مجموعة من القواعد القانونية يجمعها ضابط واحد هو عدالتها لحل المنازعات التجارية والتي تتمتع بقوتها الملزمة في ذاتها دون الحاجة إلى إرادة تشريعية تمنحها هذه القوة التي قد يطلب الخصوم صراحة تطبيقها كإطار قانوني لحل النزاع فيما بينهم أو قد يختار تطبيقها على النزاع في ظل اعتراض الخصوم.

فالعدالة هي تحقيق العدل في حالة خاصة تنطبق على واقعة معينة أو حالة فردية ليكون الحكم المستمد منها مطابقا لظروف خاصة، فهي تنظر إلى كل نزاع على حدة فتأخذ بعين الاعتبار كل الظروف وملابسات حدوثه، فإذا كان العدل هو قرين التطبيق للقانون الوضعي والذي يعبر عن إرادة المشرع الوطني وحده، فإن العدالة هي حالة خاصة بكل نزاع على حدة بحيث تأخذ في الاعتبار جميع الأحداث والظروف الخاصة بهذا النزاع فإذا انتهى المحكم بالصلح إلى صحة العقد فإن إرادته هي التي تحسم النزاع².

فالعدالة تكمن في خفايا الضمير وما يشعر به المحكم حيث أنها تسكن في مسلك الرجل حسن النية المتسم بالاستقامة والشرف والأمانة والإنصاف، والمحكم المفوض بالصلح لا يسعى إلى تحقيق العدالة المطلقة.

إن المحكم بالصلح يتمتع بسلطة كبيرة في حل النزاع، فحسب مفهوم العدالة يكون له الإمكانية في تخطي مصادر القانون، وأيضا عدم الالتزام بحرفية بنود العقد إذا كان تطبيقها يؤدي إلى نتائج غير عادلة³.

بالإضافة إلى أن المحكم بالصلح ينظر إلى العدالة كغاية بحيث يجب البحث عنها في كل مصادر القانون من تشريع وعرف ومبادئ عامة، فالمحكم بالصلح له رخصة استبعاد القانون أو الأخذ بها وذلك وفقا لمقتضيات العدالة والإنصاف.

¹ حسني المصري، المرجع السابق، ص ص 400-401.

² مسؤولية المحكم في إطار السلطات الممنوحة له، الموقع السابق، ص ص 226 - 227.

³ المرجع نفسه، ص 228.

فلجوء المحكم المفوض بالصلح إلى تطبيق القواعد القانونية يكون بقدر عدالتها وإنصافها فقط، فإذا قضى في ذلك بأنه لا يحق للمحكم بالصلح الرجوع إلى قواعد القانون إلا إذا اعتبرها ملائمة لإعطاء حل أكثر عدلاً للنزاع.

يفترض لتحويل المحكم بالصلح كل هذه السلطات الواسعة أن يتوافر في أطراف النزاع درجة عالية من الثقة في إحساسه بالعدالة وفي حسن تقديره وخبراته¹.

الفرع الثاني: السلطة التقديرية للمحكم بالصلح في المجال الإجرائي.

رغم كون التحكيم بالصلح هو قرينة على إعفاء المحكم من تطبيق القواعد القانونية وإجراءات المحاكمة المتبعة أمام المحاكم القضائية، إلا أن التحكيم بالصلح يبقى له طابع قضائي لا يتجزأ عنه.

لدى فإن حرية المحكم بالصلح ليست مطلقة لكون التحكيم بالصلح له طابع مختلط فله جانب تعاقدية حيث يعتمد على أساس اتفاقي من جهة وله طابع قضائي من جهة أخرى ذلك بالنظر لكون المحكم بالصلح يقوم بوظيفة شبه قضائية.

فسلطات المحكم بالصلح في المجال الإجرائي يمكن البحث فيها من خلال معرفة سلطة المحكم في تنظيم سير الخصومة ثم سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات النزاع.

أولاً: سلطة المحكم بالصلح في تنظيم سير الخصومة.

تتبع سلطات المحكم من اتفاق طرفي التحكيم وما ورد في العقد التحكيمي أو في وثيقة التحكيم في الأنظمة التي تقتضي بأن يوقع المحكمان وثيقة تحكيم في بداية الإجراءات، كما هو النظام المتبع في تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس في المادة الرابعة كما تبدأ هذه السلطات في وضع النظام الإجرائي للتحكيم، الذي يتجلى في تحديد المهل والمواعيد وتبليغها

¹ مسؤولية المحكم في إطار السلطات الممنوحة له، الموقع السابق، ص 229.

للأطراف، إدارة الجلسات وتنظيمها، إضافة إلى اتخاذ كافة إجراءات الإثبات وكذلك التدابير الوقتية والإجراءات التحفظية¹.

أ - سلطة المحكم بالصلح في تحديد ميعاد التحكيم.

لتحديد بداية إجراءات التحكيم أهمية كبيرة في تحقيق السرعة التي يتسم بها نظام التحكيم، ولتحقيق هذه الميزة لا بد من ربط ميعاد بدء الإجراءات بمدة يتعين الفصل في النزاع خلالها²، وهو ما يطلق عليه ميعاد التحكيم أي أن ميعاد التحكيم هو المدة أو المهلة التي يجب على هيئة التحكيم ولو كانت مفوضة بالتحكيم بالصلح إصدار حكم التحكيم حلاً لها وإلا انتفت ولايتها، إذ أن انقضاء هذا الأجل دون حسم موضوع النزاع يؤدي إلى انقضاء التحكيم واعتباره كأن لم يكن.

فالأصل أن أصحاب الحق في تحديد ميعاد التحكيم هم أطراف اتفاق التحكيم فهم الذين يحددون الإجراءات التي يتوجب على المحكم بالصلح إتباعها، فإذا تخلف هذا التحديد فإن المحكم المفوض بالصلح يتبع ما يراه ملائماً من إجراءات بما لا يخل بالقانون واجب التطبيق وكذلك قواعد النظام العام³، إذ رغم السلطات الواسعة الممنوحة له إلا أنه يتقيد بما اتفق عليه أطراف النزاع.

إن الأطراف عند تحديدهم لهذه المهلة التي يجب على المحكم إصدار حكمه خلالها يجب أن يضعوا في اعتبارهم خصومه النزاع والخبرات الفنية والقانونية أيضاً اللازم توافرها للفصل فيه ويتعين على المحكم بالصلح الالتزام بهذه المهلة.

ففي حالة إدراك المحكم بالصلح عدم قدرته على الالتزام بهذه المهلة يتوجب عليه الاعتذار عن القبول بالمهمة الموكلة إليه واتفاق الأطراف (الخصوم) على ميعاد إصدار الحكم التحكيمي قد يكون اتفاق صريح، حيث نص قانون التحكيم المصري على أن هيئة

¹ مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص 93 - 95.

² إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 142.

³ مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص 95.

التحكيم يتعين عليها إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان.

هو ما ينطبق أيضا على التحكيم الدولي في إطار المادة (1494) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي، أما ما يتعلق بالتحكيم الداخلي فتتص المادة (1457) على ضرورة خضوع ميعاد التحكيم لاتفاق الأطراف، وقد يكون اتفاق الأطراف على ميعاد التحكيم عن طريق الإحالة على وثيقة أخرى أو نظام يحدد هذا الميعاد.

أما في حالة عدم تحديد الأطراف ميعاد إصدار حكم التحكيم فيجب الرجوع إلى القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم لمعرفة المهلة التي ينص عليها هذا القانون من أجل إصدار حكم التحكيم.

إذ أن القوانين الوطنية وأنظمة مراكز التحكيم جاءت بقواعد احتياطية تنطبق في حالة تخلف الاتفاق على تنظيم هذه المسألة وعليه يختلف نظام التحكيم والقوانين الوطنية فمنها من أعفى المحكم من الالتزام بأي ميعاد محدد لإصدار حكمه¹.

كذلك نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والذي أعدته لجنة "Uncitral" سنة 1985 في المادة (19) على أنه:

فإن لم يكن ثمة مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم - مع مراعاة أحكام هذا القانون - أن تسيّر في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة.

كما ذهب في نفس السياق كذلك قانون التحكيم الانجليزي في حالة عدم اتفاق الأطراف على ميعاد التحكيم، إلا أنه يمكن للمحكمة التحكيمية أن تحدد مهلة إصدار الحكم التحكيمي.

ومع ذلك فطلب التحكيم كثيرا ما يقدم قبل بدء الإجراءات ومن غير المنطقي أن يبدأ الميعاد المحدد لإصدار الحكم قبل طرح النزاع على هيئة التحكيم، لذلك يرى جانب من الفقه

¹ مصطفى محمود جمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، الطبعة الأولى منشورات الطلي الحقوقية، مصر، 1998، ص 684.

أنه¹ "لا مناص من القول بأن المقصود ببدء إجراءات التحكيم والذي يبدأ منه الميعاد هو بدء مباشرة هيئة التحكيم لمهمتها في الفصل في النزاع وليس تاريخ تسليم المدعى عليه لطلب التحكيم".

فقد بين المشرع المصري الوقت الذي تبدأ فيه إجراءات التحكيم ويتضح ذلك من نص المادة (27) من قانون التحكيم التي تنص على أنه: "تبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم من المدعى، ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر". يتضح من خلال هذا أن إرادة المحكمتين هي المعول عليها في تحديد تاريخ بدء إجراءات التحكيم، فيمكنهم اعتبار تاريخ تقديم طلب التحكيم إلى الهيئة أو مدير مركز التحكيم الدائم المتفق عليه هو تاريخ بدء الإجراءات مثلاً، فإذا لم يجد مثل هذا الاتفاق فلا تعتبر إجراءات التحكيم قد بدأت إلا من يوم تسلم المدعى عليه ما يفيد تقديم طلب التحكيم من المدعي.

كما يجب أن يتم إعلان المدعي عليه إعلاناً قانونياً صحيحاً منتجاً لأثره في بدء سير إجراءات التحكيم².

أما نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية (C C I) فقد أوجبت المادة الرابعة في فقرتها الأولى والثانية على أنه:

ـ على الطرف الراغب في اللجوء إلى التحكيم تبعا للنظام هذا أن يرفع طلبه للتحكيم للأمانة العامة التي تبلغ المدعى والمدعى عليه باستلام الطلب وتاريخ هذا الاستلام.
ـ بأي وجه من الوجوه يعتبر أن تاريخ استلام الأمانة العامة للطلب هو تاريخ رفع التحكيم³.

ففي تقدير اتجاه القوانين في تحديد ميعاد التحكيم والاتجاه الذي يترك الأمر لسلطة هيئة التحكيم، نجد تأييداً للاتجاه الذي يحدد ميعاد التحكيم ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك

¹ مصطفى محمود جمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 684.

² مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص 96.

³ المرجع نفسه، ص 97.

على الاتجاه الذي يترك تقديره لهيئة التحكيم، إذ أن تحديد ميعاد التحكيم باعتباره القيد الزمني لقيام المحكم بالفصل في النزاع التحكيمي يكون أكثر جدية وقدرة على حسم النزاع في أقصر وقت، أي أن مراعاة ميعاد التحكيم من الالتزامات الجوهرية التي يتعين أن يراعيها المحكم المفوض بالصلح، ولكن إذا لم يحترم المحكم المفوض بالصلح ميعاد التحكيم بدون أي مبرر عملي أو قانوني للتأخر، فلا شك أنه يكون قد أخل بالتزامه وهو يضعه تحت طائلة المسؤولية لتعويض ما أصاب الخصوم من ضرر.

كما يجوز لطرفي التحكيم بالصلح الاتفاق على عدم تقييد المحكم المفوض بالصلح بالذي ينص عليه قانون التحكيم، فللمحكم تحديد ميعاد التحكيم وفقا لما تقتضيه قواعد العدالة والإنصاف.

كما يقع على عاتق المحكم بالصلح إخبار الخصوم بمواعيد انعقاد الجلسات إضافة إلى تقديم المستندات والبيانات في حالة غياب اتفاق الأطراف بشأنها¹.

كما يلاحظ أن التزام المحكم المفوض بالصلح بميعاد التحكيم يتساوى مع التزام المحكم بالقانون في حالة عدم اتفاق طرفي التحكيم بالصلح على عدم تقييد المحكم بالصلح بميعاد التحكيم الذي ينص عليه قانون التحكيم وترك مسألة تحديد الميعاد للمحكم بالصلح.

نظرا لكون المحكم بالصلح لا يقتنع بصلاحيات خاصة في هذا الأنطاق، فبالرغم من أن المحكم بالصلح طليق اليدين عند الفصل في النزاع، إلا أن المحكم المفوض بالصلح يلتزم بالمواعيد الإجرائية في المسائل الجوهرية التي يجب مراعاتها.

ب- سلطة المحكم بالصلح في إدارة و تنظيم الجلسات.

تختص هيئة التحكيم بتحديد تاريخ ومكان جلسات التحكيم على أن يتم إبلاغ المحكّمين أو ممثليهم بهذه المواعيد قبل انعقاد الجلسة أو الاجتماع بفترة كافية حسب الظروف المرتبطة بكل نزاع وأن تتأكد من إعلان المحكّمين بها، وهي تقوم بذلك من تلقاء

¹ مسؤولية المحكم في إطار السلطات الممنوحة له، الموقع السابق، ص 230.

نفسها دونما حاجة إلى طلب من المحكم - صاحب المصلحة- وبعكس ذلك سوف يكون الحكم معرضا لبطلان الإجراءات وذلك احتراماً لمبدأ المواجهة كونه من النظام العام. هو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة الثالثة من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بقولها جميع المذكرات وما إليها من مراسلات خطية يتقدم بها أي طرف من الأطراف في جميع المستندات الملحقة بها، ترفع بعدد من النسخ يوازي عدد الأطراف إضافة إلى نسخة لكل محكم وأخرى للأمانة العامة، تحول لأمانة السر نسخة من جميع المراسلات التي توجهها محكمة التحكيم للأطراف¹.

كما تنص على ذلك المادة (2 /1121) من نظام الهيئة الأمريكية للتحكيم بقولها:

- " تبلغ المحكمة التحكيمية للأطراف تاريخ وساعة ومكان انعقاد الجلسة الأولى وذلك قبل ثلاثين يوماً على الأقل من هذا التاريخ، كما تعلم المحكمة التحكيمية الأطراف بتاريخ الجلسة الأخرى قبل تاريخ انعقادها بوقت كاف.

- يقوم كل طرف بإبلاغ المحكمة التحكيمية والأطراف الأخرى قبل خمسة عشرة يوماً على الأقل من انعقاد الجلسة، بأسماء الشهود الذين يعترزم تقديمهم وعناوينهم والمسائل التي سيدلي هؤلاء الشهود بشهادتهم فيها واللغة أو اللغات التي سيستخدمونها في أداء الشهادة".

أما نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة الرابعة فإنه: "يجب أن يكون أي تبليغ أو إعلام مطلوب أو يجوز إرساله وفقاً لهذا النظام من أي طرف مكتوب، ويرسل بواسطة البريد المضمون (المستعجل) أو البريد الخاص أو بواسطة الفاكس، التلكس أو (e-mail) أو أي وسيلة اتصال أخرى تعطي إثبات على إرسالها".

أما قانون التحكيم المصري فقد نصت المادة (2/33) منه على أنه:

يجب إخطار طرفي التحكيم بمواعيد الجلسات والاجتماعات التي تقرر هيئة التحكيم عقدها قبل التاريخ الذي تعينه لذلك بوقت كاف تقدره الهيئة حسب الظروف.

¹ مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص 98.

فإذا باشرت هيئة التحكيم سير الإجراءات يجب أن تقوم بإخطار المتحكّمين بذلك مع إعطاء مهلة كافية لإبلاغهم وحضورهم¹.

كما نصت المادة (1/25) من نموذج القانون للتحكيم التجاري الدولي MODEL LAW بقولها إن تخلف المدعي عن تقديم بيان إدعائه وفقا للمادة (1/23) أن تنهي هيئة التحكيم إجراءات التحكيم.

أما في حالة ما إذا كان المحكّم المتغيب هو المدعي عليه، فقد ذهبت المادة (34) في فقرتها الثانية على أنه إذا لم يقدم المدعي عليه مذكرة بدفاعه وفقا للفقرة الثانية من المادة (30) من هذا القانون وجب أن تستمر هيئة التحكيم في إجراءات التحكيم دون أن يعتبر ذلك بذاته إقرارا من المدعي عليه بدعوة المدعي ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.

فأوجب القانون في هذه الحالة على هيئة التحكيم أن تستمر في إجراءات التحكيم وذلك بالطبع بعد أن تتأكد من أن المدعي عليه قد أعلن رسميا وأصوليا بموعد ومكان انعقاد جلسات التحكيم، وعلى أنه لا يجوز لهيئة التحكيم أن تستخلص من تخلف المدعي عليه من المشاركة في الإجراءات دليل على صحة إدعاءات المدعي أو إقرار بدعواه، بل عليها أن تقوم بمهمتها كما لو كان حاضرا، دون التأثر بوجهة نظر المدعي².

كما أخذت بهذا الاتجاه الأخير اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري في خلال المادة (28) على أنه:

1- إذا تخلف أحد الطرفين عن الحضور دون عذر مقبول في أية مرحلة من مراحل التحكيم تجرى المرافعة بغيابه.

2- لا يعتبر عدم حضور الطرف الغائب أو عدم تقديمه أوجه دفاعه أمام المحكمة تسليما منه بإدعاءات الطرف الآخر.

¹ مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص 99.

² المرجع نفسه، ص 100.

كما تختص هيئة التحكيم كذلك بتقرير ما إذا كانت الجلسات ستعقد شفاهة أم كتابة، ما لم يتفق المحكمان على خلاف ذلك، وهذا ما ذهبت إليه صراحة المادة (1/24) من نموذج القانون بقولها "تقرر هيئة التحكيم ما إذا كانت ستعقد جلسات مرافعة شفوية لتقديم البيانات أو لتقديم الحجج الشفهية، أو أنها ستسير في الإجراءات على أساس المستندات وغيرها من الأدلة المادية، مع مراعاة أي اتفاق مخالف لذلك بين الطرفين، غير أنه يجب على هيئة التحكيم ما لم يتفق الطرفان على عدم عقد أية جلسات لمرافعة شفوية أن تعقد تلك الجلسات في مرحلة مناسبة من الإجراءات إذا طلب ذلك منها أحد الطرفين"¹.

ونظرا إلى السرية والسرعة التي هي من أهم السمات التي يتمتع بها نظام التحكيم خاصة التجاري الدولي منه، والتي تنتج عليه طبيعة خاصة وذاتية مستقلة² يختلف بها عن القضاء فإنه تكون جلسات التحكيم سرية مغلقة وغير علنية ما لم يتفق المحكمان على غير ذلك.

ج- سلطة المحكم في اتخاذ التدابير المؤقتة و الإجراءات التحفظية.

تتخذ التدابير الوقائية أثناء السير في الدعوى للفصل المؤقت في مسألة مستعجلة في انتظار الحل النهائي، فالإجراء المؤقت هو إجراء لا يرمي إلى الفصل في موضوع النزاع إذ يرمي للحصول على نتيجة ثانوية كحجز أموال أو تقديم كفالة³، فهي عبارة عن حماية بديلة تحل مؤقتا محل الحماية القضائية والتنفيذية العادية⁴، ومثالها أيضا النفقة، التعويض الذي يحكم به حتى يتم الفصل في دعوى المسؤولية وتحديد التعويض بصفة نهائية أو صدور حكم مستعجل يوقف طرد مستأجر أو تسليم عين بصفة مؤقتة⁵.

أما التدبير التحفظي فيهدف إلى المحافظة على حق أو عين لغاية الفصل في الموضوع، كما يسمح هذا التدبير للطرف الذي يطلبه ضمان فاعلية القرار التحكيمي الذي

¹ مهند أحمد الصانوي، المرجع السابق، ص 101.

² إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 210 - 215.

³ عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2006، ص

51.

⁴ BLNANCO Dominique, Op.Cit, p 75.

⁵ مهند أحمد الصانوي، المرجع السابق، ص 103.

سيصدر مستقبلاً أو على الأقل سيجنب الآثار غير المرغوب فيها لهذا القرار، كما تكون هذه التدابير دائماً استعجاليه تبعية ومؤقتة مصيرها متوقف على مضمون القرار التحكيمي النهائي.¹ أي تهدف للمحافظة على الحق لضمانه في المستقبل إذ تعتبر وسائل تكفل وجود الحق، ومثالها حجز التحفظي الذي يهدف إلى المحافظة على أموال المدين ويتيح للدائن بعد الحصول على حكم بثبوت الحق وصحة الحجز باستيفاء حقه اختياراً أو جبراً.² وتظهر أهمية التدابير الوقائية والإجراءات التحفظية بالنسبة للمنازعات التحكيمية بشكل أكبر حيث الحاجة إليها أشد خاصة مع وجود مبررات تتطلبها والتي يمكن تبيانها:

_ الحاجة إلى السرعة في بعض القضايا والتي تتطلب إجراء فوري وسريع.

_ الغاية من هذه التدابير هي غاية وقائية لحماية الطالب من ضرر محتمل أي ليست غاية لإزالة ضرر حال.³

هذا وقد أجازت المادة 458 مكرر 09 لمحكمة التحكيم الأمر باتخاذ كل تدبير مؤقت أو تحفظي تراه ملائماً بطلب من الأطراف ما لم يوجد نص اتفاقية يخالف ذلك، ولهذا السبب على المعني أن يخضع بإرادته لهذا الأمر، وإلا فإنه يمكن لمحكمة التحكيم أن تلجأ إلى القضاء المختص ليساعدها ويقوم عند ذلك القاضي بتطبيق قانونه والمشرع قد نص على ذلك مادام أن المحكم لا يتمتع بسلطة القمع التي تتمتع بها المحاكم.⁴

وكقاعدة عامة يمكن لمحكمة التحكيم أن تحكم بتدابير مؤقتة أو تحفظية بطلب من أحد الأطراف، وفي حالة عدم امتثال الطرف الذي اتخذت ضده التدابير بإرادته وبما أن المحكم ليس له سلطة الأمر بتنفيذ العقد، فإن اتخاذ القرارات الخاصة بالتدابير أو الإجراءات الوقائية

¹ جارد محمد، المرجع السابق، ص 111.

² مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص 103.

³ حدادان طاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون التنمية الوطنية كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، ص 70.

⁴ المادة 458 مكرر 09 من القانون 09/08 السابق الذكر.

والتحفظية لا يكون لها أثر فعال من الناحية العملية¹ لذلك يمكن لهيئة التحكيم أن تطلب مساعدة القضاء الوطني من أجل اتخاذ التدابير الوقائية أو التحفظية.

كما لا يعتبر لجوء أطراف النزاع إلى القضاء الوطني للطلب منه اتخاذ مثل هذه الإجراءات الوقائية والتحفظية مناقضا لاتفاق التحكيم ولا نزولا عنه، وبالرجوع لنص المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك.

- فإذا لم يرق الطرف المعني بتنفيذ هذه التدابير إراديا جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي.

- إذ لمحكمة التحكيم أو القاضي أن تخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير"².

كما يتضح من هذا النص أن الاختصاص في اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية ليس اختصاص قضائي، فلا يمنع أحد الطرفين من اللجوء إلى القاضي الوطني ذلك.

كما لا يعتبر الطلب الذي يقدمه هذا الطرف إلى السلطة القضائية باتخاذ مثل هذه التدابير المؤقتة مناقضا لاتفاق التحكيم ولا نزولا عنه³.

كما أعطى المشرع المصري لرئيس المحكمة المختصة أصلا بالنظر في النزاع في محل الخلاف إذا لم يكن التحكيم تجاريا دوليا، وبناء عليه فإنه يتقرر لهيئة التحكيم السلطة في إصدار أحكام وقتية قبل إصدار الحكم النهائي كالحكم بفرض الحراسة على المال محل النزاع.

¹ فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة في أحكام التحكيم التجاري الدولي)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص282.

² المادة 1046 من القانون 08-09 السابق الذكر.

³ حدادان الطاهر، المرجع السابق، ص73.

كما أجاز المشرع المصري بموجب المادة (24) قانون التحكيم لهيئات التحكيم أن تتخذ ما تراه مناسباً من تدابير وإجراءات.

لدى فالمحكم يختص باتخاذ الأوامر الوقتية والتحفظية دون الالتزام بإجراءات التحكيم أو التنفيذ بمبدأ المواجهة، وهذا خلافاً للقاعدة المعمول بها في الأحكام القضائية¹.
ففي الحالة التي يقوم فيها أحد الأطراف من المحكم اتخاذ تدابير مؤقتة أو إجراء تحفظي فإن المحكم يقدر ما إذا كان اتخاذ هذا التدبير ضروري فإذا رأى ضرورة مثل هذا التدبير فإنه يأمر بذلك ويطلب من المحكم الذي طلب تقديم ضمان مناسباً فيها يتصل بهذا التدبير².

إذ أن اتخاذ القرارات الخاصة بالإجراءات الوقتية والتحفظية لا يكون له أثر فعال من الناحية العملية إلا إذا كان قانون الإجراءات واجب التطبيق يعطي لهيئة التحكيم الحق في ذلك.

وهو ما أكدته المادة (23) من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية (C.C.I):

1- ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك يجوز لمحكمة التحكيم حال تحويل الملف إليها أن تأمر بناءً على طلب أحد الأطراف باتخاذ أي إجراء تحفظي أو مرحلي تراه مناسباً، ويجوز لها أن تشترط لاتخاذ مثل هذا الإجراء³ أن يقدم طالبه تأميناً مناسباً وتصدر هذه الإجراءات بأمر مسبب أو بقرار تحكيم إذا اعتبرت محكمة التحكيم ذلك مناسباً.

2- يحق للأطراف قبل تحويل الملف إلى محكمة التحكيم أو إذا اقتضت الأمور فيها بعد، أن يلجئوا إلى أية سلطة قضائية مختصة لطلب اتخاذ إجراءات تحفظية أو مرحلية، ولا يعتبر طلب أي من الأطراف من سلطة قضائية اتخاذ مثل هذه الإجراءات أو تنفيذ الإجراءات التي أمرت بها محكمة التحكيم خرقاً لاتفاق التحكيم أو تنازلاً عنه ولا يمس

¹ مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص 104 - 105 .

² حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية، المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، مصر، بدون سنة نشر، ص 151.

³ مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص 106 .

بعلائية محكمة التحكيم، ويجب إعلام الأمانة العامة بأي طلب يقدم إلى السلطة القضائية وأية إجراءات تقررها وعلى الأمانة العامة إعلام هيئة التحكيم¹.

ثانيا - القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:

إن اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع له أهمية كبيرة في العقود الدولية حيث يتم على أساسه التأكد من مدى صحة بنود العقد، ففي حالة غموضها أو عدم كفايتها يتم الاستناد إلى هذا القانون الموضوعي لتكملة ذلك².

كما أن هذا (القانون الموضوعي) هو الأساس في إصدار حكم التحكيم وبالتالي حل النزاع وإنهائه³.

فالمقصود من هذه القواعد هو مجموعة القواعد القانونية التي يصل المحكم إلى أنها مناسبة للتطبيق على النزاع سواء كان مصدرها قانونا وطنيا أو كانت مشتقة من مجموعة قوانين وطنية، أم أنها قواعد متعارف عليها في مجال التجارة الدولية بعيدا عن القوانين الوطنية للدول⁴.

إن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من المسائل الشائكة والمعقدة التي تواجه التحكيم التجاري الدولي لأنها في الغالب تمس بعض الاعتبارات الأساسية في القوانين الوطنية بل أكثر من ذلك فهي في غالب الأحيان تتعارض مع بعض أحكامها، كما تعتبر من المواضيع الهامة التي تواجه المحكم عندما يقوم بالفصل في النزاع القائم بين الأطراف، إذ أن دور المحكم الأساسي يكمن في البحث عن القواعد التي تحكم موضوع النزاع من خلال بحثه عن الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف أو من خلال تطبيقه لقواعد غير وطنية تكون أكثر ملائمة وصلة بالعقد الدولي.

وعليه يطرح التساؤل التالي:

¹ مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص 106.

² جارد محمد، المرجع السابق، ص 51.

³ فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 179.

⁴ جارد محمد، المرجع السابق، ص 51.

كيف عالجت التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية مسألة القانون المطبق على موضوع النزاع؟ وما هو موقف المشرع الجزائري من ذلك؟ وما هو دور المحكم بهذا الصدد؟

أ- دور إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:

الأصل في التحكيم هو حرية الأطراف في اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع باعتبار مالهم من سلطان إرادة في تحديد حقوقهم والتزاماتهم والتصرف فيها¹. حيث يستطيع المتعاقدون اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم الدولية سواء كان هذا القانون وطنيا أو أجنبيا، كما يمكن لهم تحديد الجهة القضائية المختصة للفصل في النزاع.

غير أن هذا القانون الذي اتجهت إليه إرادة أطرافه يمكن أن تعثره بعض المشاكل حيث يمكن أن يستبعد إذا كان متعارضا مع النظام العام والآداب العامة، حيث يتشكل هذا النظام في الدولة وكذلك من الحقوق والحريات الأساسية والمعتقدات الاجتماعية والأخلاقية والدينية في المجتمع².

ولتنفيذ النظام العام في مواجهة القانون المختار من قبل المتعاقدين لا بد من توافر الشروط التالية:

- إن الدفع بالنظام العام دفع استثنائي واحتياطي يجب أن يكون نطاق تحريكه قاصرا على الحالات الضرورية لتدخله فقط، وذلك إذا استنفدت الوسائل القانونية الأخرى لاستبعاد القانون الأجنبي قبل كل شيء يتعين أن يكون ذلك القانون مختصا حسب قواعد التنازع في قانون القاضي والا فسيستبعد لعدم الاختصاص.
- يجب أن يكون القانون الأجنبي مخالفا في حكمه مقتضيات النظام في الصميم، ولا إشكال إذا كان القانون الأجنبي المختص يتصف بعدم العدالة المطلقة بالمفهوم العالمي أو مخالفا لمثل عليا من القانون الطبيعي مستقرة أحكامه ضمن القواعد العامة للقانون.

¹ جارد محمد، المرجع السابق، ص 52 .

² خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية كلية الحقوق، جامعة الجزائر - بن يوسف بن خدة - الجزائر، 2008، ص 65 .

- أن تكون المخالفة للنظام العام حالية.

كما يستبعد قانون الإرادة في حالة الغش نحو القانون الواجب التطبيق، ويتحقق ذلك بتوفر شروط في هذا الغش، حيث عرّف بعض الفقهاء الغش نحو القانون بأنه "عبارة عن اتخاذ أعمال ارادية حقيقية، عمداً أو غير عمداً، لإيجاد مركز يتفق وحرفية القانون ولكن يخالف غرضه"، فالغش نحو القانون ينحصر في وسائل يتخذها شخص ليتهرب من حكم القواعد القانونية الآمرة التي يخضع لها بواسطة استخدام قواعد قانونية أخرى يتوقف تطبيقها على إرادته مع الانحراف بها من معناها الحقيقي، وبذلك يكون تغير ضابط الإسناد هدفه التحايل¹.

تجدر الإشارة كذلك إلى أن المشرع الجزائري لم ينص على هذه الحالة².

لقد أصبح مبدأ خضوع موضوع النزاع لقانون الإرادة من المبادئ المسلم بها في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، إذ تعترف التشريعات المقارنة بأولوية إرادة الأطراف المشتركة في اختيار القانون الذي يروونه مناسباً لحكم موضوع عقودهم ذلك إذا لم يتضمن مساساً بالقواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام³.

حيث نص المشرع الجزائري في المادة 18 من القانون المدني الجزائري على ذلك حيث تنص ف 01 منها على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد..."⁴.

نصت كذلك المادة 1050 من القانون 09/08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف...".

¹ خالد شويرب، المرجع السابق، ص ص 81- 83.

² عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 53.

³ جارد محمد، المرجع السابق، ص ص 52- 53.

⁴ المادة 18 من الأمر 58/75، السابق الذكر.

إذ يتضح أن المشرع يكون قد كرس مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يطبقه المحكم على موضوع النزاع مع مراعاة قواعد النظام العام¹.

أمام هذا التأكيد على مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع نورد بعض الحالات التي تشملها "قواعد القانون".

1- **الإحالة إلى قواعد تنازع القوانين:** قد تحيل العقود المبرمة في مجال التجارة الدولي في اتفاق التحكيم إلى تطبيق قواعد التنازع على النزاع، وفي هذا الإطار ما نصت عليه م 01/18 من القانون المدني الجزائري.

إذ تشير هذه المادة إلى قانون معين وليس قواعد موضوعية للقانون، فهي قاعدة إسناد تحيل إلى تطبيق قانون موضوعي معين².

كما أحالت بعض الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر مع بعض الدول إلى إمكانية تطبيق قواعد تنازع القوانين، وعلى سبيل المثال الاتفاقية الجزائرية الفرنسية في المادة 8/4 والاتفاقية الجزائرية الإسبانية في م 3/11³.

2- المبادئ العامة للقانون و العادات و الأعراف التجارية الدولية.

إن تعبير "قواعد القانون" الوارد في المادة 1050 من القانون 09/08 الجزائري والمادة 1/1496 من القانون الفرنسي، تفيد إمكانية تطبيق الأطراف المبادئ العامة للقانون أو العادات وأعراف التجارة الدولية⁴.

فكثير ما تحيل الاتفاقيات الدولية وكذلك العقود الدولية إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون أو العادات والأعراف التجارية الدولية نزولا عن إرادة الأطراف، حيث يستند المحكم

¹ محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، منشورات بغداد، الجزائر، 2008، ص 202.

² وهذا ما نلاحظه من خلال العقود التي أبرمتها شركة سونطراك في السبعينيات، حيث نجد الكثير منها تحيل صراحة إلى تطبيق القانون الجزائري، وهو القانون الساري المفعول وقت إبرام هذه العقود وليس القانون الساري المفعول وقت حدوث النزاع.

³ محمد كولا، المرجع السابق، ص 205.

⁴ العرف التجاري الدولي قاعدة درج عليها التجار في حقل التجارة الدولية على إتباعها في معاملاتهم وشعروا بضرورة احترامها والالتزام بها بغير نص في العقد الدولي للقانون.

إلى العادات التجارية والمبادئ العامة للقانون الدولي بسبب اطمئنان المستثمر لها بالمقارنة مع القوانين الداخلية التي ينشأ على أراضيها الاستثمار الأجنبي¹.

حيث يجب على المحكم سواء كان مقيد بالقانون أو مفوضا بالصلح مراعاة العادات التجارية، فقد أوجب المشرع الفرنسي على المحكم مراعاة الشروط العقدية والأعراف التجارية فمن باب أولى، لأنها مقدمة على العادات التجارية في المرتبة من حيث القوة القانونية²، إلا أن الإحالة إلى هذه المبادئ خاصة بالنسبة للدول النامية، قد يشكل خطورة على مصالحها وهذا بسبب تفسيرها من طرف المحكمين تفسيرا يخدم مصالح الشركات الأجنبية³.

3- دور الهيئة التحكيمية كمفوض بالصلح.

يمكن لأطراف النزاع وفقا لاتفاق التحكيم تسوية نزاعهما حول القانون الذي يحكم موضوع النزاع عن طريق الصلح، فتكون الهيئة التحكيمية في هذه الحالة مفوضة بالصلح من طرف الأطراف فلا يمكن للمحكم أن يقوم بذلك إلا إذا خولته اتفاقية التحكيم هذه السلطة⁴.

إن السؤال الذي نطرحه في هذه المناسبة ما هو القانون الذي تطبقه الهيئة التحكيمية كمفوضة بالصلح؟

فالمشرع الجزائري على الرغم من نصه على إمكانية فصل النزاع من طرف الهيئة التحكيمية كمفوض بالصلح صراحة في المادة 458 مكرر 15 من المرسوم التشريعي 09/93، حيث تنص على أنه "تفصل محكمة التحكيم كمفوض في الصلح إذا خولتها اتفاقية الأطراف هذه السلطة"⁵، إلا أنه لم يرد نص خاص حول هذه الإمكانية في القانون 09/08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، غير أنه باستقرائنا لنصوص هذا القانون

¹ جارد محمد، المرجع السابق، ص 54.

² حسني المصري، المرجع السابق، ص 361.

³ جارد محمد، المرجع السابق، ص 55.

⁴ عليوش قربوع، المرجع السابق، ص 56.

⁵ المادة 458 مكرر 15 من المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 05/10/1993 المعدل والمتمم للأمر 154/66 المؤرخ في 08/06/1966، المتضمن لقانون الإجراءات المدنية، جريدة رسمية رقم 27، الصادرة سنة 1993.

ولاسيما نص المادة 1050 السابق الذكر نستنتج أن المشرع أعطى للأطراف الحرية في اختيار أي قانون يمكن أن يطبق على النزاع المطروح¹.

إن الحرية المعترف بها للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أحدثت جدلا في أوساط الفقه في هذا المجال، وهذا ما أدى إلى طرح الإشكال التالي:
هل يملك الأطراف الحق في اختيار أي قانون ولو لم تكن له أي صلة بالعقد أو المتعاقدين؟ وهل يمكنهم تجزئة هذا العقد بإخضاع جزء منه إلى قانون معين يختلف عن القانون المختار للجزء الآخر؟

لقد اختلف الفقه حول شرط صلة العقد بالقانون المختار حيث ظهرت عدت اتجاهات ونظريات حول ذلك.

❖ **النظرية الشخصية:** يقر أنصار هذه النظرية بحق الأطراف في اختيار القانون الذي يطبقه المحكم على منازعاتهم، بغض النظر عن أية صلة بينه وبين العقد موضوع النزاع، طالما لم يتم اختيار هذا القانون بسوء نية، ويستند أنصار هذه النظرية لتبرير فكرتهم على أن تطبيق قانون الإرادة لا يكون على أساس الطبيعة الاتفاقية للتحكيم فحسب، وإنما لاعتبار مبدأ سلطان الإرادة الذي يعتبر قاعدة إسناد أكثر ملائمة وما يحققه المبدأ من توازن بين الأطراف².

❖ **النظرية الموضوعية:** يرى أنصار هذه النظرية بأنه لا بد من وجوب ربط العقد الدولي بقانون وطني له علاقة حقيقية به، لأن هذا القانون هو الذي يمنح للاتفاق القوة الملزمة مثل اختيار الأطراف لقانون جنسية أحد الأطراف، لأنه إذا انعدمت هذه الرابطة اعتبر ذلك غش نحو القانون الأجنبي³.

فما تجدر إليه الإشارة أن المشرع الجزائري أخذ بالنظرية الموضوعية التي تقيد إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الذي يطبق على العقد وهذا ما سنستشفه من خلال نص المادة

¹ جارد محمد، المرجع السابق، ص 56.

² المرجع نفسه، ص 57.

³ حسني المصري، المرجع السابق، ص 345.

01/18 ق.م على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد"¹.

كما اختلف الفقه حول حرية المتعاقدين في تجزئة العقد حيث ظهر اتجاهين مختلفين: **الاتجاه الأول:** يرى أنه لا بد على المتعاقدين اختيار قانون واحد يسري على العقد ككل، لأن العقد من الناحية الاقتصادية عملية واحدة يجب أن يخضع لقانون واحد تفاديا لتشتيت العقد بين عدة قوانين، كما أن العقد هو عملية قانونية واحدة فلا يتصور إخضاع كل من تكوين العقد وآثاره وحتى إبطاله إلى أنظمة قانونية مختلفة.

الاتجاه الثاني: يرى أن للأطراف الحرية في تجزئة العقد حيث يمكنهم إخضاع كل جزء من العقد لقانون معين ليحكمه، وذلك في الحالات التي تكون الالتزامات المتولدة عن العقد واجبة التنفيذ في أكثر من دولة واحدة².

ب- دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حالة غياب قانون الإرادة.

تنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:

"يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه"³.

باستقراء هذه المادة نستنتج أن إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ترد عليه استثناءات، ففي غياب الإرادة الصريحة للخصوم في اختيار القانون

¹ المادة 1/18 من الأمر 58/75 السابق الذكر.

² جارد محمد، المرجع السابق، ص 58.

³ المادة 18 من الأمر 58/75 السابق الذكر.

الذي يطبق على موضوع النزاع فإنه يقع على عاتق المحكم حل هذه المشكلة¹، ذلك أنه يلعب دور كبير وهام في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ضف إلى ذلك دوره في استخلاص الإرادة الضمنية للأطراف المتنازعة².

لقد أتاحت الاتفاقيات والأنظمة الدولية للمحكم حرية اختيار القانون الذي يمكنه أن يتوصل إليه عن طريق اختياره لقاعدة قانون وطني معين، وهذا ما يعطيه سلطة تقديرية في هذا الخصوص ذلك مع مراعاة القيود التي يفرضها نص قانوني أو اتفاق بين الطرفين بشأن استخدام هذه السلطة، غير أن استخدام المحكم الدولي لهذه السلطة التقديرية لا يجب أن يكون استخداما مزاجيا أو عشوائيا إذ لا بد من أن يكون اختياره للقانون الذي يطبق على موضوع النزاع ملائما للموضوع على ضوء ظروف القضية وملابساتها³.

فمن أجل تبيان الدور الكبير للهيئة التحكيمية في تحديد القواعد القانونية التي تطبق على موضوع النزاع ما ذهب إليه القضاء الفرنسي حيث أكد على تطبيق مجموعة من المبادئ والعادات الخاصة بالتجارة الدولية⁴.

وكذلك ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 1050 من القانون

.09/08

بما أن المحكم يتمتع بالسلطة التقديرية للبحث عن القانون الواجب التطبيق في حالة غياب قانون الإرادة، ففي هذه الحالة له أن يتقيد بالخيارات الأكثر ملائمة والأكثر اتصال بموضوع النزاع⁵، فيمكنه أن يطبق:

¹ محمد كولا، المرجع السابق، ص 213.

² جارد محمد، المرجع السابق، ص 59.

³ حسني المصري، المرجع السابق، ص 359.

⁴ ROUSSOS Alexia, « La résolution des différends », Revue lex Electronica, vol 06, n°01, Québec, printemps 2000, pp 03-21, In <http://www.lex-electronica.org>.

⁵ جارد محمد، المرجع السابق، ص 62.

1- قانون مكان إبرام العقد لحل نزاعات عقود التجارة الدولية: وقد تم الاستقرار على قاعدة المحل بحكم الشكل باعتبارها قاعدة عرفية، إذا ظل القضاء يطبقها إلى أن ظهرت حركة التقنيات المدنية في أوائل القرن، حيث أخذت مكانها بين نصوص تلك التقنيات وتبلور مضمونها على الشكل التالي:

كل عقد أو تصرف يتم في بلد ولو بين أجنبى يمكن أن يفرغ في الشكل المقرر في قانون ذلك البلد، وكل عقد أو تصرف يتم على هذا النحو يعتبر صحيحا شكلا، ويجب الاعتراف به في باقى البلدان حتى في البلد الذي يتوطن فيه الأطراف أو يتمتعون بجنسيته¹.

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

فمن الناحية القانونية يشكل الأخذ بمكان الإبرام توحيد القانون المطبق على العلاقة العقدية من حيث شكل العقد وموضوعه لكون العقد الدولي مرتبط بمحل الإبرام².

2- تطبيق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

إن الجنسية المشتركة تتمثل في رابطة بين الشخص ودولة معينة لها كيان ذو سيادة أما الموطن فيتمثل في ارتباط شخص بمكان معين داخل إقليم دولة معينة، ففي حالة انتقاء الإشارة الصريحة أو الضمنية للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فللمحكم في هذه الحالة أن يبحث عن القانون الذي يطبق على النزاع من خلال قواعد التنازع للبلد الذي يوجد فيه الإقامة المشتركة أو الجنسية المشتركة لأطراف النزاع³.

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 18 ق.م.

3- تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية.

غالبا ما يجد المحكمون أنفسهم أمام ضرورة الرجوع إلى ما تقتضي به الأعراف والعادات التجارية الدولية، وهذا لعدة أسباب ومبررات ترجع في الغالب لعدم الإشارة

¹ سلامة أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 245.

² خالد شويرب، المرجع السابق، ص 104.

³ فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 187.

الصريحة في العقد إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع، أو وجود نص غامض غير كافي لتطبيقه على النزاع¹.

حيث ساهمت الأوساط التجارية مساهمة كبيرة في إيجاد قواعد مادية استقر عليها العمل بين التجار ورجال الأعمال في معاملاتهم التجارية الدولية، فهي تستمد مصدرها أصلا من الممارسات التجارية.

للبحث في مدى إلزامية الأعراف والعادات التجارية والدولية للمحكم، يذهب البعض إلى أنها تمثل ضوابط احتياطية أو تكميلية لكن البعض يرى أنها تمثل المصدر الأساسي للمحكم مما ينبغي معه إسناد العقد الدولي إلى القواعد التجارية التي تشكل نظاما قانونيا له صفة الإلزام.

كما وجهت بعض الانتقادات إلى العادات والأعراف التجارية الدولية، حيث نجد أن البعض انتقدها على أساس أنها لا تشكل نظاما قانونيا بسبب عدم تغطيتها لكل النزاعات التجارية الدولية، مما يستدعي في بعض الحالات إعمال جانبها القانون الوطني، بالإضافة إلى أنها تمثل نظرية بدون أساس قانوني فهي مستمدة من عادات وأعراف التجارة².

المطلب الثاني: حدود سلطات المحكم في تكييف و تعديل بنود العقد.

يمارس المحكم المفوض بالصلح امتيازاته اتجاه الحقوق الشخصية للأطراف فهؤلاء تنازلوا عن التطبيق الصارم لها بواسطة المحكم، وترتبا على ذلك فإن المحكم المفوض بالصلح يتمتع بامتيازات خاصة اتجاه الحقوق المتولدة عن القانون، إضافة إلى الحقوق المتولدة عن العقد كذلك.

ونتناول في هذا المطلب سلطات المحكم في تكييف العقد وإعادة النظر فيه (فرع أول)، ثم حدود سلطات المحكم بالصلح في تعديل بنود العقد (فرع ثاني).

¹ محمد كولا، المرجع السابق، ص 225.

² جارد محمد، المرجع السابق، ص ص 68-69.

الفرع الأول: سلطة المحكم في تكييف العقد وإعادة النظر فيه.

إن الالتزام بإحالة النزاع الناشئ على العقد إلى المحكمين يعتبر تطبيق محض وعادي لقاعدة القوة الإلزامية للعقود النابعة من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين "pacta sent savonda"¹. والمنصوص عليه في المادة 106 من القانون المدني الجزائري² واتفاقية التحكيم شأنها شأن العقد الصحيح الذي يرتب التزامات على المتعاقدين³. ومن ثمة إحالة ما قد يثور عنها إلى المحكم من خلال السلطات التي خولت له بموجب اتفاق الأطراف وهو ما يقتضي تدخل المحكم لتكييف العقد الدولي وكذلك لإعادة النظر فيه. إن الأمر لا يتعلق بما إذا كان للمحكم بالصلاح تكملة العقد لكن لمعرفة مدى إمكانية المحكم بالصلاح تكييفه وفقا للظروف إذا كانت مسألة التكييف تقتضي ترتيب العقد وتنظيمه بالإضافة إلى تعديله أو التخفيف من شروطه إضافة إلى تخويل المحكم سلطة إعادة النظر في العقد ومراجعته بالنظر إلى أن إرادة الأطراف في هذا المجال تكون حذرة لذا يترك الأمر للمحكم بالصلاح لتقدير مبدأ إعادة النظر الذي يعتبر تجسيدا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

أولا - دور المحكم الدولي في تكييف العقد الدولي:

إن عملية تكييف العقد⁴ من المسائل المعقدة التي تواجه المحكم بالصلاح خلال النظر في النزاع، حيث يتعين عليه القيام بتكييف العقد المتصل بالنزاع المعروف عليه خاصة في إطار هيئات التحكيم الدائمة، حيث أن حل النزاعات ذات الطابع الدولي تحتاج إلى إجراء تكييف قانوني تمهيدا لتطبيق القانون الذي يحكم النزاع، إذ يقوم بذلك وإن لم يطلب منه ذلك الخصوم، إضافة لكون عملية التكييف تتوقف كذلك على معرفة القانون الواجب التطبيق على العقد.

¹ Fouchard Philip, Introduction de l'arbitrage international, Rev. Arb, 1981, p 463 et s.

² المادة 106 من الأمر 75-58 السابق الذكر، على: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون".

³ فيلا لي علي، الالتزامات: النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2008، ص 359.

⁴ تكييف العقد هو إضفاء وصف قانوني معين على العقد يتفق على حقيقة ما قصده المتعاقدين منه، ويترتب على تكييف العقد إنزال الحكم القانوني الصحيح عليه.

كما سبق الذكر سالفًا فإن سلطات المحكم تنحصر في الحدود التي ترسمها إرادة الأطراف، كما يستمد سلطاته من النظام الإتفاقي للمتعاقدين. إذ يلتزم المحكم بالصلح باحترام العقد الذي يعكس إرادة الأطراف.

لذلك هل بمقدور المحكم بالصلح (الدولي) تكييف العقد الذي يعتبر عملاً خاصاً بالأطراف؟

دور المحكم بالصلح في تكييف العقد:

إن المحكم بالصلح يفصل في النزاع دون أن يلزم بتطبيق أحكام قانون معين لكونه يتمتع بسلطات واسعة. إذا ما هو الدور الذي يمكن أن يلعبه المحكم بالصلح في مجال تكييف العقد الدولي؟

يرى جانب من الفقه أن وجود شرط التحكيم بالصلح يمكن اعتباره تصريحاً ضمناً من قبل الأطراف على منح المحكم سلطة تكييف العقد وفقاً للظروف والملايسات المحيطة به¹. إذ أن الفقه يؤيد منح المفوض بالصلح مثل هذا الاختصاص، أي سلطة تكييف العقد بما يتفق والظروف إضافة إلى إمكانية اعتباره بأنه تنازل عن التمسك بالحقوق والمزايا المتولدة عن العقد الدولي.

لذا فإن هذا الفقه يعتبر التحكيم عن طريق المصالحة الودية هو المجال الأمثل والخصب لإعمال هذه السلطة، بل أكثر من ذلك يرى الفقه أن سلطة المحكم في تكييف العقد هي سلطة ملازمة للتحكيم عن طريق المصالحة الودية².

وفي نفس السياق يرى جانب آخر من الفقه أنه بالنظر للمخاطر التي يتعرض لها المستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة فإنها تعد من قبيل الظروف الطارئة التي يتوجب معها إعادة تقييم العقد تأسيساً على مبادئ العدالة.

ولقد تم تكريس هذا الاتجاه في القرارات الصادرة عن محكمة استئناف باريس (10 مارس 1981 إضافة إلى 6 جوان 1984 و 12 مارس 1985) والتي من خلالها انتهت

1 جارد محمد، المرجع السابق، ص 191 .

2 المرجع نفسه، ص 192 .

فيها المحكمة إلى إمكانية منح المحكمين بالصلح سلطة تكييف العقد الدولي باسم العدالة إذا كان ذلك من الضروري، إلا أنها لا تقبل إعادة التفاوض بخصوص العقد من قبل المحكم. لذا سلطة المحكم بالصلح في تعديل أو تخفيف شروط العقد ملازمة ولسيقة بالتفويض بالصلح، وتعتبر أكثر اتساعا من السلطة المخولة للقاضي في التخفيف من التفويض الإتفاقي أو الشرط الجزائي (شرط الجزاء)، في حين يرفض جانبا من الفقه منح المحكم بالصلح سلطة تكييف العقد الدولي، إذ يرى أنه ليس بإمكان المحكم بالصلح تكييف العقد الدولي وهو يرى في ذلك قاعدة مادية لقانون التجارة الدولية وهذا ما أكده القرار الصادر عام 1981 عن غرفة التجارة الدولية الذي قضت فيه أن: " اللجوء إلى التحكيم عن طريق المصالحة الوطنية لا يسمح لمحكمة التحكيم الخروج عن إطار النزاع ... ولا يسمح لهم بمراجعة العقد"¹.

كما ذهب القضاء كذلك إلى أبعد ما انتهى إليه المؤتمر الدولي في هامبورغ عام 1982، الذي جاء في توصياته بأنه عند حدوث تغير الظروف وعدم ورود أي شرط يدل من قبل الأطراف تخويل المحكم هذه السلطة، فإنهم لا يمكنهم تكييف العقد إلا في حالة كون القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي يجيز إمكانية تكييفه أو تعديله أو في حالة وجود اتفاق صريح بين الخصوم يجيز منح المحكم هذه السلطة .

ثانيا: إعادة نظر المحكم بالصلح في العقد.

يحرص المتعاملون الاقتصاديون في مجال التجارة الدولية على وضع تنظيم كامل للعقد المبرم بينهم، بتناول كافة المسائل التي لا بد من مواجهتها، تقاديا لقيام أي نزاع مستقبلي بينهم إذ كثيرا ما لا نجد في العقد الدولي بيانا وافيا لتفصيل ما ينشأ عنه من التزامات².

¹ جارد محمد، المرجع السابق، ص 193 .

² المرجع نفسه، ص 193 .

إذ يكتفي المتعاقدان على العناصر الجوهرية للعقد دون التعرض لبعض المسائل التفصيلية فقد يغفل الأطراف تنظيم العديد من الأمور إما سهواً أو عمداً أو عن غير دراية بأهميتها أو لاستحالة توقع ما يستجد من ظروف.

لذا فإن عدم الاستقرار الدائم للظروف الاقتصادية أصبح عائقاً أمام تنفيذ العقود الدولية وخاصة طويلة المدة منها، إذ أن تنفيذها يصبح مستحيلاً أو مرهقاً على نحو يصيب معه أحد المتعاقدين بضرر، وعليه فإن قواعد العدالة تقضي إعادة النظر في الأحكام المتولدة عن هذا العقد خاصة إذا أظهر أطرافه رغبتهم في الاستمرار في العلاقة التي تربط بينهم¹.

فما هو الدور الذي يمكن أن يلعبه المحكم بالصلح في مجال إعادة النظر في العقد الدولي ضماناً لاستمراره؟ وما هي طبيعة السلطات المخولة له في هذا المجال؟

أ- دور المحكم بالصلح في تكملة العقد الدولي.

قد يحدث عند إبرام العقد الدولي أن الأطراف لا يستطيعون أن يضمنوا اتفاقهم كافة الاشتراطات المتعلقة به، فإذا ثار نزاع حول هذا العقد فيكون هذا الباب مفتوحاً أمام المحكم في تكملة هذا العقد من النقص التي تشوبه.

كما هو الحال مثلاً عندما يغفل الأطراف الإيضاحات المتعلقة بتحديد القيمة أو العملة التي يتم الوفاء بها.

يعتبر طول مدة بعض العقود الدولية وأهمية المصالح التي تقوم من أجلها وتعتد الشروط الواردة فيها قد يطرح عدة مشاكل أثناء إبرامها، ما يؤدي بالأطراف إلى إغفال تنظيم بعض الأمور منها وتركها جانبا إلى حين تنفيذ العقد، غير أن مسألة تكملة العقد الدولي من قبل المحكم لا تزال محل نقاش بين الفقه.

إذ يذهب جانب من الفقه إلى أنه ليس ثمة ما يمنع المحكم من تكملة الثغرات العقدية سواء كانت هذه الثغرات أولية أو طارئة وخاصة عند عدم تكملتها، فلا يكون أمام

¹ جارد محمد، المرجع السابق، ص 194.

المحكم من سبيل سوى الاجتهاد المباشر من خلال النظر في طبيعة المعاملة موضوع العقد.

في نفس السياق يرى بعض الفقه أن المحكم ملزم باحترام العقد، إلا في حالة إغفال الأطراف تحديد الطريقة التي يملأ بها الثغرات الموجودة في العقد، يعطي المحكم الحق في وضع حد لهذا الخلاف عن طريق سد هذا الفراغ¹.

كما يرى جانب من الفقه أنه إذا أغفل الأطراف عنصراً من عناصر العقد ونشأ نزاع بينهما بخصوص هذا العنصر فإن المحكم يقوم بسد هذا الفراغ، وعدم الاعتراف للمحكم بهذه السلطة يؤدي لا محالة إلى انهيار التحكيم إذ أن "المحكمون يمارسون في صدد سد الفراغات الطارئة وظيفة ذات طبيعة تحكيمية"، فالقانون الأمريكي يعطي للمحكم سلطة سد الفراغات الموجودة في العقد ويعتبره كمبدأ عام².

كما أن الفقه يميز كذلك بين الفراغات الأصلية أو الإرادية والفراغات الطارئة أو غير الإرادية، إذ تتمثل الأولى في تكملة الفراغات الموجودة منذ إبرام العقد والتي يكون الأطراف على علم بها غير أنهم يتركونها تقادياً لتعطيل المفاوضات الطويلة بينهم، حيث يقومون بملئها لاحقاً بأنفسهم أو بتدخل شخص أجنبي عن العقد.

أما بالنسبة للثانية فهي تلك الفراغات التي تكون في العقد منذ إبرامها ولكنها تبقى خفية لا تظهر للأطراف إلا في مرحلة تنفيذ العقد وهي تثير النزاع بينهم³.

كما اختلف الفقه حول مجال اختصاص المحكم في ملأ الفراغات الموجودة في العقد فمنهم من يرى أن المحكم لا يتدخل إذا كان الفراغ ثانوي لا يمس بصحة العقد، في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن المحكم يمكنه التدخل حتى ولو كان هذا الفراغ ثانوي.

¹ جارد محمد، المرجع السابق، ص 195.

² يتقبل القضاء الأمريكي هذا المبدأ دون إشكال، والأكثر من ذلك أن محاكم الولايات المتحدة الأمريكية لا تفحص القرارات الصادرة من قبل المحكمين الذين يقومون بسد فراغات العقد.

³ جارد محمد، المرجع السابق، ص 195.

في حين يرى فريق آخر من الفقه أن مسألة ملأ الفراغات تعني إعطاء شخص أجنبي عن العقد سلطة تحديد عنصر من عناصر العقد والحلول محل أطراف العقد الدولي في ذلك وهو ما يتنافى مع العقد في حد ذاته.

وعليه فالالاتجاه السائد في قضاء التحكيم يتجه إلى تكريس مبدأ احتفاظ المحكم بسلطاته في مجال تكملة العقود الدولية من النقائص التي قد تشوبها، إذ يفضل ثبات العقود طويلة المدة لتحسين العمليات التجارية الدولية ضد تغير الظروف¹، إذ أصبح المحكم بالصلح يقوم بدور فعال في تكملة العقود التجارية الدولية، والتحكيم الدولي هو المجال الذي يجد فيه المحكم المكان الخصب لممارسة هذه السلطة أو الدور².

إذ نجد ذلك في القرار الصادر عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية سنة 1972 حيث استطاع المحكم ملأ فراغات العقد لتحديد محتوى نظام العقد الجديد.

ب- دور المحكم بالصلح في تعديل العقد الدولي.

نتيجة لتغير الظروف الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية³ في عقود التجارة الدولية طويلة المدى تواجهها صعوبة في تنفيذ العقد حيث تصبح الأداءات المتبادلة منطوية على إخلال خطير بمبدأ التوازن العقدي، وهذا الإخلال ناتج عن القوة القاهرة وعدم التوقع يستوجب إثارة مسألة تعديل العقد ومراجعته بتدخل المحكم الذي يعهد إليه فض النزاع.

فإذا كانت التغيرات المحيطة بالعقد لها أثر واضح في العلاقات الداخلية في الدول فإن نطاق هذه التغيرات يزداد أكثر فأكثر إذ انتقلنا إلى المستوى الدولي، إذ أن المتتبع لحركة الأسواق الدولية يشهد تغيرا ملحوظا من آن لآخر في أسعار المواد الأولية والمواد المصنعة ولهذه التغيرات أثر كبير لا يمكن إنكاره على العقود الدولية والوسائل المستخدمة لمعالجة هذه التغيرات.

¹ جارد محمد، المرجع السابق، ص 195.

² مصطفى محمد جمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 548.

³ يكون التغير نتيجة لظروف سياسية كالقرارات الصادرة من حكومات دول معينة بقطع العلاقات بينها و بين دول أخرى مثلا، أما الظروف الاقتصادية فهي تكون بوجود أزمة اقتصادية أو ارتفاع مفاجئ في أسعار المواد الأولية أو المصنعة.

كما قد تكون هذه الظروف تشريعية أو قانونية كصدور بعض القوانين التي تمنع استيراد أو تصدير بعض السلع، أو تمنع تداول رؤوس الأموال مما يؤثر على تنفيذ العقد. ففي مثل هذه الحالات يصبح العقد الدولي محكوماً عليه بأن لا يقوم بالدور المنوط به. الذي يتمثل في استقرار المراكز القانونية بين الأطراف خلال تنفيذه وتحقيق نوع من التوازن بينهم¹.

1- القوة القاهرة كأساس لتعديل العقد الدولي.

إن فكرة القوة القاهرة معترف بها في القوانين الوطنية وكذلك في عقود التجارة الدولية، إذ تستمد هذه الفكرة أساسها بصفة عامة في هذه العقود من اتفاقات الأطراف وقضاء التحكيم التجاري الدولي الذي يأخذ بالمفهوم الموسع للقوة القاهرة. إذ لا تتخذ القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية مفهوماً واحداً بل تتنوع هذه المفاهيم بالنظر إلى الطبيعة الخاصة التي تتميز بها العقود التجارية الدولية².

وتعرف القوة القاهرة على أنها "حدث غير متوقع وغير ممكن دفعه ومستقل عن إرادة الأطراف، يطرأ بعد إبرام العقد ويجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً أو مستحيلاً". فهذا المفهوم يقتضي توفر خصائص في الحدث كما سبق تبيانه سالفاً من استقلالية الحدث عن إرادة الأطراف، ووقوعه بعد إبرام العقد.

كما أن الاختلاف واضح في درجة تأثير القوة القاهرة على تنفيذ العقد إذ أن الاستحالة المطلقة تؤدي في الغالب إلى فسخ العقد، أما الاستحالة النسبية تؤدي إلى اختلاف التوازن بين الأطراف، إذ يكون هنا المجال واسعاً لتعديل العقد، إذ أن قضاء التحكيم يميل في الأغلب نحو البديل الذي يكفيه عقبة فسخ العقد كما يعلن موقفه لرفض الموقف السلبي الذي يفضله المدين في بعض الأحيان متمسكاً بالقوة القاهرة في صورة الاستحالة المطلقة للتخلص من التزاماته وفسخ العقد.

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 1 - 3.

² جارد محمد، المرجع السابق، ص 197.

لذا فإن المنتبِع لتطور واقع نظرية القوة القاهرة في مجال التجارة الدولية يجد أن دور القوة القاهرة في مفهومها الحديث يختلف عن دورها القديم.

فبذلا من فسخ العقد الدولي أصبحت تؤدي إلى تعديل أحكام العقد الدولي بغية المحافظة عليه وبقائه وضمن استمراريته¹.

2- موقف الفقه وقضاء التحكيم من تدخل المحكم بالصلح في تعديل العقد الدولي.

❖ موقع الفقه من تدخل المحكم بالصلح في تعديل العقد الدولي.

لا يزال الجدل قائما حول سلطات المحكم حول تعديل العقد ضمن الأوساط الفقهية :

▪ الفقه المؤيد.

إذ يرى جانبا منهم أن العقد يستند إلى الإرادة الفردية وبالتالي فإن المحكم بالصلح يتلقى من أطراف العقد السلطات التي يملكونها ومن هنا يتدخل لتعديل العقد الدولي.

في سياق آخر يرى جانب من الفقه أن المحكم بالصلح يملك سلطة تعديل العقد بأن يفرض حلا مهندئا إذ يقوم بتخفيض مفاعيل الشروط التعاقدية المبالغ فيها والقاسية أو الصارمة ولا يكون مقيدا بالعدالة والضمير².

وهناك من يعتبر أن التعديل ممكن إذا جاء منسجما مع روح العقد، لأنه يقوم على المحافظة على التوازن الأساسي، إذ أن مهمة المحكم هي إعادة العقد إذ يصف الأستاذ "عبد الحميد الأحذب" المحكم بالطبيب الذي يقوم بإنقاذ العقود طالما أن الأطراف قد عهدوا إليه مهمة إيجاد حل عادل يبقي العلاقة قائمة بينهم³، كما أن الغالب في العمل أن يكون بنیان العقد ومضمونه هما الهدف المحرك للمحكم عندما يختل هذا البنیان أو يتأثر هذا

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 187.

² عيادي فريدة، سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة عن العقد التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2001، ص 24.

³ عبد الحميد الأحذب، التحكيم: أحكامه و مصادره، الجزء الأول، مؤسسة نوفل للطباعة و النشر، لبنان، 1990، ص

المضمون بظروف غير متوقعة من الأطراف عند إبرامه، إذ يعمل المحكم عندئذ على إعادة التوازن الاقتصادي الأصلي الذي كان عليه الأطراف وقت التعاقد¹.

إذ كثيرا ما تتضمن عقود التجارة الدولية الشروط المعروفة بشرط "الأزمة" والتي بمقتضاها يجوز للأطراف إعادة تهيئة العقد كلما حالت دون تنفيذ ظروف اقتصادية غير عادية، متى كان من شأن هذه الظروف الإخلال بتوازن العقد الدولي.

كما أن إخضاع المنازعات التي يفردتها هذا النوع من العقود لقضاء التحكيم يتناسب مع طبيعتها المعقدة، إذ يكون المجال واسعا لتدخل المحكم لإعادة التوازن الأصلي إليها عن طريق تعديل العقد دون أن يكون مقيدا لقواعد قانونية أو حتى اتفاقية محددة سلفا تحول دون تحقيق هذا التوازن.

على الرغم من ذهب إليه هذا الاتجاه الذي يأخذ ويعتد بدور وسلطة المحكم في تعديل العقد حفاظا على مبدأ التوازن في العقد و ذلك لتحقيق العدالة، لم يسلم من النقد .

▪ الفقه المعارض.

يرى جانب من الفقه أن هذه السلطة الممنوحة للمحكم تنكر مبدأ القوة الملزمة للعقد ويهدر مبدأ سلطان الإرادة، كما قد يؤدي إلى تغيير العقد تغيرا كليا يجعل منه عقدا آخر غير العقد الأصلي إذ أن استخدام هذه السلطة سيؤدي إلى "تحريف العقد"²

ففي نفس السياق كذلك يرى جانب من الفقه أنه لا يجوز للمحكم تعديل العقد لكونها مسألة تتجاوز مهمته فهي مخولة للأطراف إذ لا يجوز للمحكم الحلول محل الأطراف لتحديد الثمن بالنسبة للبضاعة محل النزاع أو تعديله بسبب أو نتيجة لظروف اقتصادية غير متوقعة³.

فعندما تقتضي الظروف الاقتصادية غير المتوقعة مراجعة العقد كما في حالة التقلبات النقدية وتغير أسعار المواد الأولية، فلا يجوز للمحكم التحكم في ذلك بطريقة مباشرة

¹ حسني المصري، المرجع السابق، ص 428.

² المرجع نفسه، ص 430.

³ عيادي فريدة، المرجع السابق، ص 24.

إذ كل ما يترتب عنه هو دعوة الأطراف لمراجعة العقد أو تعديله والتفاوض بشأن الشروط الجديدة أو المعدلة¹.

❖ موقف قضاء التحكيم من تدخل المحكم بالصلح في تعديل العقد الدولي.

يعتبر الاتجاه السائد في قضاء التحكيم هو تطبيق نظرية القوة القاهرة أو الطارئة كأساس لتعديل العقد الدولي، وتشير الممارسات العملية للتحكيم إلى منح المحكم بالصلح سلطة تعديل العقد الدولي، ومن الحالات التي يتصدى فيها المحكم من تلقاء نفسه المقصود من القوة القاهرة القرار الصادر عن غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 2142 لسنة 1944 حيث أكدت هيئة التحكيم في هذا القرار أن "التهديدات التي تحتج بها الشركة المدعى عليها لانتفاء مسؤوليتها عن عدم تسلمها المنتجات البترولية لا تتوافر فيها شروط القوة القاهرة². وذلك لغياب شرطي عدم التوقع واستحالة الدفع هذا بالإضافة إلى أن المشروع الوطني قد أثبت بالأدلة الكافية أنه في نفس الفترة التي لم تسلم فيها الشركة المدعى عليها المنتجات خشية التهديدات التي مارستها بعض الشركات، التي كان لها امتياز على هذه المنتجات استطاع مشتررون آخرون تسلم هذه المنتجات بشكل منتظم"³.

في قضية أخرى تتعلق ببيع كمية من البترول باعت الشركة A كمية منه إلى الشركة B إذ لم تقم الشركة المشتريه باستيلاء البترول المبيع مما اضطر الشركة البائعة A حفظها لحساب الشركة المشتريه B في أحد المستودعات وعرض النزاع على التحكيم فحكم المحكم بتخفيض قيمة التعويض المطلوب عن نفقات الإيداع نظرا لأن أسعار البترول ارتفعت في الفترة الخاصة بالإيداع⁴.

وأیضا القرار الصادر عن غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 02 سنة 1990 حيث حدث انخفاض شديد في قيمة العملة مما تترتب عليه أضرار كبيرة لأحد المتعاقدين حيث

¹ حسني المصري، المرجع السابق، ص 432.

² MARTIN H. Godel, «Les contrats du commerce international», cour du professeur JACQUET, Institut de Hautes Etudes Internationales, Genève le 25-06-2001, P 23 In <http://www.stoessel.ch/hei>

³ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص ص 28 - 29.

⁴ جارد محمد، المرجع السابق، ص 200.

جاء في القرار: "... بالنسبة لانخفاض قيمة pescta الاسبانية فمن الممكن أن يجعل الاستيراد من إيطاليا إلى اسبانيا أكثر تكلفة ولكنه لا يجعله مستحيلا، مما نرى معه ضرورة إعادة النظر في قيمة العقد"¹.

ففي صدد بحث هيئة التحكيم عن الحل البديل عن فسخ، العقد نجد القرار الصادر في القضية رقم 1703، حيث أشارت الهيئة إلى وجود البديل في التنفيذ سواء فيما يتعلق بالتمويل المالي للإعمال أو تأشيرات السفر المطلوبة لنقل العمال حيث أكدت هيئة التحكيم على أن "... فيما يتعلق بالأمر الصادر من مكتب خدمة المدعي عليها ويخص التمويل المالي للأعمال، وافقت الهيئة على أن الاستمرار في التمويل المالي عن طريق هذا المكتب أصبح مستحيلا ومع ذلك في رأي الهيئة أنه هناك وسيلة مالية أخرى ممكنة أمام الأطراف تمكنها من تنفيذ ما تبقى من التزامات وفقا لما تقرره أحكام العقد..."².

لذا فإنه إذا كان يخشى من المحكم بالقانون أن يغامر ويعيد النظر في العقد إلا أن مثل هذه الخطورة لا تجد أساسا لها بالنسبة لسلطة المحكم المفوض بالصلح، إذ أن الأطراف في التفويض بالصلح ينتازلون عن التطبيق الصارم للقانون، تاركين في ذلك الحرية للمحكم بالصلح لا يجب تجاوزها.

الفرع الثاني: حدود سلطات المحكم بالصلح.

التحكيم بالصلح هو حق خاص للخصوم فيجوز لهم الاتفاق عليه قبل أو بعد نشوء النزاع كما يكون إعمالا لإرادة الأطراف واختيارهم الصريح لهذا التطبيق، وقد يكون إعمالا لاختيار هيئة التحكيم بعد تفويضها من قبل الأطراف³، ويعتبر التحكيم بالصلح ذلك التحكيم الذي يخول فيه الأطراف للمحكم سلطة (صلاحية) الفصل في المنازعات وفقا لمبادئ العدالة

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 124.

² المرجع نفسه، ص ص 128 - 129.

³ رشا أحمد حسين إبراهيم، التحكيم بالصلح، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2003، ص أ.

والإنصاف دون التقيد بالقواعد القانونية، حيث نصت المادة 1474 والمادة 1449 قانون المرافعات الفرنسية على التحكيم بالصلح¹.

كما نصت المادة 775 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على التحكيم المطلق أي التحكيم بالصلح، كما نصت المعاهدات الدولية على هذا النوع من التحكيم². حيث أجازت المادة 42 من معاهدة واشنطن في فقرتها الثالثة³ على أنه (لهيئة التحكيم المشكلة وفقا لقواعد المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار أن تفصل في المنازعات المعروضة عليها وفقا لقواعد العدالة والإنصاف).

أولاً: حدود سلطات المحكم في التحكيم بالصلح في تعديل العقد.

القاعدة التي يستند إليها المحكم في حل الخصومات التحكيمية المعروضة عليه بالصلح هي إرادة الخصوم، وتفويضه بصريح العبارة بحل خصومتهم بالصلح، ومن ثمة اعتباره محكما بالصلح، ومع هذا يتعين على أطراف الخصومة التحكيمية عدم المبالغة في منحه سلطة حل خصومتهم بالصلح وإنما يجب أن يكون التفويض بالصلح في الحدود المعقولة التي لا تؤدي إلى التأثير في مصالحهم وحقوقهم فيجب الحيطة والحذر عند منح هذه السلطة⁴. لأن منح هذه السلطة للمحكم دون وجود أي قيود أو رقابة عليها من قبل الخصوم يؤدي إلى استغلال المحكم لهذه السلطة المخولة له لصالحه الشخصي أو ابتزاز الخصوم أو أحدهم⁵.

¹ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 92.

² المرجع نفسه، ص 93.

³ المادة 42 من الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي 345/95، الصادر في 06 جمادى الثاني 1416، الموافق ل 30 أكتوبر 1995، جريدة رسمية عدد 66، الصادرة في 1995.

⁴ أحمد أبو الوفا، التحكيم التجاري في القوانين العربية، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، مصر، دون سنة نشر، ص 170.

⁵ علي طاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، درا الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2006 ص 134.

فالمحكم بالصلح ترتبط حدود ولايته عادة بإرادة الأطراف فيعود لهؤلاء تضيق هذه الولاية أو توسيعها، ولا يستطيع المحكم بأي حال من الأحوال تجاهل هذا الاتفاق¹. إن التفويض بالصلح يعد تنازلاً من الخصوم عن حقوقهم الشخصية التي لا يمكن أن يكتسبها من تطبيق القانون، واتفاق الخصوم على تفويض المحكم بالصلح يعني أنهم قد تركوا وتنازلوا عن تلك الحقوق الشخصية التي كان بوسعهم المطالبة بها أمام المحكم، فهم يتنازلون عن الاستفادة من القواعد القانونية التي قد يكون فيها حماية لمصالحهم، فتفويض المحكم هو في حقيقة الأمر استبعاد تطبيق قواعد القانون وإحلال مبادئ العدالة والإنصاف التي يراها مناسبة لحلها، وعليه ليس لطرفي خصومة التحكيم التنازل إلا عن الحقوق المخولة لهم والتي يجوز التصرف فيها ومن تم تفويض المحكم بالصلح بناء عليها، إذ يتمتع هذا الأخير بحرية تحديد القواعد الموضوعية التي يراها الأنسب لحل الخصومة دون أن يتقيد بالقواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فالمحكم مخير بين أن يطبق القواعد الموضوعية باعتبارها محققاً لمبدأ العدالة والإنصاف أو بين تطبيق القواعد الموضوعية لأي قانون يرى أنها هي وحدها الكفيلة بتحقيق العدل والإنصاف فيفصل في موضوع الخصومة المعروضة عليه بموجب تلك القواعد بحكم فاصل للخصوم.

كما للمحكم المفوض بالصلح الحق في استبعاد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم موضوع النزاع وإن كانت قواعده القانونية مصدرها تشريع أو عرف، ويرى المحكم في هذا الاستبعاد تحقيقاً لمبدأ العدالة والإنصاف لأن مهمة المحكم تقتصر على تحقيق العدالة وليس التوفيق بين الطرفين، لذا يتعين عليه الالتزام بالقواعد الآمرة في الدولة التي يجري فيها التحكيم لأن طرفي الخصومة لا يملكون إعفاءه من التقيد بهذه القواعد²، وعليه يجب التفريق بين التحكيم الوطني والتحكيم التجاري الدولي، فالمحكم يتقيد بالقواعد القانونية المتعلقة

¹ علي طاهر البياتي، المرجع السابق، ص 134.

² MARTIN H. Godel, Op,Cit p 24.

بالنظام العام الدولي¹، إذ لا يمكنه تجاهل القواعد الآمرة التي تمس النظام العام الدولي التي تتصل بها المنازعات المعروضة عليه، والتزام المحكم المفوض بالصلح مراعاة النظام العام الدولي لهذه الدولة بمره ضمان الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الصادر عنه في هذه الدولة التي تتصل بها المنازعات المعروضة عليه بروابط وثيقة².

فالمحكم المفوض بالصلح له مطلق السلطة في إصدار الحكم الذي يراه مناسباً حتى وإن قضى لأحد طرفي الخصومة بكل طلباته ولم يطبق قاعدة الصلح التي ينص عليها القانون المدني³.

هذا وقد خول قانون التحكيم اليمني سلطة الفصل في الخصومة المفروضة عليه بمقتضى مبادئ العدالة والإنصاف بشرط إجازة ذلك من طرفي الخصومة وتفويضه صراحة بالفصل في خصومتها بالصلح.

كما ذهب قانون التحكيم المصري بمنحه سلطة الفصل في الخصومة بمقتضى مبادئ العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون بشرط اتفاق طرفي الخصومة على تفويضه صراحة بالصلح، فقد نصت المادة 39 ف 04 على أنه "يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفي التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح على أن تفصل في موضوع النزاع بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون"⁴.

كما ذهب كذلك قانون التحكيم الجزائري في تخويله للمحكمين سلطة الفصل في موضوع الخصومة بمقتضى قواعد العدالة إذا أجاز ذلك اتفاق التحكيم وهذا ما جاء في نص المادة 451 ف 03 " ويفصل المحكمون والمحكم المرجح في التحكيم وفقاً للقواعد القانونية إلا إذا كان اتفاق التحكيم خول لهم سلطة حسم النزاع كمحكمين مفوضون بالصلح"⁵.

¹ فتحي والي، المرجع السابق، ص 417.

² حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 93.

³ فتحي والي، المرجع السابق، ص 418.

⁴ مسؤولية المحكم في إطار السلطات الممنوحة له، الموقع السابق، ص 191.

⁵ المادة 451 ف 03 من القانون 09/08 السابق الذكر.

كما أعطى المشرع الفرنسي سلطة الفصل في الخصومة التحكيمية بالصلح وذلك لا يكون إلا بإرادة أطراف الخصومة وهو ما ورد في المادة 1474 فيما مضمونه أن المحكم يفصل في الخصومة طبقاً لقواعد القانون ما لم يكن أطراف الخصومة قد عهدوا إليه بموجب اتفاق التحكيم سلطة الفصل في خصومتهم بالصلح.

أما بالنسبة لما جاء في الاتفاقيات الدولية ومراكز وهيئات ومؤسسات التحكيم الدائم بخصوص شأن سلطة المحكم وتفويضه بالفصل في الخصومات التحكيمية بالصلح فقد ورد في القانون النموذجي للتحكيم التجاري في م 28 ف 03 أنه "لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس ودي إلا إذا أجاز له الطرفان ذلك صراحة"¹.

كما أكدت قواعد تحكيم القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي على أنه لا يجوز للمحكم أن يفصل في الخصومة وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف إلا إذا أجاز له طرفي الخصومة ذلك.

فقد جاء في نص م 33 ف 02 أنه "لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف إلا إذا أجازها الطرفان في ذلك، وكان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم يجيز هذا النمط من التحكيم".

حيث أن أغلب التشريعات سواء الوطنية أو الدولية أجازت للمحكم سلطة الفصل في الخصومات وتفويضها بالصلح شرط أن يجيز له أطراف الخصومة ذلك².

أما عن الأثر المترتب على مخالفة المحكم لاتفاق التحكيم في شأن القانون الواجب التطبيق فالأصل في نظام التحكيم هو إعمال سلطان الإرادة والذي يتمتع به أطراف خصومة التحكيم، فلهم الحرية في اختيار القانون الذي يحكم خصومتهم لذلك يجب على المحكم أن يحترم أطراف الخصومة للقانون الواجب التطبيق، لذا لا يجوز له الخروج عن هذا الاتفاق مطلقاً وإلا فإن الحكم الصادر عنه عرضة لرفع دعوى البطلان من قبل أطراف الخصومة

¹ مسؤولية المحكم في إطار السلطات الممنوحة له، الموقع السابق، ص 191.

² أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 173.

ويقوم برفعها من له مصلحة من الطرفين ولحقه ضرر من جراء عدم تطبيق هذا القانون فالمحكمة لا تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها لأن مسألة عدم تقييد المحكم باتفاق التحكيم في شأن القانون الواجب التطبيق ليست من المسائل التي تعتبر من النظام العام، وإنما يجب أن يتقدم بطلب دعوى البطلان ويتمسك بها أحد طرفي خصومة التحكيم¹.

ثانياً: حدود سلطة المحكم بالصلح اتجاه العقد.

إن استطاعت التصرف في الحقوق المتولدة عن العقد تخول المحكم المفوض بالصلح السلطة اللازمة في استبعاد القاعدة القانونية، لكن السؤال المطروح هل يجب دائماً على المحكم استبعاد تطبيق القانون؟ وإلى أي حد يمكن استبعاد احترام القانون؟

أ- تطبيق المحكم بالصلح للقانون: يجمع الفقه والقضاء على أن سلطة الفصل وفقاً للعدالة المخولة للمحكمين المفوضين بالصلح ليست سوى رخصة وأنه يمكنهم التسليم بأن العدالة تتمثل في تطبيق قواعد القانون.

كما يعتبر كذلك أن المحكم وفقاً للعدالة له الحق في أن يطبق نصوص القوانين، وحدها دون سواها كما يمكنه أن يطبق العدالة، فالمحكم وإن كان معنياً من تطبيق القانون فإنه حر في تطبيق أحكامه أو نصوصه أو عدم التقييد بها، فيجري القضاء على أن المحكم بالصلح يمكنه ألا يتبع قواعد القانون أو إتباع القواعد القانونية أيضاً، فتحويل الطرفين للمحكم مهمة التحكيم دون التقييد بقواعد القانون لا يمكن أن يفسر على أنه تعطيلاً لتطبيق قواعد القانون بل يجب أن يفسر على أنه رخصة للمحكم تمنحه فرصة الحل العادل للنزاع ولو لم يكن مستمد من نصوص القانون².

حيث قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 15 مارس 1984 بأنه بمنحهم سلطات المفوضين بالصلح فإن الخصوم يقصدون إعفاء المحكمين من التطبيق الصارم للقواعد القانونية فلا يبقى للمحكمة سوى رخصة الاستناد إلى هذه القواعد كما أن

¹ مسؤولية المحكم في إطار السلطات الممنوحة له، الموقع السابق، ص 192.

² فراس كريم شيخان، حدود سلطة المحكم في التحكيم وفقاً للعدالة، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، ص 72.

المحكمين المفوضين بالصلح ملزمين بإتباع إرادتهم ولا يمكنهم الاستناد على القواعد القانونية الموضوعية، ومهمة الصلح المخولة للمحكم لا تمنعه على الإطلاق من تطبيق القانون بعدم الاعتداد بحقوق الخصوم، كما أعلنت محكمة استئناف باريس في 15 مارس 1984 أن المفوضين بالصلح يمكنهم الفصل وفقا للقانون إذا ما اعتقدوا أن هذه القواعد من شأنها إعطاء حلا للنزاع الأكثر عدالة باستخدام المحكمون سلطات التفويض بالصلح التي عهد إليهم بها فقط¹.

ب- استبعاد المحكم بالصلح تطبيق القانون: إذا كانت هيئة التحكيم في التحكيم بالصلح تتحرر من التقيد بأي نصوص تشريعية أو أي قواعد قانونية فإن ذلك لا يعني أن هيئة التحكيم بالصلح غير ملزمة باحترام المبادئ الأساسية الموجهة للخصوم، إذ لا يمكن للمحكم المفوض بالصلح أن يستبعد كل قواعد القانون² فظاهر المادة 506 من قانون المرافعات المدني المصري وكذلك المادة 1474 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد لم تضع أي قيود وهو ما يستشف من صياغتها على عكس المفوض بالصلح يجوز له استبعاد كل قاعدة قانونية وعمومية.

فإن نص المادة 12 من نفس التقنين المتعلق بالتفويض بالصلح القضائي تنص على أن القاضي ليست له سلطة المفوض بالصلح إلا بالنسبة للحقوق التي للخصوم التصرف فيها بمجرد نشوء النزاع. فالمحكم المفوض بالصلح لا يمكنه التصرف إلا في الحقوق ذاتها التي للأطراف أنفسهم حرية التصرف فيها، فسلطات المحكمين المفوضين بالصلح تستند على سلطة الأطراف في التنازل ومن تم فإن المحكم يمكنه أن يستبعد بعض القواعد القانونية.

وعلى العكس فإن بعض القواعد الأخرى لا تقبل الاستبعاد وهو ما سيتم تبيانه³.

¹ مسؤولية المحكم في إطار السلطات الممنوحة له، الموقع السابق، ص 195.

² حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 93.

³ مسؤولية المحكم في إطار السلطات الممنوحة له، الموقع السابق، ص 196.

1_ القواعد المحتمل استبعادها.

إن نطاق حرية المحكم المفوض بالصلح قاصرة على القواعد المكملة ومن باب التحديد فإن للخصوم حرية التصرف في الحقوق التي يقررها لهم القانون المكمل فيمكنهم أن يتنازلوا قانونا عن الحماية أو عن هذه الحقوق.

إن المحكم المفوض بالصلح يستمد من هذا التنازل سلطته في التصالح على هذه القواعد على خلاف القواعد المولدة لها كاستبعاد نص المادة 1907 من القانون المدني الفرنسي المتعلق بتحديد سعر الفائدة القانونية واستبعاد المادة 1102 من القانون المدني الفرنسي المتعلق بإنقاص شرط الجزاء خلافا للقيود المقررة في هذه النصوص¹.

2_ القواعد غير المحتمل استبعادها.

إن الحد من سلطات المحكمين المفوضين بالصلح تبدوا مؤكدة عندما يتعلق الأمر بالقواعد التي لا يمكن للخصوم استبعادها، ولاسيما القواعد المتعلقة بالنظام العام التي لا تتأثر بتدخل الإرادة الخاصة التي تمس النظام الأساسي الذي يحمي المصلحة العامة فضلا عن ذلك فإن القواعد القانونية التي تتعلق بهذا الجانب من النظام العام، لا تمنح بالمعنى الصريح أي حق شخصي ولكن تفرض خضوعا لا يمكن للخصوم استبعاده وترتبيا على هذا الخضوع يجب على المحكمين احترامه.

في الواقع أنه ليس هناك ما يمنع المحكمين من الفصل في المنازعات المتعلقة بالنظام العام إذ دعى اتفاق التحكيم المحكمين بأن يطبقوا قاعدة من قواعد النظام العام فهكذا فإنه ليس هناك ما يمنع المحكم المفوض بالصلح من تطبيق قاعدة من قواعد النظام العام وفي المقابل فإن حكمه يكون عرضة للبطلان إذا تصالح بشأنها. كما أن المحكم المفوض بالصلح ملزم بتطبيق القواعد الآمرة التي تتعلق بلائحة الصرف والنقد ولائحة الأسعار وتلك التي

¹ مسؤولية المحكم في إطار السلطات الممنوحة له، الموقع السابق، ص 197.

تحكم المنافسة والجمارك والقروض والمصنفات والتشريعات الخاصة بالإجراءات التجارية إضافة إلى نظام شروط المراجعة¹.

فالطعن بالإبطال بناء على نص المادة 1484 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد يكون جائزا في حالة مخالفة المحكم لقاعدة من قواعد النظام العام وحتى في الحالة التي يكون فيها المحكم المفوض بالصلح.

3- القواعد التي ترد على سلطات المحكم بالصلح.

إن التحكيم بالصلح لا يتجرد من طابعه القانوني إذا ألقى المحكم من تطبيق إجراءات المحاكمة أمام المحاكم القضائية، إلا أنه يبقى رغم ذلك ملزما ومقيدا بإجراءات وقواعد سير المحاكمة إذ يتعين على المحكم المفوض بالصلح مراعاة قواعد النظام العام ومنها احترام المبادئ الأساسية للتقاضي وهي مبادئ عالمية لا يمكن ربطها بنظام قانوني معين أو بنصوص تشريعية محددة إذ تطبقها جميع نظم التحكيم في جميع الدول، دون حاجة للنص عليها أو اتفاق الأطراف على مراعاتها، فبدون هذه المبادئ لا يتصور إقامة عدالة حقيقية فالمحكم بالصلح يتبع المنهج القضائي في مراعاة الضمانات الأساسية للتقاضي بهدف الحكم وفقا لقواعد العدالة والإنصاف فتجاوز هذه المبادئ أو الإخلال بها يؤدي إلى بطلان إجراءات التحكيم ورفض تنفيذه كذلك.

فعلى الرغم من تقييد المحكم بالصلح باحترام إرادة الأطراف المحتكمين إلا أنه لا يستطيع مخالفة قواعد النظام العام، والضمانات الأساسية للتقاضي إذا اتفق طرفا النزاع على ما يخالفها، فمسألة تنظيم إجراءات التحكيم بالصلح وتحديد متركبات لأطراف التحكيم ومن بعدهم المحكمين المفوضين بالصلح في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديدها، ولا يقيدوها سوى الالتزام بقواعد النظام العام والضمانات الأساسية للتقاضي التي يلزم أن تواكب إجراءات التحكيم بالصلح في جميع مراحلها. وفي ذلك قضى بأن التحكيم بالصلح يتحرر من أحكام القانون فالمحكم معنى صراحة من واجب تطبيق قواعد القانون وأصول المرافعات باستثناء

¹ مسؤولية المحكم في إطار السلطات الممنوحة له، المرجع السابق، ص 197.

الأصول المتعلقة بالنظام العام، وعلى سبيل المثال احترام مبدأ الموجهة وحق الدفاع واحترام المحكمين على قدم المساواة الذي يقتضيه مبدأ المساواة بينهم.

فالمحكم بالصلح وإن كان لا يتقيد بقواعد القانون إلا أنه يتقيد بما يتعلق بالنظام العام كما يتقيد بقواعد الإجراءات المتعلقة بالنظام العام، وهي القواعد التي لا يستطيع الأطراف الاتفاق على استبعادها والتي لا تملك الإرادة الخاصة مخالفتها، فالمحكم بالصلح يتقيد بها مثل المحكم العادي وكذلك القضاء وإلا تعرض حكمه للبطلان¹.

المبحث الثاني: لجوء المحكم إلى فرض تخفيف الضرر.

عند إبرام العقد الدولي يسعى الأطراف إلى تنفيذه بكل ما يحتوي عليه من التزامات كما يحقق هذا التنفيذ الكلي الحد الأقصى لحاجات ومتطلبات كل طرف، وفي الحالة التي لا ينفذ فيها أحد الأطراف التزامه بسبب وقوع حدث خارج عن إرادته فإن الآخر سوف يتحمل بلا شك ضرر معين وتتناقص الفائدة التي سيحققها له العقد الدولي، لذا فالتعاون بحسن نية يفرض على الطرف المدين بذل قصارى جهده للقيام بالإجراءات المتاحة له لكي يقلل من نطاق الضرر الواقع عليه عن طريق الالتزام بتخفيض الضرر (المطلب الأول).

ويقتضي هذا تحديد الأساس القانوني له والإجراءات المتخذة لتخفيفه ومخالفة تخفيف الضرر بإثبات خطأ الدائن والتعويض المترتب كجزاء عن عدم القيام بإجراءات تخفيف الضرر (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الالتزام بتخفيف الضرر للمحافظة على العقد الدولي.

يعتبر التزام الدائن بتخفيف الضرر الناتج عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه هو من أكثر الالتزامات رسوخاً في عقود التجارة الدولية، إضافة إلى أن الأطراف عند إبرامهم للعقد الدولي يهتمون بالنص عليه، لذا فإن الأساس القانوني له يختلف مصدره (الفرع الأول) إضافة إلى تنوع الإجراءات التي يمكن أن تتخذ بحسب طبيعة العقد (الفرع الثاني)

ثم تقدير إجراءات تخفيف الضرر لما تثيره من صعوبة في بعض العقود (الفرع الثالث).

¹ مسؤولية المحكم في إطار السلطات الممنوحة له، الموقع السابق، ص ص 196 - 199.

الفرع الأول: الأساس القانوني للالتزام بتخفيف الضرر.

الالتزام بتخفيف الضرر في العقد الدولي يجد أساسه القانوني في مصادر عدة مختلفة حيث تم النص عليه في القوانين الوطنية، وكذلك في نصوص اتفاقيات التجارة الدولية والشروط النموذجية المتعلقة بها إضافة إلى الشروط التعاقدية التي يدرجها الأطراف في عقودهم بالإضافة إلى قضاء التحكيم التجاري الدولي الذي يعد عاملاً فعالاً في تأكيد وجود هذا الالتزام وتطبيقه في عقود التجارة الدولية¹.

أولاً: النصوص القانونية وواقع عقود التجارة الدولية كأساس للالتزام بتخفيف الضرر.

نعني هنا دراسة الالتزام بتخفيف الضرر في بعض الأنظمة القانونية الوطنية واتفاقيات التجارة الدولية ثم في ظل واقع عقود التجارة الدولية.

أ - الالتزام بتخفيف الضرر في بعض الأنظمة القانونية المقارنة.

الالتزام بتخفيف الضرر يبدو كالالتزام عام يفرضه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد وإن كان يعتبر تطبيقاً خاصاً للنظرية العامة للالتزامات فمن بين القوانين الوطنية التي تنص على هذا الالتزام:

القانون الألماني للعقود الاقتصادية الدولية لقانون 5 فبراير 1976 تحت عنوان "الإهمال في اتخاذ الإجراءات التي تجنب أو تخفف الضرر" إذ تنص المادة 1/298 منه على أن "لا يستطيع المتعاقد أن يطلب تفويضاً عن فسخ العقد إذا أهمل في اتخاذ الإجراءات الضرورية بغرض تجنب أو تخفيف الضرر إذا كان في استطاعته أن يتخذها"².

كما ينص على هذا الالتزام كذلك القانون المدني المصري حيث ينص في المادة 1/221 منه على أنه "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 514.

² المرجع نفسه، ص 517.

يستفاد من هذا النص أن المشرع لا يعرض الدائن عن الأضرار التي أصابته من جراء عدم التنفيذ أو التأخير فيه إلا إذا كان نتيجة طبيعة لعدم التنفيذ أو للتأخر فيه¹. فيجد هذا الالتزام أساسه في نص المادة 182 من ق م ج والتي تقدر التعويض بمعيار ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب²، وعليه فالمدين يسأل عن مقدار الضرر الذي كان متوقعا عند التعاقد من حيث سببه ولا يسأل عن الضرر الذي لم يكن متوقعا في سببه ويسأل عن ضرر كان متوقعا في مده، كما تقضي المادة 182 ف 02 من ق م ج أن المدين الذي يرتكب غشا أو خطأ جسيما يسأل عن التعويض عن الضرر غير المتوقع فالمسؤول في المسؤولية التقصيرية ملزم بالتعويض عن ضرره أما بالنسبة لعبء الإثبات فيقع على الدائن لأن حسن النية يفترض حتى يثبت العكس³.

كما أن نص الماد 74 من اتفاقية فيينا لسنة 1980 يبين العناصر التي يتألف منها التعويض "... من مبلغ يعادل الخسارة التي لحقت بالطرف الآخر و الكسب الذي فاتته نتيجة للمخالفة، ولا يجوز أن يتجاوز التعويض قيمة الخسارة والريح الضائع التي توقعها الطرف المخالف أو التي كان ينبغي له أن يتوقعها وقت انعقاد العقد... كان من واجبه أن يعلم بها"⁴.

كما أورد المشرع الجزائري كذلك في نص المادة 182 إمكانية التعويض عن الضرر المباشر الوارد في المسؤولية العقدية والذي ذهب إليه كذلك المشرع المصري إذ أن الضرر يكون مباشرا إذا كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، أو التأخر في الوفاء به إذ أن معيار

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 411.

² علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، المسؤولية عن فعل الغير المسؤولية عن الأشياء، التعويض، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 166.

³ تنص المادة 182 من الأمر 58/75 السابق الذكر "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقرره، ويشمل التعويض ما لحقه من خسارة و ما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعت الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. غير أنه 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".

⁴ المادة 74 من اتفاقية فيينا، المرجع السابق.

الضرر المباشر هو أن لا يستطيع الدائن (المضرور) أن يتوقاه ببذل عناية الرجل العادي فإذا كان مثل هذا الرجل العادي يستطيع أن يتوقى الضرر ببذل جهد معقول كان الضرر غير مباشر¹.

أما بالنسبة للضرر غير المباشر حسب ما ذهب له الأستاذ "السنهوري" لا يعرض عنه إطلاقاً في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية إذ لا يعرض في المسئوليتين إلا عن الضرر المباشر².

حيث ذهب بعض الفقه أيضاً أن الدائن إذا لم يبذل جهد معقول في توخي الضرر يكون أيضاً قد أخطأ، ومن ثمة يوجد خطأ مشترك وعلى المضرور أن يتحمل تبعات خطئه ويحمل الأضرار التي تنجم عن هذا الخطأ³.

ب- الالتزام بتخفيف الضرر في اتفاقيات التجارة الدولية:

تحرص اتفاقيات التجارة الدولية على النص صراحة على هذا الالتزام رغم كونه تطبيقاً لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد ولا يحتاج إلى نص صريح لتقريره ومن بين الاتفاقيات التي تنص على هذا الالتزام اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع 1980، إذ جاء في نص المادة 77 "يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة لظروف التخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة بما فيها الكسب الذي فات، وإذا أهمل القيام بذلك، فالطرف المخل أن يطالب بتخفيف التعويض بقدر الخسارة التي كان من الممكن تجنبها"⁴.

وتحت عنوان تخفيف الضرر تنص المادة 7-4-8 من مبادئ اليونيدروا على أن "لا يلتزم المدين بتعويض الضرر في الحالة التي يستطيع فيها الدائن تخفيف هذا الضرر

¹ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 175 - 177.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 760.

³ حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 573.

⁴ المادة 77 من اتفاقية فيينا، المرجع السابق.

بالطرق المعقولة، يمكن للدائن أن يستعيد النفقات المعقولة التي أنفقها بغرض تخفيف الضرر¹.

ج- الالتزام بتخفيف الضرر في الشروط التعاقدية.

نتناول من خلالها:

1- تخفيف الضرر في واقع عقود التجارة الدولية:

إن هذا الالتزام لا يحظى بعناية كبيرة من الأطراف عند اتفاهم على مضمون شرط القوة القاهرة والآثار التي ترتبها، لأن هناك بعض المسائل التي قد تغيب عنهم ومن بين هذه المسائل الفرعية موضوع هذا الالتزام

فقد يرجع عدم اتفاهم عليه لتركهم إياه لحكم القواعد العامة التي تفرضه.

مع ذلك قد يحرص معدو هذا الشرط على النص عليه صراحة ومثال ذلك "أن يلتزم البائع بأن يخفف بقدر الإمكان آثار حدث القوة القاهرة على العقد". وكذلك "في جميع الحالات على الطرف المعني أن يتخذ الإجراءات التي تكفل العودة إلى التنفيذ العادي للعقد في أقل مدة"².

2- آراء الفقهاء من الأساس القانوني للالتزام بتخفيف الضرر.

يرى البعض أن هذا الالتزام يمثل قاعدة إنشاء قضاء التحكيم التجاري الدولي وتشكل أحد مبادئ قانون التجارة الدولية إذ يرى الأستاذ LOQUIN أن الالتزام بتخفيف الضرر هو "أحد العادات الأكثر رسوخا في التجارة الدولية. فالعادة تفرض على الدائن أن يثبت عند تقديمه طلب التعويض أنه قد اتخذ الإجراءات الممكنة لتخفيف الضرر الذي يتحملة" فغالبية الفقه تذهب إلى تأسيس هذا الالتزام على حسن النية في تنفيذ العقد وخاصة في عقود التجارة الدولية، إذ يقتضي هذا المبدأ من كل طرف أن يكون أمينا في تنفيذ التزاماته التي يفرضها عليه العقد اتجاه الآخر.

¹ المادة 7-4-8 من مبادئ عقود التجارة الدولية Unidroit.

² شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 520.

إن الالتزام بتخفيف الضرر مستخلص من مبدأ أعلى يحكم تنفيذ وإبرام العقود هو حسن النية¹.

ثانيا : في قرارات التحكيم.

إن الدراسة المتأنية للقرارات الصادرة من محكمي التجارة الدولية تشير إلى أن المحكمين يستندون في تقريرهم الالتزام بتخفيف الضرر إلى القرارات النابعة من محكمين آخرين كما أن المحكمين يعتبرونه أيضا من مبادئ قانون التجارة الدولية لذا نتعرض إلى²:

أ - تطبيقات قرارات التحكيم عند تأسيس الالتزام بتخفيف الضرر.

من دراسة قرارات التحكيم الصادرة في مجال الالتزام بتخفيف الضرر نجد أن القضاء يؤسسها على ما سبق إصداره من محكمين آخرين ومن بينها القرارات التي طبق فيها قضاء التحكيم هذه الفكرة، القرار الصادر في القضية رقم 3344 لسنة 1981 إذ فصلت محكمة التحكيم، وكان مقرها في جنيف في النزاع الذي ثار بين مشروعين عامين تابعين لدولتين عربيتين (الجزائر والمغرب) حيث فصلت هيئة التحكيم في هذه القضية بقولها "... ويجب أيضا حتى تقوم مسؤولية المشروع X أن يقدم المشروع Y الدليل على إصابته بضرر نتج من الخطأ الذي ارتكبه المشروع X وهذا لم يحدث كما أنه لم يثبت كما يتطلب قضاء التحكيم أنه قد اتخذ الإجراءات الممكنة لتخفيف الضرر".

على الرغم من أن القانون الذي يحكم العقد هو القانون الجزائري وهو ينص على التزام الدائن بتخفيف ما يلحق به من ضرر وهو ما جاء في نص المادة 182 من ق م ج حيث جاء في نصها "... ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول"³.

كما يؤكد جانب من الفقه على نظرة قضاء التحكيم إلى واجب تخفيف الضرر بقولهم "إن الالتزام بتخفيف الضرر هو أحد الالتزامات التي أسسها قضاء التحكيم".

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص ص 521-522.

² المرجع نفسه، ص ص 527 - 528.

³ المادة 182 من الأمر 58/75 السابق الذكر.

ب- الالتزام بتخفيف الضرر أحد مبادئ قانون التجارة الدولية.

تشير بعض قرارات التحكيم إلى مبادئ قانون التجارة الدولية Lexmercatoria في تأسيسها للالتزام بتخفيف الضرر، و تأتي إشارة المحكمين لهذه المبادئ صريحة أو ضمنية وذلك بأن يتصدى المحكم من تلقاء نفسه بفرض هذا الالتزام¹.

1- الإشارة الصريحة لمبادئ قانون التجارة الدولية عند تأسيس الالتزام بتخفيف الضرر.

إن إشارة المحكم الصريحة إلى أن الالتزام بتخفيف الضرر هو أحد المبادئ الأساسية لقانون التجارة الدولية Lexmercatoria ومن بين هذه التطبيقات القرار الصادر في قضية AMICO- ASIA ضد الحكومة الأندونيسية تحت رعاية المركز الدولي لتسوية النزاعات الخاصة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى "CIRDI" إذ عند تقديرها لمبلغ التعويض لصالح شركة AMICO- ASIA أكدت محكمة التحكيم أن هذه الشركة لم يكن لديها الإمكانية لتخفيف ضررها، فلا تمتلك وسيلة تمكنها من ذلك.

إذ أشارت الهيئة إلى أن الالتزام بتخفيف الضرر هو أحد مبادئ قانون التجارة الدولية².

2- الإشارة الضمنية لمبادئ قانون التجارة الدولية عند تأسيس الالتزام بتخفيف الضرر.

ويظهر استناد المحكم إلى مبادئ قانون التجارة الدولية بشكل ضمني من خلال تحديد القانون الذي يحكم العقد ومع ذلك لا يشير المحكم إلى نصوص هذا القانون مع أنه ينص على هذا الالتزام، لكن يتدخل من تلقاء نفسه لفرض هذا الالتزام بتخفيف الضرر بالنظر لكون المحكم يعتبره من بين مبادئ قانون التجارة الدولية.

فالمحكمون في عقود التجارة الدولية سواء كان يفصلون في عقود النزاع وفقا لقانون وطني محدد أم لا، سواء كانوا محكمين بالصلح أو لا يتخذون موقفا مشابها فيما يتعلق بالالتزام الدائن بتخفيف أضراره، فهم يشيرون في تأسيس هذا الالتزام إلى قرار تحكيمي معين أو عدة قرارات أو يشيرون لذلك صراحة أو ضمنا لكونه من مبادئ التجارة الدولية³.

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 531.

² المرجع نفسه، ص 532.

³ المرجع نفسه، ص ص 533-534.

الفرع الثاني: إجراءات تخفيف الضرر.

إن الالتزام بتخفيف الضرر التزام مؤكد في اتفاقيات التجارة الدولية، وتتواتر عليه قرارات التحكيم التجاري الدولي، فإن مضمون الإجراءات المتخذة من طرف الدائن تنفيذاً لهذا الالتزام غير محددة، وتقدير هذه الإجراءات أمر متروك للمحكمين الذين يقدرونها وفقاً لظروف كل حالة على حدى، حيث أن معظم الإجراءات التي واجهها المحكمون تنفيذاً لهذا الالتزام تتعلق بعقود البيع أو عقود التوريد مع اختلاف محل هذه العقود، سواء كانت منتجات بترولية أو غيرها، بالإضافة إلى عقود النقل وعقود التمويل¹.

أولاً: إجراءات تخفيف الضرر في عقود البيع الدولية.

عقد البيع الدولي هو عقد يبرمه طرفان من دولتين مختلفتين على بضاعة سوف يجري نقلها من البائع إلى المشتري، مقابل ثمن يتم تسديده بطريقة معينة، فالبائع هو الأداة القانونية الفعلية التي يتحقق بها هذا النشاط الاقتصادي².

حيث أشار قضاء التحكيم إلى الإجراءات المتعلقة بتخفيف الضرر في عقود البيع الدولية التي يمكن إجمالها في كل من (المحافظة على البضاعة، قبول تنفيذ العقد بسعر منخفض، البحث عن علاقات جديدة).

أ - المحافظة على البضاعة .

يعد التزام المشتري باستلام البضاعة من الالتزامات الأساسية التي تقع على عاتقه بعد التزامه بدفع الثمن، ويكمل هذا الالتزام عملية التسليم من جانب البائع، إذ لا جدوى من قيام البائع بوضع البضاعة تحت تصرف المشتري إذا لم يقابل ذلك قيام المشتري باستلامها وإدخالها في حيازته³.

فإذا لم يقم المشتري بتسلم البضاعة المباعة، فعلى الدائن أن يتخذ الإجراءات اللازمة للحفاظ على البضاعة التي لم تسلم.

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 538.

² ثروت حبيب، المرجع السابق، ص 15.

³ محسن شفيق، المرجع السابق، ص 201.

فإذا انفق البائع تكاليف معينة في سبيل الحفاظ عليها ردت المحكمة إليه هذه المصاريف. كما يتمثل هذا الإجراء في القرار الصادر في القضية رقم 1717 لسنة 1992 ففي هذه القضية أكد المحكم الفرد الذي نظر فيها أنه لا يتضح للمحكم، أن المدعى (البائع) قد خالف الالتزام بتخفيف الضرر¹ المنصوص عليه في المادة 77 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع حتى وأن هذه الإجراءات (إجراءات الحفاظ على البضاعة) تفرض نفسها في عقد بيع البضائع حتى ولم يكن هناك التزام تعاقدى يفرضها وفقاً للمادة 85 من اتفاقية فيينا².

كما أن مصاريف التخزين (التي سترد إلى البائع) يجب أن لا تزيد من الناحية الاقتصادية عن القيمة الكلية للبضاعة.

كما تنص المادة 88 من اتفاقية فيينا 1980 على أنه "يجوز للطرف الملزم بحفظ البضائع وفقاً لأحكام المادة 85 أو المادة 86 أن يبيعهما بجميع الطرق المناسبة إذا تأخر الطرف الآخر بصورة غير معقولة عن حيازة البضائع أو عن استردادها أو عن دفع الثمن أو مصاريف حفظها..."³.

ب- التفاوض مع المتعاقد الآخر.

من الإجراءات التي تحدث عنها قضاء التحكيم في بعض قراراته ضرورة حرص الدائن على التفاوض مع المدين بغرض التوصل لاتفاق ودي بينهم ويعتبر قضاء التحكيم غياب هذا الحرص خطأً يوجب مسؤولية هذا الدائن.

إن التطبيق العملي لهذا الإجراء نجده في القرار الصادر في القضية رقم 5910 لسنة 1988، حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن المشروع البلجيكي X اتفق مع المشروع

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 538.

² تنص المادة 85 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع على أنه: (إذا تأخر المشتري عن استلام البضائع، أو إذا لم يدفع الثمن عندما يكون دفع الثمن وتسليم البضائع شرطين متلازمين، وكانت البضائع لا تزال في حيازة البائع أو تحت تصرفه، كان عليه اتخاذ الإجراءات المعقولة المناسبة للظروف لضمان حفظ البضائع، وله حبس البضائع لحين قيام المشتري بتسديد المصاريف المعقولة التي أنفقت لهذا الغرض).

³ المادة 88 من اتفاقية فيينا، المرجع السابق.

البلجيكي Y على شراء كمية من الزنك تقدر بحوالي 500 طن سوف يعيد بيعها مرة أخرى لمشتري باكستاني على إثر تغير ظروف النقل بعد ذلك تغير خط سير السفينة التي تحمل الزنك بشكل لا يجعلها تمر بميناء "كرش Karache" المتفق على تسليم البضاعة فيه.

حيث لم يتمكن البائع Y من تسليم كمية الزنك المتفق عليها في ميناء كرش، وبالتالي لم يتمكن المشتري X أيضا من تسليم الكمية إلى المشتري الباكستاني الذي كان قد اشتراها قبل وصولها، وإثباتا لحسن نية تفاوض المشتري X مع المشتري الجديد وإقناعه بإعادة بيع الزنك لصالحه في ميناء "دينيتريك" الذي ستمر منه السفينة.

حيث أشادت هيئة التحكيم بموقف المشتري X حرص على التفاوض مع كل من البائع Y والمشتري الباكستاني للوصول معهم إلى حل ودي¹.

ج- قبول تنفيذ العقد ولو بسعر منخفض عن السعر العالمي.

في بعض الحالات يلزم المحكمون الدائن قبول اقتراح تعديل أحد عناصر العقد من جانب المدين تخفيفا للضرر الذي سببه هذا الأخير وحتى وإن كان من الممكن أن يتم هذا التعديل بشكل أفضل مما تم وأكثر عناصر العقد الذي يمكن أن يطرأ عليها التعديل هو الثمن.

ففي القضية رقم 2478 لسنة 1974 عرضت الشركة الرومانية (المدعى عليها) على الشركة الفرنسية (المدعية) أن تسلمها كمية الكاربون المتفق عليها ولكن بسعر أكبر من السعر المتفق عليه بينهما، وإذا كان أقل من السعر السائد في السوق العالمية للبترول حيث رفضت الشركة الفرنسية هذا العرض وقدمت طلب تحكيم ضد الشركة الرومانية لعدم تسليم كمية الكاربون المتفق عليه، حيث أكدت هيئة التحكيم أن هناك ضرر مؤكد قد لحق بالشركة الفرنسية من جراء عدم تسليمها كميات الكاربون، غير أنها انتقدت موقف هذه الشركة لعدم محاولتها تخفيف الأضرار برفضها العرض المقدم من الشركة الرومانية².

¹ قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، وارد في المجموعة الثانية، ص 371 وخاصة ص 374 نقلا عن شريف محمد غنام المرجع السابق، ص 539.

² شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 540.

د - البحث عن علاقات جديدة.

يعتبر هذا الإجراء من أكثر الإجراءات شيوعاً فيما يتعلق بعقود البيع الدولي وعقود التوريد كما يظهر من قرارات التحكيم، فالدائن ملزم وفقاً لهذا الإجراء أن يدخل في علاقات جديدة مع مشتريين أو بائعين جدد لإتمام صفقات معهم حتى يقلل من الخسارة التي أصابته. من بين القرارات التي تؤكد هذا الاتجاه لقضاء التحكيم، القرار الصادر في القضية رقم 2216 لسنة 1974 ففي هذه القضية انتقدت هيئة التحكيم موقف المشروع الوطني التابع لإحدى الدول المنتجة للبتروول لعدم بحثه عن مشتريين آخرين لكميات البتروول التي لم تتسلمها الشركة حسب ما يقضي الاتفاق المبرم بينهما، حيث أكدت هيئة التحكيم أنه كان يجب على هذا المشروع أن يبذل قصارى جهده لبيع هذا البتروول بعد أن فشلت المفاوضات بينه وبين الشركات النرويجية¹.

ثانياً: إجراءات تخفيف الضرر في العقود الأخرى.

تتنوع الإجراءات التي يفرضها قضاء التحكيم لتخفيف الضرر في هذه العقود بحسب طبيعة العقد. ومن بين هذه الإجراءات المتبعة لتخفيف الضرر في هذه العقود نذكر:

أ - تقديم إجراءات جديدة لتسهيل تنفيذ العقد الدولي .

وذلك في عقد موضوعه البحث والتقيب عن البتروول بين الشركة الوطنية الليبية للبتروول NOC و الشركة SUN-OUL حيث بحثت هيئة التحكيم موقف شركة NOC والإجراءات التي اتخذتها لتخفيف ما لحقها من ضرر وتقليل مسؤولية SUN-OUL عن عدم تنفيذ التزامها بالبحث والتقيب عن البتروول في المناطق المحددة في العقد، وتوصلت الهيئة إلى أن هذه الشركة لم تقدم أي اقتراح ولم تتفاوض مع شركة SUN-OUL على تقديم طرق جديدة لتنفيذ العقد من جانبها سواء فيما يتعلق بالمعدات اللازمة أو التحليلات المطلوبة للتربة.

¹ قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، المجموعة الأولى من القرارات، ص 224 خاصة ص 226، نقلاً عن شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 541.

حيث أدانت هيئة التحكيم هذا الموقف السلبي للشركة NOC مع احتفاظها بحقها في اللجوء إلى التحكيم للمطالبة بهذه الزيادة¹.

ب- محاولة تكملة الإنشاءات في عقود الإنشاء.

هذا ما ورد في قانون التحكيم الصادر في القضية رقم 4761 لسنة 1987، وتتمثل وقائع هذه القضية في أن الشركة الليبية (المدعى عليها) أبرمت عقدا من الباطن مع شركة أخرى ايطالية لإتمام الأعمال الإنشائية التي سبق وأن اتفقت عليها مع رب عمل ليبي حيث طالبت الشركة الايطالية بزيادة في السعر المتفق عليه لزيادة أسعار الإسمنت والرمل حيث حددت الشركة الليبية تاريخا للحصول على هذه الزيادة بعد موافقة رب العمل عليها لكنها لم تفي بالتزامها اتجاه الشركة الايطالية مما اضطرها لفسخ العقد وسحب عمالها من موقع العمل.

حيث أدانت هيئة التحكيم موقف الشركة الليبية وألزمته بالتعويض نتيجة لما أصاب الشركة الايطالية من ضرر كما أشارت الهيئة بعد ذلك إلى الموقف السلبي الذي اتخذته الشركة الايطالية وأنها لم تحاول تكملة الإنشاءات بالسعر المتفق عليه، مع المطالبة بزيادة في السعر لأن تكملة الإنشاءات ولو بسعر منخفض هو الإجراء الأنسب في نظر هيئة التحكيم لتخفيف الشركة الايطالية من أضرارها².

ج- البحث عن مصدر تمويل جديد في عقود التمويل المالي.

يعتبر القرار الصادر في القضية رقم 5514 لسنة 1990 هو المثال الحي على هذا الإجراء، ففي هذا القرار أكد المحكمون على الدور الإيجابي الذي قام به المشروع الفرنسي في تمويل نفسه ماليا بعد الحصول على مرفق التمويل المالي المخصص له حيث مكنه من تنفيذ التزاماته فالبحث عن تمويل آخر محل التمويل الذي توقف هو الإجراء الأكثر شيوعا

Rev.art 1999,p 265 sur tout p 280 .

¹ قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية الوارد في:

نقلا عن شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 542.

² قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، المجموعة الثانية من القرارات، ص 302 خاصة ص 307، نقلا عن شريف محمد

غنام، المرجع السابق، ص 542.

لتخفيف ضرر الدائن في مثل هذا النوع من العقود خاصة إذا اشتملت عقب التفتيز في نقص التمويل المالي لتفتيز الاتفاق¹.

د - البحت عن علاقات جديدة في عقود الوكالة التجارية.

بالعودة للقضية رقم 2103 لسنة 1972 الذي نظر في نزاع حق الشركة الفرنسية A في الحصول على تعويض عما أصابها من ضرر نتيجة فسخ الشركة الأمريكية B العقد المبرم بينهما بشكل متعسف غير أن المحكم أشار إلى موقف الشركة الفرنسية في عدم قيامها بالبحث عن متعاقد آخر لتفتيز ما سبق وإن التزمت بتفتيزه الشركة الأمريكية لكي تخفف ما أصابه من ضرر².

الفرع الثالث: تقدير المحكم لإجراءات تخفيف الضرر.

تخضع الإجراءات التي يقوم بها الدائن لتخفيف ما لحقه من أضرار لتقدير المحكمين ويجب أن يكون تقديرهم دقيقا في بعض الحالات لأن السلوك الذي يظهر على أنه كاف في بعض الحالات من جانب الأطراف لا يكون كذلك في نظر المحكم الذي يتمتع بسلطة كبيرة في تقديره، إذ يتأثر بظروف كل واقعة على حدى. كما أن المحكم قد تواجهه صعوبات في تقدير الإجراءات التي كان من الواجب أن يتخذها الدائن لتخفيف خسائره كما أنه يجب أن يأخذ في الاعتبار كذلك الظروف الشخصية لكل متعاقد.

JDI,1992,p 1022 ets .surtout p

¹ قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، وارد في

1929. نقلا عن شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 543.

² قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، المجموعة الأولى من القرارات ص 204 خاصة ص 205، نقلا عن شريف محمد

غنام، المرجع السابق، ص 543.

أولاً: صعوبة تقدير إجراءات تخفيف الضرر.

إن الصعوبة التي يواجهها المحكمون في تقدير سلوك الدائن تجاه ما لحقه من أضرار راجعة إلى طبيعة العقد ذاته، ففي عقد نقل التكنولوجيا¹ من المتصور أن تكون هناك صعوبات تواجه المشتري في تسليم هذه التكنولوجيا، أو في فرض ضرائب جمركية باهظة تجعل استيرادها غير مفيد في مقابل التكنولوجيا الوطنية. فهل يعقل أن يطلب من الدائن أن يحتفظ بها لحين زوال هذه العوائق التي لا يعلم جيداً متى تزول؟

هذا بالإضافة إلى أن هذه التكنولوجيا قد تسلم في فترات معينة تكون لها أهمية كبيرة فيها، بحيث يصبح تسليمها في غير هذه الأوقات غير مفيد للمشتري، ولا يمكن أن يطلب منه البحث عن مشتريين آخرين حتى يخفف الضرر الذي أصابه خاصة إذا كانت هذه التكنولوجيا مهمة لخدمة أغراض معينة ولمشتري معين بذاته ولا يمكن أن تباع لغيره لسريتها مثلاً.

لذا غالباً ما يسعى الأطراف كذلك إلى تضمين عقود نقل التكنولوجيا شرط مراجعة الأسعار لتتلاءم مع نتائج التطور التكنولوجي المحتمل والذي يعد من قبيل الإجراءات التي يتخذها الأطراف لتخفيف الأضرار المتوقعة الحدوث، إذ يؤخذ في الحسبان احتمالات التغيير في التقنية أثناء الإنشاء، وما قد يتراءى للمنشئ كعمل ضروري لضمان مزيد من الأمان والتخفيف من الضرر أثناء العمل بالمشروع و بعد انجازه².

¹ إذ تعتبر عقود نقل التكنولوجيا بخصوصية مهمة مؤداها أنها تستلزم تعاوناً وثيقاً بين الأطراف و استمرار العلاقة التعاقدية أمر في غاية الأهمية يعكف عليه الاطراف خاصة لما تقتضيها سرعة تنفيذ هذه العقود بالنظر إلى نوع الالتزامات الخاصة التي تفرض المشروع مورد التكنولوجيا من ذلك الزامه بالتسويق Commercialisation، هذا الشرح مشار إليه لدى صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، المرجع السابق، ص ص 74-75.

² صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص ص 71-72.

كما أن المشرع الجزائري كذلك في نص المادة 361 من ق م ج¹، يلزم البائع بأن يقوم بكل ما هو لازم من أجل تسليم ونقل الحق المبيع إلى المشتري، وأن يتمتع عن كل عمل من شأنه جعل نقل هذا الحق عسيرا أو مستحيلا.

لذا فإن التسليم في هذا الحكم يعتبر التزام بشيء عن العقد وهو من بين التزامات البائع.
ثانيا: تأثير الظروف الشخصية للدائن.

إن الظروف الشخصية للدائن تعد أهم العناصر التي يعتمد عليها قضاء التحكيم في تقديرها. فالمكانة العالمية التي يمثلها المشروع للدائن وقدرته المالية تسمحان له باتخاذ كثير من الإجراءات التي لا يمكن لمشروع آخر أن يتخذها في ظروف مختلفة.
ترتبا لذلك يربط قضاء التحكيم الظروف الواقعة بهذه الاعتبارات الشخصية للدائن حتى يصل في النهاية إلى تحديد الإجراءات التي كانت متاحة أمام هذا الدائن لتخفيف ما أصابه من أضرار ومن تطبيقات ذلك.

- قرار التحكيم الصادر في القضية رقم 2139 والقرار الصادر في القضية رقم 2142 في هاتين القضيتين لم يوافق المحكمون على تعويض البائع عن كل الأضرار التي لحقت به، ورأوا أن يتحملوا جزءا منها على أساس أنه كان عليه أن يعمل على تخفيف الأضرار التي نزلت به، حيث أشار المحكمون إلى المكانة الدولية التي يحظى بها هذا المشروع الوطني باعتباره أحد مؤسسات الدولة التي تتمتع بنفوذ يسمح لهم بالاتصال بالمشروعات الأخرى وأن يجد مشتريين آخرين لكميات البترول التي لم تتسلمها المشروعات المشتريية².

¹ تنص المادة 361 من الأمر 58/75 السابق الذكر على أنه (يلتزم البائع بأن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري و أن يتمتع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا).

² شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص ص 546 - 547.

ثالثاً: التناقض في تقدير هيئة التحكيم الدولي لإجراءات تخفيف الضرر.

تعكس دراسة قرارات التحكيم الصادرة في مجال تخفيف الضرر بعض التناقضات في تقدير هيئات التحكيم للإجراءات التي يقوم بها الدائن، ومن أمثلة هذا التناقض ما حدث في القضية رقم 7179 لسنة 1992 وتتمثل وقائع هذه القضية في أن المشتري البلغاري لم ينفذ التزامه بتسليم البضاعة، كما أنه لم يفتح الاعتماد المستندي المتفق عليه لصالح البائع الأسترالي. إذ احتج لتخلصه من المسؤولية بوجود قرار صادر من الحكومة البلغارية بتأجيل سداد الديون الخارجية المستحقة على المشروعات التابعة لهذه الدولة بسبب اشتداد الأزمة الاقتصادية في بلغاريا، سواء لم يفعل البائع اتجاه رفض المشتري البلغاري تسلم البضاعة سوى أن قام بالحفاظ على البضاعة المبيعة.

ومع ذلك قدر المحكم الفرد الذي نظر في النزاع أن البائع قد قام بكل ما في وسعه لتخفيف ما أصابه من ضرر، وبهذا لا يكون قد خالف الالتزام بتخفيف الضرر مما يرتب له مبلغ التعويض كاملاً.

هذا التقدير من جانب المحكم في هذه القضية يتعارض مع تقدير المحكمين لموقف البائعين في قضايا أخرى، فقد أشار المحكمون في هذه القضايا إلى واجب البائع في مثل هذه الظروف في البحث عن مشتريين آخرين لبيع هذه المنتوجات لهم، وليس فقط الحفاظ على البضاعة المبيعة.

وقد انتهى المحكمون في هذه القضايا إلى أن البائع الذي لم يحم هذا البحث يعد مخالفاً لالتزامه بتخفيف الضرر الذي حل به، وتجاوزه المحكمة على هذه المخالفة بتخفيض قدر التعويض المستحق له¹.

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص ص 547 - 548.

المطلب الثاني: أثر مخالفة تخفيف الضرر على العقد الدولي.

إن الالتزام بتخفيف الضرر يلعب دورا هاما في تقييم الضرر من قبل المحكمين ويعتبر تنفيذ الدائن أو عدم تنفيذه لهذا الالتزام أحد العناصر الهامة التي يأخذ بها المحكمين بعين الاعتبار في تحديد قيمة التعويض المستحق له.

لتقدير الجزاء المترتب على مخالفة تخفيف الضرر يجب إثبات خطأ الدائن (الفرع الأول) وتحديد التعويض كجزاء لعدم تخفيف الضرر (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إثبات خطأ الدائن.

الأصل أن إثبات خطأ الدائن يقع على عاتق المدين لأنه صاحب المصلحة في الإدعاء حيث يكون ذلك بإثباته أن الدائن لم يحم بواجبه بتخفيف الضرر.

فالإثبات ذلك توجد عدة أدلة منها الإثبات بالكتابة، وهذا ما نصت عليه المادة 323 من ق م ج حيث تنص على أنه "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"¹.

كما يمكن الإثبات بالشهود وهذا ما نصت عليه المادة 333 من ق م ج معدلة بالقانون 10/05 التي أجازت ذلك بالإضافة إلى القرائن، وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 337 على أنه "القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أي طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"².

كما يوجد إلى جانب ذلك الإقرار وهو ما جاء في المادة 341 ق م ج التي تنص على أنه "الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوة المتعلقة بها الواقعة"³.

إضافة إلى ما سبق ذكره هناك قرينة أخرى للإثبات تتمثل في اليمين وهذا ما نصت عليه المادة 343 ق م ج أنه: "يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى

¹ المادة 323 من الأمر 58/75 السابق الذكر.

² المادة 333 من الأمر نفسه.

³ المادة 341 من الأمر نفسه.

الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذا اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك.

ولمن وجهت إليه اليمين أن يردّها على خصمه غير انه لا يجوز ردها إذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها خصمان بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين¹.
إن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد هو على من يقع عبء الإثبات؟ وما هو التأخر المشروع في نظر محكمي التجارة الدولية؟

أولا: عبء إثبات عدم الالتزام بتخفيف الضرر.

من المبادئ الرئيسية في قانون الإثبات أن البينة على المدعى، أي أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعى، فما دام هو الذي يدعي تغيرا في الأوضاع القانونية القائمة، فهو الذي يقع عليه إثبات هذا التغيير.

ففي الفقه الإسلامي اتفق الفقهاء على أن البينة على من ادعى وقد استدلوا على ذلك بأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية.

ففي الكتاب قوله تعالى "تلك أمانتهم قل هاتوا برهانكم إن كنتم صادقين"².

أما في السنة فقد استدلوا بما أخرجه الترميذي عن عمر بن عمر بن شعيب عن أبيه عن جد أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: "البينة على من ادعى واليمين على المدعى عليه".
فالمدعي هو الذي عليه عبء إثبات الضرر الذي أصابه بل عليه أيضا إثبات أركان المسؤولية الأخرى وهي الخطأ وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

كما سبق القول على المدعي إثبات الضرر، فهو لا يستطيع السير في المسؤولية خطوة قبل إثبات ذلك والقانون قد يعفي المدعي من إثبات الضرر في أحوال استثنائية إذا أقام قرينة

¹ المادة 343 من الأمر 58/75 السابق الذكر.

² الآية 111 من سورة البقرة.

قانونية على وقوع الضرر، وهذه قد تكون بسيطة أي تقبل إثبات العكس أو قاطعة لا تقبل ذلك¹.

فمثال القرينة التي لا تقبل إثبات العكس ما نصت عليه المادة 184 ف 01 ق م ج على أنه: "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر"²، كذلك ما نصت عليه المادة 186 ق م ج على أنه: "إذا كان محل الالتزام بين الأفراد مبلغ من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوة وتأخر المدين في الوفاء به، فيجب عليه أن يعرض للدائن الضرر اللاحق عن هذا التأخير"³.

فالقانون يفترض أنه إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وتأخر المدين في الوفاء فإن الدائن يكون قد أصابه ضرر ولا يستطيع المدين إثبات عدم إصابة الدائن بضرر، ففي حالة التأخر في الوفاء يستحق الدائن التعويض دون حاجة إلى إثبات الضرر⁴.

إن قاعدة توزيع عبء الإثبات كقاعدة عامة يعد الأساس الذي يقوم عليه عبء الإثبات ذلك لأنها تبين الطرف الذي يتكبد مشقة القيام به، كما تبين الطرف الذي يتحمل عبء حلف اليمين عند عجز الطرف الأول عن القيام بما كلف به، وهذه القاعدة تتكون من شقين الأول هو البينة على من ادعى⁵ والثاني اليمين على المنكر⁶ ومن المقرر قانونا أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، ومن المقرر أيضا أن الالتزام المتنازع فيه يقع على عاتق المتذرع به، ومن ثمة فإن

¹ محمد سعدي الصبري، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام - الواقعة القانونية، (العمل غير المشروع - شبه العقود و القانون)، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص 140.

² المادة 184 ف 01 من الأمر 58/75 السابق الذكر.

³ المادة 186 من الأمر نفسه.

⁴ محمد سعدي الصبري، المرجع السابق، ص 141.

⁵ البينة على من ادعى معناه أن الذي يلقي عليه عبء الإثبات هو المدعى لأنه المكلف بإقامة البينة وذلك لأنها من المعلوم أن كل خبر يحتمل الصدق أو الكذب.

⁶ اليمين على المنكر معناه أنه إذا لم يتمكن المدعي من إقامة البينة على ما ادعاه وانقطعت به السبل عن الوصول إلى إقناع القاضي بصحة ما يدعيه.

القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا للقانون فعلى الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه¹.

كما يطبق قضاء التحكيم هذا الأصل في عدد من قراراته إلا أنه في قرارات أخرى يقلب عبء الإثبات فيضعه على عاتق الدائن ومن القرارات التي يضع فيها قرارات التحكيم عبء إثبات عدم قيام الدائن بتخفيف الأضرار التي يتحملها على عاتق المدين القرار الصادر في القضية رقم 7179 لسنة 1992، ففي هذه القضية قام البائع بإجراءات المحافظة على البضاعة التي لم يتسلمها المشتري بسبب القرارات الإدارية الصادرة من حكومة دولته ومع ذلك ادعى المشتري أمام هيئة التحكيم أن البائع لم يحم بالاجراءات الضرورية لتخفيف أضراره دون أن يقدم الدليل على ذلك، حيث رفضت هيئة التحكيم هذا الادعاء استناد إلى أن المشتري لم يقدم أي دليل يؤيد ادعاءه، بأن البائع قد خالف النزاهة بتخفيف ما أصابه من أضرار².

مع ذلك قد يضع قضاء التحكيم عبء الإثبات في بعض الحالات على عاتق الدائن نفسه لا على المدين. ففي بعض القرارات ألزم المحكمون الدائن عند تقديمه طلب التعويض أن يثبت أنه قد اتخذ كل الإجراءات المفيدة لتخفيف الضرر الواقع عليه وفي هذه الحالة يفترض المحكمون وجود قرينة على قيام الدائن بهذه الإجراءات، عكس الحالة السابقة فعبء الإثبات يقع عليه وتعتبر قرينة بسيطة على ذلك .

من أمثلة ذلك القرار الصادر في القضية رقم 2103 لسنة 1972 حيث أشار المحكم إلى واجب الشركة الفرنسية A في أن تقيم الدليل على أنها قد حاولت إبرام عقود جديدة مع متعاقدين آخرين لتقليل ما أصابها من خسائر³.

¹ أحمد لعور، نبيل صقر، القانون المدني نصا و تطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص 129.

² قرار غرفة التجارة الدولية وارد في JDI, 1993, p 1028 Ets .

نقلا عن شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 552.

³ قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، المجموعة الأولى من القرارات، ص 204، نقلا عن شريف محمد غنام، المرجع

السابق، ص 553.

ثانيا: التأخر المشروع في اتخاذ إجراءات تخفيف الضرر.

يقصد بالتأخر المشروع المدة التي يبقاها الدائن قبل شروعه في اتخاذ إجراءات التخفيف دون أن يعتبر مخالفا لهذا الالتزام، ولا يساءل الدائن عن سكوته في هذه الفترة إذ ينبغي على الدائن منح المدين أجل لكي يستطيع تنفيذ التزامه أو إعادة ترتيب أوضاعه فعليه لا يمكن أن ننسب للدائن أي إهمال لأن تأخيره في البحث عن مشتريين جدد أو بائعين أو تقديم اقتراحات جديدة أمر مشروع في قضاء التحكيم، ونجد لهذه الفكرة تطبيقا في أحد قرارات هيئة التحكيم، معتبرة انه لا لوم على المشروع الوطني في أن يتوقع من المتعاقد الآخر تنفيذ التزاماته.

أي أن المحكمين في عقود التجارة الدولية يسمحون بتأخر الدائن فترة من الزمن قبل البدء في إجراءات تخفيف خسائره، كما تبدأ مسؤولية الدائن اتجاه هذا الموقف السلبي بعد مرور الفترة المقدرة للدائن وتقدير هذا الوقت متروك للدائن¹.

الفرع الثاني: التعويض كجزاء لعدم تخفيف الضرر.

إن التعويض قد يكون مستحقا عن التأخر في التنفيذ أو عن التنفيذ وينبغي على المحكم أن يستحضرهما عند تقدير التعويض.

في كلا الحالتين يجب أن يكون التعويض حائزا للأضرار التي لحقت بالدائن، أي يشمل ما أصاب الدائن من ضرر بسبب عدم التنفيذ أو للتأخر فيه، وكذلك ما فات الدائن من كسب.

فالمدين الذي لا يقوم بتسليم البضاعة - التي تعهد بتسليمها - إلى الدائن، يدفع تعويض للأخير يشمل ما لحقه من خسارة وهو قيمة البضاعة، وما فاته من كسب وهو الربح الذي كان يأمل الحصول عليه أو أنه تسلم البضاعة وباعها.

أما إذا لم يصب الدائن من جراء عدم التنفيذ والتأخر فيه ضررا ولم يفته كسب فلا محل للتعويض ويقع على الدائن عبء إثبات ما أصابه².

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص ص 553 - 554.

² نبيل إبراهيم سعد، النظرية للالتزام، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، دار المعرفة الجامعية، مصر 1999، ص 77.

ففي الحالات التي يتوصل فيها المحكمون إلى وجود مخالفة للالتزام بتخفيف الضرر فإن الجزاء الذي يترتب هو تعويض المدين عن إهمال الدائن، إذ في الغالب يقوم المحكمون بمقاصة بين قيمة التعويض المستحق للدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه وبين قيمة التعويض المستحق لهذا المدين، إذ يقوم المحكمون بإنقاص قيمة التعويض المستحق للدائن من مدينه، إذ لا يعوض إلا عن الضرر الذي لم يتمكن من تخفيفه، مع أنه بذل المجهودات المطلوبة لذلك¹.

حيث أكد المشرع الجزائري في نص المادة 184 ف 02 ق م ج²، أنه يجوز للقاضي التخفيف من مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، فالعدالة تقتضي أن يعوض الطرف المضرور عن كل الأضرار التي ترتبت ولو من بعيد عن الفعل الضار وهو ما يقتضي تبيان إنقاص قيمة التعويض كجزاء لعدم القيام بالمجهودات الكافية لتخفيف الضرر، والمجهودات التي ترجع لسبب من المدين³.

كما نصت اتفاقية فيينا على التعويض ضمن الأحكام الختامية المتعلقة بها، وهذا ما جاء في المواد من (74، 75، 76).

أولاً: إنقاص قيمة التعويض المستحق للدائن.

يتفق الفقه كما تتواتر قرارات التحكيم على عدم استحقاق الدائن تعويضاً عن الأضرار التي حاول تخفيفها ولكنه لم ينجح في ذلك، فالمجهودات التي كان من المفروض على الدائن اتخاذها تأخذ في عين الاعتبار عند تقدير التعويض⁴.

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 555.

² تنص المادة 184 من الأمر 58/75 السابق الذكر على "لا يكون التعويض محددًا في اتفاق مستحق إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز للقاضي أن يخفف مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه إي ضرر...".

³ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 174.

⁴ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 555.

فالمحكم هو الذي يقوم بتقدير التعويض لكن قد يتفق الأطراف مقدما على مقدار التعويض المستحق للدائن في حال عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر في تنفيذه، ما يعرف بالشرط الجزائي الذي يوضع عادة ضمن شروط العقد، لكن قد يتم إدراجه في اتفاق لاحق¹. كما يكون الشرط الجزائي مبلغا من النقود إلا أنه ليس هناك ما يمنع أن يكون شيئا أو عملا أو امتناعا أو تقصي ميعاد في استعمال الحق أو تشديد في شروط استعماله، والغرض الذي يسعى له الأطراف من خلاله هو التعديل من أحكام المسؤولية بالإعفاء منها أو التخفيف إذا كان المبلغ المتفق عليه يقل كثيرا عن الضرر الذي يتوقع حصوله أو التشديد فيه إذا كان المبلغ مبالغاً فيه وهناك حالات يجوز للمحكم فيها تخفيف الشرط الجزائي كما يجوز له زيادة الشرط الجزائي.

أ- حالات تخفيض الشرط الجزائي.

1- تقدير الشرط الجزائي مبالغ فيه إلى درجة كبيرة: أن الشرط الجزائي في حالة عدم التنفيذ يحتفظ بقوته الملزمة لذلك لا يكفي أن يثبت المدين أن الشرط الجزائي يجاوز مقدار الضرر الذي لحق بالدائن من ضرر حتى يستطيع المحكم تخفيض هذا الشرط وإلا نكون قد نزعنا كل فائدة للشرط الجزائي، ويقع على المدين عبء إثبات أن تقدير التعويض كان مبالغ فيه².

2- تنفيذ جزء من الالتزام: لا يكفي أن يكون هناك تنفيذ جزئي من جانب المدين حتى يتم تخفيض الشرط الجزائي وإنما يشترط أن يكون هناك إشباع جزئي للدائن، فإذا كان الجزاء المنفذ تافها أو لم يكن في التنفيذ الجزئي فائدة للدائن فلا يحكم المحكم بتخفيضه بالنسبة لما نفده المدين من التزامه³.

ب- حالة زيادة الشرط الجزائي: إذا زاد الضرر عن التعويض المتفق عليه وأثبت الدائن أن المدين ارتكب غشا أو خطأ جسيما فإنه في هذه الحالة للمحكم أن يزيد مقدار التعويض

¹ إبراهيم سيد أحمد، التعويض الإتفاقي فقها و قضاء، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 71.

² المرجع نفسه، ص ص 64 - 67.

³ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 67.

حتى يصبح معادلا للضرر الواقع، لكن إذا وقع غش أو خطأ جسيم ولم يكن صادرا من المدين شخصا بل من أحد الأشخاص الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه، فلا يجوز للمحكم زيادة التعويض حتى لو جاوز الضرر المبلغ المتفق عليه¹.

كما أنه في حالة ما إذا كان حق الدائن في التعويض يسقط فلا يكون مستحقا أصلا إذا انفرد بالخطأ أو استغرق خطأه خطأ المدين، كان هو السبب المنتج للضرر فليس من حق الدائن أن يفترض تعويضا كاملا².

إن هذا الجزاء يتفق عليه في العقد كالشرط الذي ينص على أنه "في حالة القوة القاهرة يلتزم الطرفان بأن يقوم بكل الإجراءات الضرورية لتنفيذ العقد وتخفيف الخسارة التي قد تنتج وللطرف الذي يخفف في ذلك يمكن له المطالبة بالتعويض والفوائد"³.

من بين قرارات التحكيم التي يعوض فيها المحكمون الدائن مع مراعاة ما بدله من جهد لتخفيف الضرر والخسائر القرار الصادر في القضية رقم 2103 لسنة 1962، إذ أنقص المحكم قيمة التعويض المستحق للشركة الفرنسية نتيجة عدم قيامها بالبحث عن مشتريين آخرين لتخفيف الضرر الواقع عليها⁴.

بالعودة إلى اتفاقية فيينا 1980 نجد أنها أجازت للطرف المتأخر عن تنفيذ التزامه أو لم يدفع قيمة ما التزم به خاصة إذا تعلق الأمر بعنصر الثمن، أن يتقاضى فوائد على ذلك ويتم تقدير هذه الفوائد دون الإخلال بالتعويضات المستحقة⁵.

ثانيا: عدم القيام بإجراءات تخفيف الضرر بسبب يرجع إلى المدين.

ففي هذه الحالة يتم التساؤل عن الجزاء المترتب إذا لم يتمكن الدائن من تخفيف الأضرار بسبب المدين أو إذا منعه من القيام بالإجراءات اللازمة لتخفيف الضرر، وإذا ما كان

¹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ص 67 - 68.

² إبراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص ص 71 - 72.

³ Fontane (M) op.cit, p 288.

⁴ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 556.

⁵ تنص المادة 78 من اتفاقية فيينا 1980 على "إذا لم يدفع أحد الطرفين الثمن أو أي مبلغ آخر متأخر عليه، يحق للطرف الآخر تقاضي فوائد عليه، و ذلك مع عدم الإخلال بطلب التعويضات المستحقة بموجب المادة (74)".

الضرر مفترض عندما يتحقق تقصير المدين، فلا يكف الدائن بإثبات الضرر بل يكفي إثبات هذا التقصير كما لا يكون هناك محل الحكم بما تضمنه الشرط الجزائي من تعويض طالما قد أثبت أن كل من المتعاقدين قد قصر في تنفيذ التزامه¹.

حيث نجد في قرار التحكيم الصادر في هولندا 1981 إذ تعلق النزاع بفسخ خاطئ لعقد وكالة إذ أكد المحكمون أن فسخ العقد بهذا الشكل يعطي الحق للوكيل بالتعويض عن الأضرار التي أصابته نتيجة لهذا الفسخ، ومن خلال هذه القضية فالوكيل يستحق تعويضا إضافيا عن السلوك الخاطئ من جانب الموكل، إضافة إلى حقه في التعويض عن عدم تنفيذ العقد الأصلي وفائدة تقدر بحسب ما لحقه من ضرر.

ثالثا: رد النفقات التي يتكبدها الدائن في سبيل تخفيف الضرر.

عند تقدير المحكمين بأن الدائن قد قام بالإجراءات الضرورية لتخفيف الأضرار التي لحقت به، فإنهم يقضون برد المبلغ والنفقات التي أنفقها في سبيل تخفيف ما أصابه من ضرر وحصول الدائن على حقه في التعويض غير منقوصا، إذ يلزم المحكمون المدين برد ما أنفقه الدائن في سبيل تخفيف الضرر، ففي حالة ما إذا تكبد الدائن مصروفات بهدف المحافظة على البضاعة التي لم تسلم، فإن قيمة المبالغ التي ترد له يجب أن لا تتعدى قيمة البضائع المعادة إلى المدين أو التي تم بيعها إلى شخص آخر، فليس من المعقول إلزام المدين برد مبالغ تفوق قيمة البضاعة أو المصروفات التي أنفقها عليها².

كما ذهب المشرع الجزائري في نص المادة 186 ق م على أنه "إذا كان محل الالتزام بين الأفراد مبلغا من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوة وتأخر المدين في الوفاء به فيجب عليه أن يعرض للدائن الضرر اللاحق من هذا التأخير"³.

حيث أكد المشرع الجزائري على ضرورة استحقاق الدائن التعويض الذي يكون جبرا للضرر الذي لحقه جراء التأخير في تنفيذ التزام المدين وما تكبدها من نفقات.

¹ إبراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص 79.

² شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص ص 557 - 558.

³ المادة 186 من الأمر 58/75 السابق الذكر.

الختامة

من خلال ما تم دراسته بخصوص دور المحكم في إنفاذ العقد التجاري الدولي من الفسخ، وطبقا لما يقتضيه مبدأ القوة الملزمة للعقد التي تحتم على أطرافه تنفيذ كل ما اشتمله كونه شريعتهم التي لا يستطيع أحدهما حسب الأصل أن يغير فيها لا بالنقض ولا بالتعديل إذ أنه بنشوء العقد على النحو الصحيح قانونا فإنه يقع على عاتق أطرافه مجموعة من الالتزامات لا يمكن التحلل منها، غير أن تنفيذ عقود التجارة الدولية التي تمتاز بطول مدتها الراجع إلى اتفاق الأطراف ورغبتهم في تحقيق قدر من الاستقرار في معاملاتهم أو في طبيعة العقد ذاته، وضخامة الأموال المستثمرة في المشاريع المطلوب القيام بها، إذ قد تكون هذه الأخيرة عرضة لتغير الظروف المستقلة عن إرادة المتعاقدين وغير المتوقعة بحيث تعيق تنفيذ العقد وتعمل على قلب اقتصاديات العقد التجاري الدولي مما يؤدي إلى اضطراب مراكز الأطراف ويجعل تنفيذ التزامهم أمر مستحيل، فبالرغم من التغير الجذري الذي يطرأ على التوازن الاقتصادي للعقد فإن المدين لا يجب أن يتوقف عن تنفيذ التزاماته هذا طبقا لما نصت عليه شروط العقد، إذ يمكن تنفيذ هذا العقد بعد زوال ظرف طارئ أو بمجرد تعديل بعض بنوده تطبيقا لمبدأ العدالة التي تقتضي بإعادة النظر في التزامات المدين لغرض تحقيق الموازنة بين مصلحة الطرفين مما يقتضي تنفيذ العقد التجاري الدولي بحسن نية سواء بالنسبة للمدين أو الدائن.

فعليه فإن جملة هذه التغيرات التي تنعكس على الالتزامات التعاقدية والتي تؤدي بالإخلال بالعقد الدولي تدفع الأطراف للجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، إذ يتدخل المحكم للحفاظ على العقد التجاري الدولي والاستمرار في تنفيذه وهذا عن طريق دعوة الأطراف المتعاقدة إلى إعادة مراجعة بنود العقد من جديد رغبة للحفاظ عليه والاستمرار في تنفيذه وهذا عن طريق إعادة التفاوض مرة أخرى، أو من خلال السلطات المخولة له سواء كانت بإعادة تكييف وتعديل بنود العقد إذا صاحبتة تغيرات في الظروف المحيطة به، ذلك من خلال رد التزامات هذه الرابطة إلى الحدود لمعقولة بإنقاص الالتزام المرهق أو زيادته بهدف تخفيف الضرر الذي يكون مصاحبا لتنفيذ العقد التجاري الدولي.

وهذا بالنظر إلى أن الواقع العملي للعلاقات العقدية التجارية الدولية بين الأطراف قد يخلل توازنه الاقتصادي والقانوني كما سبق بيانه، هذا ما يدفع إلى الحذر في كيفية صياغة بنود العقد الدولي بالنظر لما يتمتع به المحكم من صلاحيات في الحفاظ على بقاء العقد الدولي طبقا لما تقرره قواعد العدالة العامة.

لذا فإن السلطات المخولة للمحكم في هذا المجال تكون بهدف حماية العقد الدولي من الفسخ لأن الهدف من إبرام العقد التجاري الدولي هو البقاء على تنفيذه طبقا لما تقرره شروط العقد التجاري الدولي.

أما في الحالة التي يرفض فيها الأطراف المتعاقدة دعوة المحكم إلى إعادة النظر في العقد مرة أخرى، لأن المحكم يهدف في هذه الحالة للاقتصاد من الفسخ، فسلطة المحكم هنا تقتصر على تقرير ما تم توقيعه من قبل المتعاقدين حول العقد الدولي بتقرير فسخه في الفروض التي لم يمنح فيها أطراف العقد الدولي أي صلاحية للمحكم لبقاء العقد.

ففي الأخير لا يكون هنا للمحكم سوى أن يقوم بتقرير الفسخ النهائي للعقد التجاري الدولي تجسيدا منه لرغبة و إرادة الأطراف المتعاقدة.

إذا من الالتزامات التي يجب الاهتمام بها في مجال عقود التجارة الدولية، لمواجهة الظروف الطارئة ما يلي:

- تخاطب هذه الالتزامات في المقام الأول محرري عقود التجارة الدولية و خاصة الأطراف المتعاقدة الذي يسند لهم مهمة صياغة الشروط التعاقدية، أن يحدد بدقة الأحداث التي يرغبون في أن يواجهها هذا الشرط، سواء كانت هذه الأحداث سياسية أو اقتصادية أو طبيعية.

- ينبغي أن يحدد الأطراف بدقة المقصود بكل شرط من الشروط الواجب توافرها في الحدث فعدم توقع الحدث له أكثر من معيار يمكن أن يقاس به، وأمر تحديد هذا المعيار يتوقف على ما يصوغه الأطراف في العقد، ونفس الأمر يقال بالنسبة لكل من شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين وعدم إمكانية الدفع.

- أخيرا يجب أن يتفق الأطراف على إعادة التفاوض بشأن العقد خلال مدة معينة من وقف تنفيذه، ويجب أن ينظموا بدقة فترة إعادة التفاوض، والتزامات كل طرف وخاصة الالتزام بحسن نية.

- يجب أن ينظم الأطراف كذلك نتيجة إعادة التفاوض في شأن العقد سواء في حالة نجاحها أو حالة فشلها، ومصير العقد في تلك الفترة، خاصة إذا اتفق الأطراف على وقف تنفيذ العقد عند وقوع الأحداث المشار إليها، إذ يجب أن يتم تحديد المدة التي سيوقف فيها تنفيذ العقد والتزامات كل طرف اتجاه الآخر، خاصة في السعي لاستئناف سريانه بعد انتهاء هذه المدة.

- يتعين كذلك بأن يتفق الأطراف على التزام الدائن ببذل كل ما في وسعه لتخفيف الأضرار التي أصابته. والتي تظهر مسؤولية المدين نتيجة عدم القيام بالتزاماته أثناء فترة الوقف أو خلال مرحلة إعادة التفاوض في العقد، لكون تخفيف الضرر من المبادئ العامة التي تم إرساؤها على مستوى قضاء التحكيم التجاري الدولي والتشريعات الوطنية. كما أن إجراءاته تختلف بحسب طبيعة كل عقد.

لذا فإن التنظيم الدقيق من قبل الأطراف المتعاقدة لشروط العقد خاصة عند إبرامه يجنبهم الكثير من المشكلات التي تظهر أثناء تنفيذه تكون نتيجة يترتب عليها الفسخ.

قائمة المراجع

I - باللغة العربية.

أولاً: الكتب

1. إبراهيم أحمد إبراهيم الديابات، حسن النية في تنفيذ العقود في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، الأردن 2005.
2. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية مصر، 2000.
3. إبراهيم سيد أحمد، التعويض الإتفاقي فقها وقضاء، دار الكتب القانونية مصر، 2005.
4. أحمد أبو الوفا، التحكيم التجاري في القوانين العربية، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، مصر، دون سنة نشر.
5. أحمد لعور، نبيل صقر، القانون المدني نصا وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر 2007.
6. أسامة الحموي، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون، الطبعة الأولى، مطبعة الزرعي، سوريا، 1997.
7. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية (دراسة مقارنة) الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، لبنان، 2009.
8. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 1995.
9. حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية نظرة إنتقادية، دار المستقبل العربي، مصر، 1988.
10. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية للنشر مصر، 2007.
11. حفيظة السيد الحداد، الوجيز في النظرية العامة للتحكيم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
12. حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية، المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي مصر، بدون سنة نشر.

13. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، الطبعة السابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
14. كمال إبراهيم، قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي مصر، 1991.
15. مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، لبنان، 2005.
16. محمد السيد عمران، الالتزام بالإخبار، دون طبعة، دار الطباعة الجامعية مصر 1994.
17. محمد حسين منصور، العقود الدولية: ماهية العقد الدولي وأنواعه تطبيقاته مفاوضات العقد وإيرامه، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009.
18. محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، منشورات بغدادي الجزائر 2008.
19. محمد سعدي الصبري، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام الواقعة القانونية، (العمل غير المشروع - شبه العقود والقانون)، الجزء الثاني الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004.
20. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.
21. محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الثانية، الجزء الأول الجامعة المفتوحة، ليبيا، 1993.
22. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولية)، دار النهضة العربية، مصر، 1988.
23. مصطفى محمود جمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، مصر 1998.
24. نبيل إبراهيم سعد، النظرية للالتزام، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، دار المعرفة الجامعية، مصر 1999.
25. سلامة أحمد عبد الكريم، قانون العقد الدولي مفاوضات العقد الدولي القانون الواجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، مصر، 2001.

26. سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، مصر 2004.
27. عبد الحليم عبد اللطيف الغوفي، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات القانونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 1997.
28. عبد الحميد الأحذب، التحكيم: أحكامه و مصادره، الجزء الأول، مؤسسة نوفل للطباعة والنشر، لبنان، 1990.
29. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام المجلد الأول، دار النهضة العربية، مصر، 1981.
30. علي بركات، خصوصية التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن الطبعة الأولى المجلد الأول، دار النهضة العربية، مصر، 1998.
31. عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول دار هومة، الجزائر، 2006.
32. علي طاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.
33. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري المسؤولية عن فعل الغير، المسؤولية عن الأشياء، التعويض، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
34. علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية الجزائر، 2008.
35. عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية النظرية المعاصرة، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2007.
36. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي)، الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.
37. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة في أحكام التحكيم التجاري الدولي)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

38. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، منشأة المعارف مصر، 2007.
39. صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، دار النهضة العربية للنشر، مصر 1995-1996.
40. شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة لنشر، مصر 2007.
41. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع لاهتمام بالبيع الدولية (اتفاقية فيينا للبيع 1980)، الطبعة الثانية، مكتب الجلاء الجديدة، مصر، 1995.
42. خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع، وفق اتفاقية فيينا لعام 1980، الطبعة الثانية، 2001.
- تانيا: الرسائل و المذكرات.
أ / رسائل الدكتوراه.
1. أمازون لطيفة، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو الجزائر، 2011.
2. بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، 2001.
3. معزوز دليلة، الضمان في عقود البيع الكلاسيكية والالكترونية (ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية)، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر 2014.
4. سيف الدين محمد محمود البلعاوي، جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1994.

5. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1988.
6. رشا أحمد حسين إبراهيم، التحكيم بالصلح، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2003.
7. خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة رسالة دكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر - بن يوسف بن خدة - الجزائر، 2008.
- ب /مذكرات الماجستير.
1. جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان الجزائر 2009-2010.
2. طاهر حدادن، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو الجزائر، 2012.
3. سعد بن محمد شايح القحطاني، التحكيم التجاري في النظام السعودي وأنظمة دول مجلس التعاون الخليجي "دراسة تأصيلية مقارنة"، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية السعودية 2012.
4. عيادي فريدة، سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة عن العقد التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001.
5. عيسى بادي سالم الطروانة، دور المحكم في خصومة التحكيم، رسالة ماجستير مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011 .
6. فراس كريم شيعان، حدود سلطة المحكم في التحكيم وفقاً للعدالة، كلية القانون جامعة بابل، العراق، دون سنة نشر.

7. غازي عايد الغيثان السلايطة، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد دراسة مقارنة، رسالة مقدمة إلى عمادة الدراسات العليا استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة مؤتة محمد علي الأردن، 2005. ثالثاً /المقالات.
1. أسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض، مجلة الحقوق، عدد 03 جامعة بابل، العراق، 2011، ص ص 115-155.
2. أسيل باقر جاسم، المفهوم القانوني للمخالفة الجوهرية في عقد البيع الدولي للبضائع مجلة الحقوق، المؤتمر الوطني العاشر، جامعة بابل، 2013، ص ص 142-163.
3. نبيل إسماعيل الشبلاق، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد (دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا)، جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد 02، سوريا، 2013، ص ص 299-336.
4. نغم حنا رؤوف، وقف التنفيذ في عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً للاتفاقيات الدولية - دراسة تحليلية في ضوء أحكام اتفاقية لاهاي 1964 واتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع 1980، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد 11 العراق، 2007، ص ص 446-476.
5. صفاء تقي عبد نور العيساوي، الإخلال المبتسر بالعقد وأثره (دراسة في عقود التجارة الدولية)، مجلة الحقوق، المجلد 14، عدد 6، جامعة بابل، العراق، 2007، ص ص 117-143.
6. سعد بن سعد الديابي، التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية (البوت) طبقاً للأنظمة السعودية، بحث مقدم للمؤتمر السنوي التاسع عشر لمركز التحكيم التجاري بدول مجلس التعاون الخليجي، بالتعاون مع غرفة تجارة وصناعة عمان حول "التحكيم في عقود النفط والإنشاءات الدولية"، جامعة تبوك، الملكة العربية السعودية، 2014، ص ص 1-198.

7. عبد الكريم محمد السروي، النظام القانوني لعقود الطاقة، المؤتمر السنوي الحادي والعشرون، الطاقة بين القانون والاقتصاد، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة 2013، ص ص 297-779.

8. مسؤولية المحكم في إطار السلطات الممنوحة له، مقالة المنشورة في الموقع www.iac.egypt.org، ص ص 1-250.

رابعاً/ النصوص القانونية.

أ- الاتفاقيات الدولية.

- اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 345/95 الصادر في 06 جمادة الثاني 1416، الموافق ل: 30 أكتوبر 1995، جريدة رسمية عدد 66، الصادرة في 1995.

ب- النصوص التشريعي.

- أمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، جريدة رسمية عدد 78، مؤرخة في 30 جويلية 1975 المعدل والمتمم، لاسيما بالقانون 02/05 مؤرخ في فبراير 2005، جريدة رسمية عدد 44، 2005.

_ المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 05/10/1993 المعدل والمتمم للأمر

154/66 المؤرخ في 08/06/1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، جريدة

رسمية رقم 27، الصادرة سنة 1993

- قانون رقم 09/08، مؤرخ في 25 فيفري 2008، متضمن قانون الإجراءات المدنية

والإدارية، المعدل والمتمم للمرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أبريل سنة 1993 جريدة رسمية عدد 21، صادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.

خامسا/الوثائق.

- اتفاقية لاهاي لعام 1955 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع.
 - اتفاقية لاهاي للبيع الدولي للبضائع 1964.
 - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع عام 1980.
 - اتفاقية روما عام 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية.
 - اتفاقية لاهاي لعام 1986 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع.
 - مبادئ معهد روما بشأن عقود التجارة الدولية Unidroit لسنة 1994
- II /باللغة الفرنسية.

A/ Ouvrages

1. **BLNANCO Dominique**, Négociier et rédiger un contrat international, Editions DUNOD, 2^{eme} édition, Paris, 1993.
2. **De lacollete Jean** ,les contrats de commerce internationaux ,éditions de Bouck ,2^{eme} edition , Bruxelles .1992.
3. **FONTAINE Marcel** ,Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses , edition Bruylant Bruxelles, 1989
4. **Gabril Mary** ,pierre raynaud ,droit civil ,les obligations , Dalloz, Paris ,1962.
5. **Osman Filali**, Les principes généraux de la lex mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, LGDJ, Paris, 1992
6. **MARTIN H. Godel**, «Les contrats du commerce international », cour du professeur JACQUET, Institut de Hautes Etudes Internationales, Genève le 25-06-2001, pp 1-26, In <http://www.stoessel.ch/hei>

B/ Thèses et Mémoires

1. **Rochfelaire Ibara** ,L'aménagement de la force majeure dans le contrat essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée, these de doctorat, université de Poitiers, 2012
2. **Cabas (f)**-les clauses de hardship –these 3 montpellier -1981.

3. **Quin Alain**, L'aménagement conventionnel de l'inexécution des obligations contractuelles, (La compensation d'une obligation par une autre en cas d'inexécution), thèse, Aix-Marseille III, 2000.

C/ Articles périodiques

- **BIRBES Xavier**, « L'objet de la négociation », RTDcom, n° 03, juill-sept, Paris, 1998, pp 471-478.

- **GIARDINA Andrea**, « Les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », JDI, juil-aout, n°03, Paris, 1995, pp 559-584

- **ROUSSOS Alexia**, « La résolution des différends », Revue lex Electronica, vol 06, n°01, Québec, printemps 2000, pp 03-21, In <http://www.lex-electonica.org>.

الفهرس

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة
مقدمة	01.....
الفصل الأول: دعوة المحكم أطراف العقد الدولي لإعادة التفاوض لتجنب الفسخ	08.....
المبحث الأول: مضمون إعادة التفاوض	09.....
المطلب الأول: مفهوم إعادة التفاوض	09.....
الفرع الأول: تعريف إعادة التفاوض	09.....
أولاً: إعادة التفاوض شرط اتفاقي	10.....
ثانياً: يعتبر شرط خاص	11.....
الفرع الثاني: نطاق أعمال إعادة التفاوض	14.....
أولاً: استقلال الحديث عن إرادة المدين	14.....
ثانياً: عدم إمكانية التوقع	18.....
ثالثاً: عدم إمكانية دفع الحدث وتجنب نتائجه	23.....
المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن تفعيل إعادة التفاوض من المحكم	24.....
الفرع الأول: تدخل المحكم لوقف تنفيذ العقد الدولي	25.....
أولاً: الأساس القانوني للوقف	26.....
ثانياً: شروط وقف التنفيذ	29.....
ثالثاً: آثار وقف تنفيذ العقد	30.....
أ - وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية في العقد	30.....
ب - الالتزامات التي يفرضها الوقف على المتعاقدين	32.....
1 - الالتزام بالمحافظة على العقد	33.....
2 - الالتزام بالسعي لاستئناف سريان العقد	34.....
رابعاً: انقضاء الوقف	35.....

- أ- انقضاء الوقف بانتهاء مدته 35
- ب- انقضاء الوقف قبل انتهاء المدة 36
- الفرع الثاني: الالتزام بإعادة التفاوض 37
- أولاً: مضمون الالتزام بإعادة التفاوض 37
- ثانياً: جزاء مخالفة الالتزام بإعادة التفاوض 39
- الفرع الثالث: القواعد التي تحكم سير إعادة التفاوض 42
- أولاً: القواعد الشكلية 43
- أ- قبول إعادة التفاوض 43
- 1- مدة القبول 44
- 2- شكل القبول 45
- ب- المعايير التي تتم على أساسها إعادة التفاوض 47
- 1- المعيار الموضوعي 47
- 2- المعيار الشخصي 48
- 3- المعيار المختلط 49
- ثانياً: مبدأ حسن النية في عقود التجارة الدولية 50
- أ- الالتزام بالتعاون 52
- ب- الالتزام بالإعلام 54
- ج- الالتزام بالسرية 55
- المبحث الثاني: نتيجة إعادة التفاوض 56
- المطلب الأول: حالة نجاح إعادة التفاوض 57
- الفرع الأول: الاتفاق على تعديل بنود العقد 57
- الفرع الثاني: الاتفاق على تجديد عناصر العقد 60
- المطلب الثاني: حالة فشل إعادة التفاوض 62
- الفرع الأول: مصير العقد في حالة اتفاق الأطراف 63

- 64..... أولاً: فسخ العقد
- 67..... أ- الفسخ لارتكاب مخالفة جوهرية
- 71..... ب- عناصر المخالفة الجوهرية
- 75..... ثانياً: اللجوء إلى الغير
- 78..... الفرع الثاني: مصير العقد في حالة عدم اتفاق الأطراف
- 78..... أولاً: استمرار سريان العقد الأصلي
- 79..... ثانياً: اللجوء إلى التحكيم
- 82..... **الفصل الثاني: اقتصاد المحكم في مواجهة الفسخ**
- 83..... المبحث الأول: سلطات المحكم المفوض بالصلح
- 84..... المطالب الأول: سلطة المحكم بالصلح في الحفاظ على العقد
- 84..... الفرع الأول: نطاق سلطات المحكم بالصلح في المجال الموضوعي
- 85..... أولاً: السلطة التقديرية للمحكم بالصلح في تحديد محل نزول الأطراف عن ادعاءاتهم
- 88..... ثانياً: التزام المحكم بالصلح بمبدأ المواجهة بين الخصوم
- 89..... أ- حق كل خصم أن يسمعه المحكم بالصلح
- 90..... ب- حق كل خصم أن يناقش إدعاءات خصمه
- 92..... ثالثاً: السلطة التقديرية للمحكم بالصلح في تطبيق القواعد القانونية الموضوعية
- 93..... رابعاً: سلطة المحكم بالصلح في تحديد مفهوم العدالة
- 95..... الفرع الثاني: السلطة التقديرية للمحكم بالصلح في المجال الإجرائي
- 95..... أولاً: سلطة المحكم بالصلح في تنظيم سير الخصومة
- 96..... أ- سلطة المحكم بالصلح في تحديد ميعاد التحكيم
- 99..... ب- سلطة المحكم بالصلح في إدارة و تنظيم الجلسات
- 102..... ج- سلطة المحكم في اتخاذ التدابير المؤقتة و الإجراءات التحفظية
- 106..... ثانياً: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع
- 107..... أ- دور إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

- 1- الإحالة إلى قواعد تنازع القوانين 109
- 2- المبادئ العامة للقانون و العادات و الأعراف التجارية الدولية 109
- 3- دور الهيئة التحكيمية كمفوض بالصلح 110
- ب- دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حالة غياب قانون الإرادة 112
- 1- قانون مكان إبرام العقد لحل نزاعات عقود التجار الدولية 114
- 2- تطبيق قانون الموطن المشترك 114
- 3- تطبيق عادات و أعراف التجارة الدولية 114
- المطلب الثاني: حدود سلطات المحكم في تكييف و تعديل بنود العقد 115
- الفرع الأول: سلطة المحكم في تكييف العقد و إعادة النظر فيه 116
- أولاً: دور المحكم الدولي في تكييف العقد الدولي 116
- ثانياً: إعادة نظر المحكم بالصلح في العقد 118
- أ- دور المحكم بالصلح في تكملة العقد الدولي 119
- ب- دور المحكم بالصلح في تعديل العقد الدولي 121
- 1- القوة القاهرة كأساس لتعديل العقد الدولي 122
- 2- موقف الفقه و قضاء التحكيم من تدخل المحكم بالصلح في تعديل العقد الدولي... 123
- الفرع الثاني: حدود سلطات المحكم بالصلح 126
- أولاً: حدود سلطات المحكم في التحكيم بالصلح في تعديل العقد 127
- ثانياً: حدود سلطة المحكم بالصلح اتجاه العقد 131
- أ - تطبيق المحكم بالصلح للقانون 131
- ب- استبعاد المحكم بالصلح تطبيق القانون 132
- 1- القواعد المحتمل استبعادها 133
- 2- القواعد غير المحتمل استبعادها 134
- 3- القيود التي ترد على سلطات المحكم بالصلح 134

- المبحث الثاني: لجوء المحكم إلى فرض تخفيف الضرر 135
- المطلب الأول: الالتزام بتخفيف الضرر للمحافظة على العقد الدولي 135
- الفرع الأول: الأساس القانوني للالتزام بتخفيف الضرر 136
- أولاً: النصوص القانونية و واقع عقود التجارة الدولية كأساس للالتزام بتخفيف الضرر 136
- أ- الالتزام بتخفيف الضرر في بعض الأنظمة القانونية المقارنة 136
- ب- الالتزام بتخفيف الضرر في الاتفاقيات الدولية 138
- ج- الالتزام بتخفيف الضرر في الشروط التعاقدية 139
- 1- تخفيف الضرر في واقع عقود التجارة الدولية 139
- 2- آراء الفقهاء من أساس القانوني للالتزام بتخفيف الضرر 139
- ثانياً: في قرارات التحكيم 140
- أ- تطبيق قرارات التحكيم عند تأسيس الالتزام بتخفيف الضرر 140
- ب- الالتزام بتخفيف الضرر أحد مبادئ قانون التجارة الدولية 141
- 1- الإشارة الصريحة لمبادئ قانون التجارة الدولية عند تأسيس الالتزام بتخفيف الضرر 141
- 2- الإشارة الضمنية لمبادئ قانون التجارة الدولية عند تأسيس الالتزام بتخفيف الضرر 141
- الفرع الثاني: إجراءات تخفيف الضرر 142
- أولاً: إجراءات تخفيف الضرر في عقود البيع الدولية 142
- أ- المحافظة على البضاعة 142
- ب- التفاوض مع المتعاقد الآخر 143
- ج- قبول تنفيذ العقد و لو بسعر منخفض عن السعر العالمي 144
- د- البحث عن علاقات جديدة 145
- ثانياً: إجراءات تخفيف الضرر في العقود الأخرى 145

أ - تقديم إجراءات جديدة لتسهيل تنفيذ العقد الدولي	145
ب- محاولة تكملة الإنشاءات في عقود الإنشاء	146
ج- البحث عن مصدر تمويل جديد في عقود التمويل المالي	146
د - البحث عن علاقات جديدة في عقود الوكالة الجديدة	147
الفرع الثالث: تقدير المحكم لإجراءات تخفيف الضرر	147
أولاً: صعوبة تقدير إجراءات تخفيف الضرر	148
ثانياً: تأثير الظروف الشخصية للدائن	149
ثالثاً: التناقض في تقدير هيئة التحكيم الدولي لإجراءات تخفيف الضرر	150
المطلب الثاني: أثر مخالفة تخفيف الضرر على العقد الدولي	151
الفرع الأول: إثبات خطأ الدائن	151
أولاً: عبء إثبات عدم الالتزام بتخفيف الضرر	152
ثانياً: التأخر المشروع في اتخاذ إجراءات تخفيف الضرر	155
الفرع الثاني: التعويض كجزاء لعدم تخفيف الضرر	155
أولاً: إنقاص قيمة التعويض المستحق للدائن	156
أ - حالات تخفيض الشرط الجزائي	157
1- تقدير الشرط الجزائي المبالغ فيه إلى درجة كبيرة	157
2- تنفيذ جزء من الالتزام	157
ب- حالة زيادة الشرط الجزائي	157
ثانياً: عدم القيام بإجراءات تخفيف الضرر بسبب يرجع إلى المدين	158
ثالثاً: رد النفقات التي يتكبدها الدائن في سبيل تخفيف الضرر	159
الخاتمة	161
قائمة المراجع	165
الفهرس	175

المأخض

تحتل عقود التجارة الدولية مركز الصدارة في العلاقات الدولية الحديثة، كونها المحور الرئيسي الذي تدور حوله العلاقات القانونية والاقتصادية بالرغم من الاختلاف في الأنظمة القانونية.

نظرا لطول مدة تنفيذ العقود الدولية وما يصاحبها من تغيرات تجعل تنفيذها مرهقا أو مستحيلا، ما يجعل من تدخل المحكم للحفاظ على استمرار تنفيذ العقد أمراً أساسيا من خلال السلطات المعهودة له في هذا المجال وفقا للاشتراطات العقدية، وذلك بتكييف وتعديل بنود العقد وفقا لما يتماشى مع مصلحة الأطراف المتعاقدة التي تقتضي تحديد التزامات الأطراف والإجراءات المتخذة من قبلهم تجنباً لفسخ العقد مع احترام القانون الذي يحكم العقد.

Résumé

les Contrats de commerce international occupe une place centrale dans les relations internationales modernes, étant l'axe principal autour duquel les liens juridiques et économiques en dépit des différences entre les systèmes juridiques.

Vu la durée d'exécution des contrats internationaux et les différentes circonstances qui entravent la bonne exécution des clauses contractuelles, l'intervention de l'arbitre pour garder le lien contractuel et la modification des clauses devient une nécessité.

Cette intervention pour la réadaptation causé par l'impact de nouvelles circonstances imprévues permettra de sauver le contrat de sa disparition prématurée ,en respectons les clauses contractuelles et la loi compétente ainsi les mesures prises par les parties contractantes pour éviter la résiliation du contrat.