فى

التزام إعادة التفاوض

فى

العقود المدنية

(دراسة تحليلية مقارنة)

الأستاذ الدكتور

رمزى رشاد عبد الرحمن الشيخ

أستاذ و رئيس قسم القانون المدنى

كلية الحقوق – جامعة طنطا

في

بسم الله الرحمن الرحيم

(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ الأَنْعَامِ إِلاَّ مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّـــيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌ إِنَّ اللّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ)

الآية رقم (1) من سورة المائدة

عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضــى الله عنه قَالَ: قَالَ رَسُــولُ اللَّهِ صــلى الله عليه وســلم « من أقال مســلما أقال الله عثرته يوم القيامة ». قال الحاكم أنه صـحيح علي شـرط مســلم ولم يخرجاه . رواه الحاكم في مســتدركه برقم **162/2291** .

ملخص

نشأ التزام إعادة التفاوض كشرط يدرجه المتعاقدان في عقود التجارة الدولية لمواجهة التغيرات التي قد تطرأ فتؤدي إلي اختلال التوازن العقدي أثناء التنفيذ ، و قد حرص خبراء الصياغة العقدية علي هذا الشرط لسد الخلل في التشريعات التي تتمسك بكل حزم بالقوة الملزمة للعقد و منها فرنسا ، بيد أن التعديلات التي طرأت علي القانون المدني الفرنسي في عام 2016 ، و التي وصفها البعض بالثورة التشريعية ، تبنت هذا الالتزام تشريعيا لكن لم تجعله من النظام العام مثل نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني المصري، و أعطت للقاضي خيارات الفسخ بناء علي إرادة الطرفين أو أحدهما إذا تعنت الطرف الآخر و هذا ما أوضحته بالتفصيل .

the obligation to renegotiation civil contracts

Summary

The obligation to renegotiate arose as a condition that the contracting parties include in international trade contracts to meet the changes that may occur and lead to an imbalance of contractual balance during implementation. The amendments to the French civil law in 2016, which some described as the legislative revolution, adopted this obligation in legislation but did not make it public order, such as the theory of emergency conditions in the Egyptian civil law, and gave the judge options for annulment based on the will of the two parties or one of them if obstinacy The other party and this is what I explained in detail

تمهيد وتقسيم:

1- بعد تردد طويل من المشرع الفرنسى فى معالجة الاختلال الاقتصادى – فى مرحلة تنفيذ العقد – تبنى فى التعديلات الأخيرة (تعديلات 2016)، التزام إعادة التفاوض، حيث نص فى المادة (1195) من التقنين المدنى الفرنسى الجديد، على أنه «إذا جعل تغير الظروف غير المتوقع – وقت إبرام العقد – التنفيذ مكلفاً بشكل باهظ بالنسبة لأحد الأطراف، الذى لم يقبل تحمل المخاطر، يجوز لهذا الطرف أن يطلب من المتعاقد الآخر إعادة التفاوض على العقد. ويستمر هذا الطرف بتنفيذ التزاماته أثناء إعادة التفاوض.

وفى حالة رفض أو فشل إعادة التفاوض، يجوز للأطراف الاتفاق على فسخ العقد فى التاريخ وبالشروط التى يحددانها، أو أن يطلبوا – باتفاق مشترك – من القاضى أن يحكم بتطويع العقد. وعند انعدام الاتفاق

المشترك خلال مهلة معقولة، يحق للقاضى – بناء على طلب طرف واحد – أن يعيد النظر فى العقد أو ينهيه فى التاريخ وبالشروط التى يحددها([1]).

2– لا ريب أن هذا النص التشـريعى يعتبر تطوراً كبيراً وثورة تشـريعية على الثوابت والمبادئ التى كان يعتنقها القضاء والمشرع الفرنسيان على حد سواء([2])، فها هى محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الشهير عام 1876 فى قضـــية (Canal de coraponne) تعطى الأولوية لمبدأ القوة الإلزامية للعقد (Pacta sunt servanda)، وترفض تعديل بنود العقد إذا تغيرت الظروف المحيطة([3]). من أجل ذلك – ولأهمية هذا النص التشـــريعى – ارتأينا أن نفرد له بحثا مســـتقلا تحت عنوان: التزام إعادة التفاوض في العقود المدنية ، و الذى يتيح الفرصـة للطرفيْن لإعادة التوازن العقدى الذى اختل بسبب تغير الظروف الاقتصـادية عن طريق السماح للطرفيْن بإعادة التفاوض توصـلاً إلى حل يحقق التوازن، فإذا استحال عليهما ذلك لجأ إلى القضـاء عن طريق الاتفاق المشـترك بينهما، فإذا لم يتحقق أمكن لأى طرف وحده اللجوء إلى القاضـى الذى من حقه إعادة النظر فى العقد أو إنهائه على ما سيتضـح من خلال دراستنا، لذلك كان حرياً – بنا – أن نقسم البحث إلى فصـليْن على النحو التالى:–

الفصل الأول: فكرة الالتزام بإعادة التفاوض.

الفصل الثانى: آثار الالتزام بإعادة التفاوض.

الفصل الأول

فكرة الالتزام بإعادة التفاوض

3– إن التزام إعادة التفاوض فى أصل نشأته كان يهدف إلى المحافظة على التوازن العقدى – فى مرحلة التنفيذ – عن طريق تضمين العقد شرطاً يتيح للمتعاقديْن – إذا استجدت ظروف خارجية من شأنها الإخلال

([1]) V. art. 1195 du code civil Fr. Que dispose qui, « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe».

([2]) انظر د/ محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسية الجديد باللغة العربية، المواد 1100 إلى 1231-7 من القانون المدنى الفرنسى، منشورات الحلبى الحقوقية، سنة 2018م، ص20، حيث يذكر سيادته أن «وصف بعض الفقه الفرنسى لهذا النص (1195) بالثورة، إنما يجعل منه ونتيجة لهذه الصفة المكملة، ثورة قابلة للاختطاف فى أية لحظة، وهو ما دفعنا للتساؤل عما إذا كان المشرع الفرنسى قد كرس نظرية الظروف الطارئة وهو كاره لها ...».

([3]) Civ. 6 mars 1876, les grands arrêts de la jurisprudence civile, capitant (H), terré (F) et lequette (Y), Dalloz 11éme éd, 2000, T2 no 163.
"La cour de cassation a jugé "dans aucun cas, il n'appartien aux tribunaux, quelque equitable que puisse paratître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et subsituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants",

بالتوازن العقد – أن يعيدا التفاوض على العقد حتى يصلا إلى حل يعيد التوازن الذى اختل بسبب هذه الظروف، وكان هذا الشرط هو طوق النجاة – لاسيما – فى التشريعات التى لم تكن تسمح للقاضى أن يتدخل لتعديل العقد مهما كانت الظروف مثل التشريع الفرنسى، بيد أن بعض الفقه قد ناقش مدى سلطة القاضى أو المحكم فى حالة غياب هذا الشرط بإلزام الأطراف بإعادة التفاوض، لذلك كان حرياً بنا أن نستهل هذا الفصل بمبحث أول نتناول فيه مفهوم الالتزام بإعادة التفاوض، ثم نتبعه بالمبحث الثانى تحت عنوان: الأساس القانونى لالتزام إعادة التفاوض وشروط ممارسته على النحو التالى:-

المبحث الأول

مفهوم الالتزام بإعادة التفاوض

4- لا ريب أن التطرق إلى التزام إعادة التفاوض يستلزم التعريف به وتحديد مقوماته **(المطلب الأول)**، فإذا ما انتهينا من ذلك عرجنا إلى تمييزه عن غيره **(المطلب الثانى)** على النحو التالى:-

المطلب الأول

تعريف التزام إعادة التفاوض

5- تعددت التسميات التى أطلقت على هذا الالتزام وتنوعت، فالبعض يطلق عليه شرط المشقة (Clause de Hardship) وهذا المصطلح يستخدم فى عقود التجارة الدولية([4])، ويطلق آخرون عليه شرط الطوارئ (Clause D'imprévision) أو شرط المراجعة (Clause De revision)، وينعته آخرون بشرط العدالة أو الإنصاف (Clause D'equite)، أو شرط التحفظ (Clause de Sauvegard)، ويفرق بعض الفقه الفرنسى([5]) بين شرط المشقة (la clause de hardship) وبين شرط إعادة التفاوض (la clause de renégociation)، على اعتبار أن نطاق الشرط الأول هو عقود التجارة الدولية، فى حين يشمل نطاق الأخير

([4]) "La clause de hardship oblige les parties à engager les négociations afin d'adapter le contrat si l'execution de ce dernier deviant trop onéreuse pour l'une d'elle en raison d'un changement de circonstances imprévisible et postérieur à la conclusion du contrat" Définition tirée de l'article 2117-2 de principes du droit européen. Cité par jean Marc Mousseron, Jacques Raynard, jean – Baptiste seube, Technique contractuelle, 5 édition, 2017, no 1655.

([5]) V.J. Cedras, l'obligation de négocier, R.T.D. Com, 1985, p. 285.

العقود الداخلية، بيد أن بعض الفقه العربى([6]) اعترض على هذه التفرقة على أساس اضمحلال الحواجز بين ما هو دولى وبين ما هو داخلى فى مجال العقود.

وإذا كان هذا القول صحيحاً، فإننا سنلتزم التسمية الأخيرة – رغم ذلك – حيث يتعلق بحثنا بالعقود الداخلية، وذلك لما لهذه التسمية من أهمية، حيث تشير إلى أهم إجراء يجب إتباعه عند تغير الظروف ألا وهو إعادة التفاوض([7]). فما المقصود بهذا الالتزام؟ هذا ما سنعرض له.

6- تعددت أقوال الفقهاء والباحثين فى تعريف التزام إعادة التفاوض وسنعرض لأهم هذه التعاريف ونناقشها ونرجح التعريف الجامع المانع الذى يدل على هذا الالتزام بعد التطور التشريعى الذى حدث له:-

7- يرى البعض([8]) «أن إعادة التفاوض شرط يدرجه الأطراف فى العقد ويتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم عندما تقع أحداث من طبيعة معينة، يحددها الأطراف فى العقد، سواء فى نفس الشرط الوارد بالعقد أو فى اتفاق منفصل، ويكون من طبيعتها الإخلال بتوازن العقد وإصابة أحد المتعاقدين بضرر فادح».

8- من خلال هذا التعريف يتضح – لنا – الملاحظات الآتية:-

1- يذكر هذا التعريف مصدر هذا الالتزام وهو الاتفاق، وإذا كان هذا الالتزام مصدره فى أصل نشأته اتفاق المتعاقدين، فإن التطور الذى لحق تطبيق هذا الالتزام أو هذا الشرط قد جعل المُحكِمين يطبقونه حتى

([6]) انظر د/ هنى عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض فى العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبى بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2015-2016، ص25.

([7]) انظر د/شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف فى عقود التجارة الدولية، أكاديمية شرطة دبى، ط 1431هـ - 2010م، ص12، هامش (1)، حيث يذكر سيادته أنه «يميل من جانبه إلى ترجمة الشرط «شرط إعادة التفاوض» لأن مضمون الشرط كما سوف نرى هو إلزام الأطراف وجه التقابل بإعادة التفاوض فى شأن العقد بهدف تعديله. فالنتيجة الرئيسية التى يرتبها الشرط متى توافرت شروط تطبيقه هى إعادة التفاوض بين الأطراف».

([8]) انظر د/شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض فى عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 240.
V. aussi, G. obetd. Le calcul du prix dans les contrats internationaux, th. Montepellier 1, 1990, p. 254.
وانظر أيضاً د/ محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، 2006، ص193.
حيث يذكر سيادته أن مؤدى هذا الشرط «التزام الأطراف بإعادة التفاوض Renégociation حول العقد لمواجهة الظروف الطارئة التى أثرت على التوازن العقدى L'équilibre contractuelle بهدف تعديل الالتزامات التعاقدية إلى الحد المناسب لدفع الضرر الجسيم عن الطرف الذى تأثر بتلك الظروف».

ولو لم يكن مدرجاً فى العقد([9])، بل ونصَّ عليه القانون المدنى الفرنسى فى تعديلات 2016 فى المادة (1195 مدنى فرنسى جديد) سابق الإشارة إليها.

2- أشار التعريف إلى سبب إعادة التفاوض وهو إخلال التوازن العقدى فى مرحلة التنفيذ نظراً لوقوع أحداث من طبيعة معينة، وهذه الإشارة تجعلنا نتساءل عن طبيعة هذه الأحداث وما يمكن أن تحدثه من أثر.

3- أشار هذا التعريف إلى الأثر الذى يترتب على الحوادث ويستوجب إعادة التفاوض ألا وهو إلحاق ضرر فادح بأحد المتعاقديْن، وهذا ما يفرق – لاسيما فى العقود الداخلية – بين أثر هذا الالتزام وبين أثر القوة القاهرة التى تجعل الالتزام مستحيلاً وليس ضاراً فقط([10])، ويؤدى هذا الضرر لى اختلال التوازن العقدى.

9- ويرى البعض([11]) أن شرط إعادة التفاوض هو: «ذلك الشرط المدرج فى اتفاق بين الطرفيْن – فى العقود التى يمتد تنفيذها على مدى عدة سنوات أو لفترة غير محددة – يسمح بمقتضاه لكلا الطرفيْن بإعادة التفاوض (التفاوض من جديد)، عندما تقع حوادث ذى طبيعة اقتصادية أو تكنولوجية، تؤدى إلى اختلال التوازن العقدى بشكل خطير ...».

([9]) طبقاً لجدول إحصائى أعده الأستاذ "Walde" للعقود التى تم إعادة التفاوض بشأنها من سنتى 1967 و 1977 أظهر أنه من أصل 43 عملية إعادة تفاوض بشأن عقود بترولية تم تسجيل 4 عمليات فقط تمت بالاستناد إلى شرط إعادة التفاوض، و 39 أخرى تمت فى غياب مثل هذه الشروط فى العقد، هذا بالرغم من كون شروط إعادة التفاوض المنشورة تمثل نسبة قليلة من تلك المتداولة فى عقود التجارة الدولية.
انظر د/ هنى عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 25.
ولنا على هذا الكلام ملحوظة فى غاية الأهمية ألا وهى: أن صحيح قد يطبق المحكمون شرط إعادة التفاوض رغم عدم النص عليه إلا أن إدراج هذا الالتزام فى العقد، يكون أفضل من حيث أثره ومن حيث نطاقه وشروطه.

([10]) انظر د/ عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، الجزء الأول، مرجع سابق، فقرة 420، ص 555.

([11]) V. Ph. Fouchard, L'adaption des contrats à la conjoncture économique, Rev. arb. 1979. 67.
V. aussi, R.Fabre, les clauses d'adaptation dans les contrats, RTC, 1983 1.
«Dans les contrats dont l'exécution s'étale sur un espace temporel de plusieurs années ou sur une période d'une durée indéterminée, cette clause insérée dans une convention, permet à l'une comme à l'autre des parties signataires d'exiger que s'ouvre une nouvelle négociation lorsque la survenance d'un évènement de nature économique ou technologique, bouleverse gravement l'équilibre des prestations prévues au contrat. Il s'agit en quelque sorte, de la transposition dans les contrats commerciaux, de la notion d'imprévision qui se trouve appliquée depuis des décennies aux contrats de droit public».

10- من خلال هذا التعريف يتضح أنه قد أشار إلى أن اختلال التوازن العقدى يتم فى مرحلة التنفيذ وهو ما يفرق بين هذا الالتزام والآليات الأخرى القانونية أو الاتفاقية التى تهدف إلى تحقيق التوازن فى مرحلتى المفاوضة والإبرام([12]).

كما أشار التعريف إلى أنواع العقود التى يحق للمتعاقديْن فيها إدراج مثل هذا الشرط، وهى تلك العقود متراخية التنفيذ وهذا التراخى هو الذى يمكن من حدوث وقائع تؤثر على التوازن العقدى وتستلزم إعادة التفاوض لتجنب الخلل الذى حدث بسبب هذه الحوادث غير المألوفة، وإن كان قد حدَّد هذه الحوادث بأنها الحوادث ذات الطبيعة الاقتصادية أو التكنولوجية، وهذا وإن كان فى ظاهره تضييق من هذه الحوادث، إلا أننا نرى أن الحوادث أياً كانت طبيعتها لا يمكن أن تؤدى إلى إعادة التفاوض إلا إذا كانت ستؤثر اقتصادياً فى العقد، وقد أضاف التعريف الحادث التكنولوجى، نظراً للتطور المستمر فى هذا المجال والذى يؤثر – بلا شك – فى التعاقد، ومن ثم يلحق ضرراً فادحاً بأحد الأطراف، وهذه الإضافة محمودة فى التعريف من وجهة نظرنا.

11- ويرى البعض([13]) أن التزام إعادة التفاوض هو «شرط يرد فى العقد يتطلب من أطرافه العودة إلى طاولة المفاوضات، وإعادة التفاوض على شروط العقد التى اختلت بسبب وقوع حدث أو أحداث معينة».

12- يشير هذا التعريف إلى مصدر الالتزام ألا وهو الاتفاق، كما يذكر سبب إعادة التفاوض ألا وهو وقوع أحداث معينة تؤدى إلى اختلال التوازن العقدى، كما يبين وسيلة معالجة هذا الاختلال عن طريق العودة

([12]) مثل حماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية، أو تطبيق عيوب الإرادة لبطلان العقد بسبب الاستغلال المصاحب للإبرام وغير ذلك من الوسائل التى تولى القانون تطبيقها.
انظر:
Harold Ullman, Enforcement of Hardship clauses in the French and American legal systems, published by CWSL scholarly commons, 1988. p. 83.
حيث جاء فيها:
A hardship clause may be defined as a clause by which parties will be able to request a rearrangement of the contract that binds them if an intervening change in the initial basis on which they obligated themselves modifies the equilibriums of the contractto the point that one of the parties sustains a Hardship".

([13]) انظر هذا التعريف لدى:
Klause peter Berger, Renegotiation and adoption of international investment contracts: the Role of contract Drafters and arbitrators, 36 Vanderbilt journal of transnational law, 2003, p.1358.
وانظر أيضاً د/ عزيز كاظم جبر الخفاجى، إعادة التفاوض فى عقود نقل التكنولوجيا، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 8، العدد 23، سنة 2015، الصفحات 28-54، ص 30، حيث أورد سيادته عدة تعريفات لشرط إعادة التفاوض، بيد أنه تبنى التعريف المتعلق بعقد نقل التكنولوجيا والذى نسبه إلى د/مراد المواجدة (المسئولية المدنية فى عقود نقل التكنولوجيا) وهو:- «ذلك الشرط الذى يدرجه المورد والمتلقى فى عقد نقل التكنولوجيا، من أجل إعادة التفاوض فيما بينهم عند وقوع أحداث من طبيعة معينة ومحددة فى ذات العقد، أو فى اتفاق مستقل، وتكون مستقلة عن توقعاتهما وبإرادتهما عند إبرام العقد وتؤدى إلى إخلال فى التوازن الاقتصادى للعقد وإصابة أحدهما بضرر فادح».

إلى طاولة المفاوضات، بيد أن هذا التعريف قاصرٌ عن بيان أثر فشل المفاوضات على الالتزام العقدى، وما هو علاج تعنت أحد الأطراف وإصراره على تحقيق مكاسب اقتصادية على حساب الطرف الآخر.

13- ولم تتخل محكمة النقض الفرنسية عن دورها فى تعريف هذا الالتزام بقولها: «التزام الأطراف بمناقشة وتبادل الاقتراحات فى ظروف معينة، نتيجة لتغيرات خارجة عن إرادتهم والتى اعترضت العقد أثناء تنفيذه مما يؤدى إلى إعادة تنظيمه مثلما يحدث فى الاتفاقيات الجماعية للعمل»([14]).

كما عادت المحكمة وأكدت على هذا الالتزام فى حكمها الصادر فى 16 مارس 2004، والذى أقر بأن «هذا الالتزام ينشأ عند حصول تغير فى الظروف من شأنه أن يؤثر تأثيراً خطيراً على الالتزامات المتبادلة بين الطرفيْن بهدف استعادة هذا التوازن»([15]).

14- ولا شك ولا ريب أن هذه الأحكام تعتبر عدولاً عن التمسك بمبدأ القوة الملزمة للعقد([16]) والذى كان يسير عليه القضاء الفرنسى، ويعتبر من المبادئ القضائية التى لم يكن القضاء الفرنسى يحيد عنها أو يسمح بتعديل العقد حتى لو اختل توازنه بسبب ظروف استثنائية أثناء مرحلة التنفيذ حتى ولو كان هذا التعديل تطبيقاً مجرداً لقواعد العدالة.

15- ويبرر البعض([17]) هذا الالتزام بقوله: «إن التوازن العقدى المُرْضِى لكلا الطرفيْن يجب أن يستمر، ومن ثم فإن ظهور أى حدث يؤدى إلى تغير مؤثر يلزم الأطراف بالتفاوض لإعادة التوازن إلى العقد».

16- ويرى البعض([18]) أن المقصود بإعادة التفاوض «التزام أطراف العقد بشرط صريح فيه على إعادة التفاوض لاحقاً بشأن أحكامه، إذا حدث – لظروف غير متوقعة – الإخلال الجسيم بتوازن العلاقات التعاقدية بما أدى إلى أضرار غير مألوفة بأحد المتعاقديْن».

([14]) V. Cass. Soc. 30 Mars, 1982, Bull Civ, N° 232.

([15]) V. Cass. Civ. 16 Mars 2004, Dalloz, 2004, Somm, p. 1754.

([16]) انظر د/ سليمان مرقس، الوافى فى شرح القانون المدنى – 2- الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة مزودة بأحدث الآراء وأحكام النقض حتى آخر 1986، ط 1987، فقرة 262، ص 507.
حيث يذكر سيادته أن «القاعدة التى يتضمنها النص (نص المادة 147 من القانون المدنى المصرى) قاعدة قديمة عرفها الرومان وأخذ بها فقهاء القانون الفرنسى القديم ونصت عليها المادة (1134 من التقنين الفرنسى).
ثم يذكر سيادته أن من نتائج القوة الملزمة للعقد ألا يملك أحد من العاقدين أن يتنصل مما التزم به فى العقد، ولا أن يغير أو يبدل فيه بإرادته المنفردة، بل يجب على كل منهما أن ينفذ ما التزم به ..».

([17]) انظر د/ علاء الدين عبد الله فواز الحصاونة، الجوانب القانونية للالتزام بإعادة التفاوض ومراجعة العقود: دراسة فى القانون الفرنسى والأردنى ومبادئ القانون الموحد حول التجارة الدولية ومبادئ القانون الأوروبى للعقود، مجلة الحقوق، مجلد 38، عدد 1، سنة 2014، الصفحات 617-678، ص 623.

([18]) V. Hussein Elmahi, la clause de Hardship/ R.R.J.E El Mansoura April 1994, n° 42, p. 77.
وانظر أيضاً:
Bruno Oppetit, l'adapation des contrats internationaux au changement de circonstances, la clause de "Hardship" JDI, 1974, n°4, p. 798.
حيث جاء فيها أن :

17- من خلال هذا التعريف يتضح الآتى:-

1 – أشار التعريف إلى مصدر الالتزام بإعادة التفاوض وهو الشرط الصريح فى العقد (اتفاق الأطراف).

2 – أوضح التعريف السبب الذى من أجله يتم اللجوء إلى هذا الالتزام، ألا وهو الإخلال الجسيم بتوازن العلاقات العقدية، بسبب ظروف غير متوقعة.

3 – اختلال التوازن العقدى يلحق بالمتعاقد أضراراً غير مألوفة من شأن تحملها إصابته بخسارة كبيرة غير متوقعة تجعل التزامه مرهقاً([19]).

وإذا كان هذا التعريف جامعاً مانعاً – بالنسبة للالتزام فى نشأته – فإنه لا يصدق عليه هذا الوصف بالنسبة للالتزام فى تطوره المعاصر، حيث غدا – بعد التعديلات الفرنسية عام 2016 – التزاماً تشريعياً حتى ولو لم ينص عليه فى العقد هذا من جانب، ومن جانب آخر لم يشر التعريف إلى الحلول والآليات القانونية التى يمكن أن يلجأ إليها المتعاقد فى حالة تعنت المتعاقد معه وإصراره على العقد دون تعديل، ولعل السبب فى ذلك يرجع إلى اعتماد التعريف على المصدر الاتفاقى للالتزام وإلقاء العبء على المتعاقدين – عند وضع شروط العقد – فى تحديد هذه الوسائل والآليات.

18- بعد استعراضنا لأهم التعاريف ومناقشتها وإبداء ملاحظاتنا عليها([20]) نتوصل إلى تعريف نتبناه يوضح هذا الالتزام منذ نشأته وما طرأ عليه من تطور تشريعى. كما نشير إلى الأسباب التى تؤدى إلى تطبيق هذا الالتزام، والحلول التى يمكن اللجوء إليها عندما تتحقق مقتضيات تطبيقه.

"La clause de "Hardship" peut se définir comme celle aux termes de laquelle les parties pouront demander un reaménagement du contrat qui les lie si un changement intervenu dans les données initiales au regard desquelles elles s'etaient engagées vient à modifier l'équilibre de ce contrat au point de faire subir à l'une d'elles une rigueur ("Hardship") injuste.

وقد عرفه الأستاذ (Oppetit) بأنه: «الشرط الذى يسمح للأطراف بإعادة تنظيم العقد الذى يربطهما، إذا حدث تغير فى المعطيات الأولية للعقد، والتى تم الاتفاق على أساساها فتغير توازن هذا العقد إلى حد يجعل أحد الأطراف يلحق به إعسار غير عادل».

([19]) انظر د/ أحمد السعيد الزقرد، أثر الظروف اللاحقة على تحديد مضمون الالتزام العقدى، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 32، سنة 2002، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، الصفحات 110-163، فقرة 42، ص 151، حيث يذكر سيادته أن «شرط إعادة التفاوض لا ينتج أثره إلا إذا ترتب على تغير ظروف العقد الإخلال بالتوازن العقدى إخلالاً جسيما، ترتب عليه الإضرار بالمدين بصورة غير مألوفة».

([20]) انظر د/ ميثاق طالب عبد حمادى الجبورى، شروط إعادة التفاوض فى عقد التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، 2016-2017، ص 60.

حيث يقترح سيادته تعريفاً لشرط إعادة التفاوض بقوله: «يمكن لنا أن نقترح تعريفاً لهذا الشرط يتمثل فى أنه «بند يدرجه أطراف العقد التجارى الدولى يلتزمون بمقتضاه بإعادة التفاوض بحسن نية، وخلال مدة معقولة، عندما تطرأ أحداث غير متوقعة، خارجة عن إرادتهم، تؤثر فى التوازن الاقتصادى للعقد بشكل جوهرى، لغرض تطويع العقد، وجعله أكثر تلاؤماً مع الأحداث الجديدة».

وما ذكرناه من ملاحظات على التعاريف المذكورة – فى المتن – تصدق بلا ريب على هذا التعريف، بالإضافة إلى قصر التعريف هذا الشرط على عقود التجارة الدولية، وهو لا يقتصر عليها وإن كانت هى المجال الأوسع فى التطبيق.

التعريف المختار: «شرط يدرجه المتعاقدان فى العقد أو ينص عليه المشرع، بمقتضاه يلتزم الأطراف بإعادة التفاوض عندما تقع أحداث من طبيعة معينة مستقلة عن إرادة الأطراف وتوقعاتهم – يحددها الشرط أو النص – وتكون من نتيجتها الإخلال الجسيم بتوازن العقد، ويهدف هذا الالتزام إلى تعديل العقد حتى يتمشى مع الظروف الجديدة وإعادة التوازن العقدى الذى اختل بسبب هذه الظروف».

19- من خلال هذا التعريف يتضح الآتى:

1 – مصدر الالتزام لا يقتصر فقط على اتفاق المتعاقديْن، بل يتسع ليشمل المصدر التشريعى حتى ينسجم مع التطور الذى لحق هذا الشرط، فهل هذه الإضافة من الاتساع، بحيث تستوعب الحالات التى يطبق فيها التحكيم – هذا الشرط – حتى فى حالة غياب الاتفاق، يبدو – من الوهلة الأولى – الإجابة تكون بالنفى، بيد أن التمعن فى الأمر يجعلنا نقول أن هذا التعريف يتسع ليشمل هذه الحالات، حيث لا يمكن تطبيق شرط التحكيم وما يستتبعه من تطبيق القانون المختار، دون إدراج هذا الشرط فى العقد أو فى اتفاق لاحق، ومن ثم يمكن لنا القول – بلا تردد – أن شرط إعادة التفاوض قد أدرج بطريق غير مباشر عن طريق إدراج شرط التحكيم([21]).

2 – يشير التعريف إلى أن سبب إعادة التفاوض وقوع أحداث من طبيعة معينة ومستقلة عن إرادة الأطراف، يكون من شأنها إخلال التوازن العقدى وإلحاق ضرر كبير بالمدين إذا تم تنفيذ العقد بنفس الشروط السابقة.

3 – يهدف هذا الشرط إلى المحافظة على التوازن العقدى الذى صاحب العقد، بيد أنه اختل – فى مرحلة التنفيذ – بسبب هذه الأحداث التى وقعت والتى لم تكن فى الحسبان، لذلك وجب إعادة التفاوض حتى يتمكن الأطراف من إعادة التوازن العقدى الذى اختل، فإذا لم يستطع المتعاقدان الوصول إلى حل، فقد أعطى المشرع – فى بعض الدول – سلطة هذا التعديل للقاضى على نحو ما سيتضح.

V. B. Oppetit, op. cit. n2, p. 794.

([21]) انظر د/ علاء التميمى عبده، دور التحكيم فى معالجة اختلال التوازن الاقتصادى لعقود الاستثمار (دراسة حول أثر الثورات الشعبية على عقود الاستثمار)، المؤتمر العلمى الدولى، الثورة والقانون، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، عدد خاص 2011-2012، ديسمبر، الصفحات 401-479، ص 446.
وانظر أيضاً أ/حنين أمين رمزى مقبول، دور التحكيم فى الحفاظ على التوازن الاقتصادى لعقود الاستثمار الدولية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة بيدريت – فلسطين، 2014- 2015، ص60.

4 – يوجد شرط بديهى مفهوم ضمناً من التعريف ألا وهو وجود فترة زمنية على انعقاد العقد وتنفيذه، وهذه الفترة الزمنية هى التى نشأت خلالها هذه الأحداث الذى أدت إلى اختلال التوازن، وهذا يحدث فى العقود الزمنية والعقود الفورية التى تستلزم مدة زمنية معينة لتنفيذها.

وتجدر الإشارة إلى أن شرط إعادة التفاوض إذا كان قد نشأ كشرط اتفاقى فى أحضان عقود التجارة الدولة،إلا أنه قد تطور وأصبح شرطاً تشريعياً بالنسبة للعقود المدنية بعد أن نصت عليه المادة 1195 من التقنين المدنى الفرنسى الجديد سابق الإشارة إليها([22]).

المطلب الثانى

تمييز التزام إعادة التفاوض عن غيره

20– تتعدد الأنظمة القانونية وتتنوع، والتى تهدف إلى معالجة اختلال التوازن العقدى فى مرحلة التنفيذ، فقد تكون اتفاقية وقد تكون تشريعية، وقد تهدف إلى معالجة الإرهاق الجسيم فى الالتزام، وقد تواجه حالة استحالة التنفيذ، لذلك وجب علينا فى هذا المطلب أن نميط اللثام عن أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بين هذه الأنظمة وبين التزام إعادة التفاوض على النحو التالى:–

الفرع الأول: التزام إعادة التفاوض ونظرية الظروف الطارئة.

الفرع الثانى: التزام إعادة التفاوض والقوة القاهرة.

الفرع الثالث: التزام إعادة التفاوض وشروط التعديل التلقائى للعقد.

الفرع الأول

التزام إعادة التفاوض ونظرية الظروف الطارئة

([22]) انظر د/ مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض فى عقود التجارية الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، بن يوسف بن خدة، سنة 2014-2015، ص 136، حيث يؤكد سيادته أن شرط إعادة التفاوض يتميز بكونه شرط اتفاقى لأن مضمونه يتوافق على ما اتفق عليه الأطراف، كما يتميز بتنوع صور التعبير عنه، لأن مضمونه ليس واحداً فى كل العقود ...».

21- لا مراء أن التزام إعادة التفاوض قد نشأ – اتفاقياً – لسد النقص التشريعىﻫفى الدول التى لا تأخذ بنظرية الظروف الطارئة([23]) مثل فرنسا التى ظلت فترة طويلة تتمسك بمبدأ القوة الملزمة للعقد([24])، ولا تسمح للقضاء بتعديل العقد مهما تغيرت الظروف، لذلك نجد أن خبراء الصياغة العقدية قد تأثروا كثيراً بنظرية الظروف الطارئة، وهذا ما يفسر تشابه هذا الالتزام مع النظرية تشابهاً كبيراً، بيد أن نظرية الظروف الطارئة تمثل الحد الأدنى من الحماية التى يمكن أن تُقبل كاستثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد، ومن ثم كان نطاقها محدوداً، فلم تكن لتروق لخبراء الصياغة ولم تكن لتشبع نهمهم نحو تحقيق العدالة العقدية – رغم تغير ظروف العقد – فى مرحلة التنفيذ عما كانت عليه وقت الإبرام، لذلك اتجهوا إلى أن يضمنوا – فى هذا الالتزام – آليات تحقيق

([23]) انظر د/ محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض فى عقد الميكنة المعلوماتية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ط 2016، ص 259، هامش (2)، حيث يذكر سيادته «أنه يمكن أن يلاحظ بشأن هذا البند Hardshi أن أهميته تظهر بصفة خاصة فى ظل القوانين التى لا تتضمن نصاً بشأن نظرية الظروف الطارئة.
وكما هو الحال فى ظل القانون الفرنسى، غير أن ذلك لا يقلل من أهمية هذا البند فى ظل القوانين التى تقرر هذه النظرية (كما هو الحال بالنسبة للقانون المدنى المصرى رقم 147-2).

([24]) انظر أ/صليب بك سامى، الظروف الطارئة وأثرها فى مسئولية المتعاقدين، مجلة المحاماة، العدد التاسع، السنة الثانية عشرة، يونيو سنة 1932، ص813، حيث يذكر سيادته (منشأ النظرية) نشأت هذه النظرية أثناء الحرب العظمى فى فرنسا فى سنة 1916 فقررها القضاء الإدارى لأول مرة فى حكم مجلس الدولة الصادر فى 30 مارس سنة 1916، ثم يذكر سيادته أن الشركة العامة للإنارة بالغاز تعاقدت مع مدينة (بوردو) على إنارة المدينة بشروط معينة. ولما قامت الحرب العالمية واجتاحت الجيوش الألمانية مناطق الفحم الفرنسية تعذر على الشركة استيراد الفحم (وهو المادة الأولية للإنارة) من بلادها واضطرت إلى استيراده من الخارج بأثمان باهظة جداً. فلما رفع النزاع بين الشركة والمدينة إلى مجلس الدولة قرر هذا المجلس فى حكمه المبادئ الآتية:-
1- Le contrat de concession règle bien d'une façon définitive jusqu à son expiration les obligations respectives du concessonaire et du concédant. 2 - Mais lorsque, en temps de guerre, par suite de l'occupation par l'ennemi, d'une grande partie des régions productrices de charbon et de la diffiuctté, de plus en plus considérable, des transports par mer, la hausse, survenue dans le prix de charbon, dépasse certainement les limites extrèmes des majorations ayant pu être envisagées formation du contrat de concession, une compagnie d'éclairage par le gaz est fondée à soutenir qu'elle ne peut être tenue d'assurer, aux seules conditions prévues à l'origine, le fonctionnement du service. 3 - Si la compagnie reste tenue d'assurer le service concédé, elle doit supporter seulement, au cours de cette période transitoire, la part des conséquences onéreuses de la situation que l'interprétation raisonable du contrat doit laisser à sa charge. 4 - Par ailleurs, si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur les conditions spéciales dans lesquelles la compagnie pourra continuer le service, il appartient au Conseil de la Préfecture de déterminer, en tenant compte de tous les faits de la cause, le montant de l'indemnité à laquelle la compagnie a droit à raison des circonstances extra - contractuelles dans lesquelles elle aura dû assurer le service pendant la péroide envisagée. (S. 16 - 3 - 17 - D 16 - 3 - 25).
Baudry Lacantinerie - Précis - Suppl. III, page 581, édit. 1926.

التوازن غير التى تنص عليها التشريعات فى نظرية الظروف الطارئة وهذا ما جعل هناك تمايزاً بين هذا الالتزام وتلك النظرية، لذلك كان حرياً – بنا – أن نبدأ ببيان أوجه التشابه، ثم أوجه الاختلاف على النحو التالى:-

أولاً – أوجه التشابه :

22- يشترك التزام إعادة التفاوض مع نظرية الظروف الطارئة فى الشروط والهدف والغاية ومجال التطبيق على النحو التالى:-

1- الشروط: تلتقى شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة مع التزام إعادة التفاوض فى الحادث الذى يتسبب فى تطبيق كلا النظاميْن، حيث يشترط فى الحادث فى كليْهما أن لا يكون متوقعاً وعاماً واستثنائياً وخارجاً عن إرادة المدين([25])، باستثناء بعض الخصوصية فيما يتعلق بشرطى عدم التوقع والعمومية([26]) على نحو ما سيتضح من خلال دراستنا، هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن النتيجة المترتبة على هذه الأحداث هو أن يلحق المدين ضرر جسيم نتيجة تغير الظروف مما يصبح – معه – تنفيذ الالتزام مرهقاً إرهاقاً جسيماً فى كل من التزام إعادة التفاوض ونظرية الظروف الطارئة، وليس مستحيلاً.

2- الهدف والغاية: تهدف نظرية الظروف الطارئة والتزام إعادة التفاوض الحفاظ على العقد واستمراره عن طريق تدخل القاضى – فى نظرية الظروف الطارئة – لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول([27])، وإعادة

([25]) V. Berthold Goldman: la lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux réalité et perspectives, Travaux du Comité français de droit international privé, année 1980/2/ pp. 221-270, p. 238.

حيث جاء فيها:

’ la clause de hardship - qui correspond d'assezpres, sinon par sa démomination, du moins par son objet, à la clause de souvegard des contrats rédigés en francais – est egalement un instrument de protection contre les bouleversements économiques, mais aussi technologiques et éventullement politiques, forge par les contractants, et don’t l'emploi se repand. Elle prevoit la réadaptation du contrat lorsque des évenements exterieurs aux parties, et qui ne pouvaient pas être raisonnableement prise en compte par celles – ci lors de sa conclusion, bouleversent son exécution au point de faire subir à l'une d'elles un préjudice grave et injuste.

([26]) انظر د/ مروك أحمد، مرجع سابق، ص 169.

([27]) انظر المادة 2/147 مدنى مصرى والتى تنص على: «2- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

التفاوض بين المتعاقديْن – فى التزام إعادة التفاوض – لإعادة التوازن الاقتصادى إلىٰ العقد، ومن ثم تتحقق وحدة الغاية والهدف بين النظرية والالتزام.

3- مجال التطبيق: يستلزم تطبيق نظرية الظروف الطارئة والتزام إعادة التفاوض أن تمر فترة زمنية بين انعقاد العقد وتنفيذه، وهذا ما يبرر تغير الظروف، ويصدق ذلك على العقود الفورية التى تحتاج مدة فى تنفيذها والعقود الزمنية على حد سواء، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية([28]) بقولها: «إن نص المادة 2/147 مدنى عام يتسع لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة على جميع العقود التى يفصل بين إبرامها وبين تنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث استثنائى عام غير متوقع يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين، انطباق هذه النظرية على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر أو الدورى، انطباقها كذلك على العقود الفورية التى يتفق فيها على أجل لاحق لتنفيذ التزامات العاقدين. مثال ذلك عقود البيع المؤجل فيها الثمن كله أو بعضه».

([28]) انظر أحكام النقض – المكتب الفنى – مدنى – العدد الأول – السنة 16، الطعن رقم 248 لسنة 30 قضائية، ص 191.
وانظر أيضاً د/ محمود جمال الدين زكى، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، فقرة 174، ص322، حيث يذكر سيادته أن «النطاق الطبيعى للنظرية فى العقود المستمرة والعقود الفورية المؤجلة، ولا يستلزم لتطبيق النظرية أن تكون الالتزامات المتبادلة متراخية التنفيذ على وجه التقابل إلى ما بعد الحادث الطارئ، بل يكفى وجود التزام على أحد العاقدين متراخى التنفيذ إلى ما بعد الحادث، دون ما اعتبار بكون الالتزام المقابل قد تم تنفيذه أو كان تنفيذه متراخياً كذلك، إنما يجب لتطبيق النظرية ألا يكون تراخى التنفيذ راجعاً إلى خطأ المدين».
ثم يقول سيادته أن: «تراخى التنفيذ شرط يقتضيه منطق النظرية ولا يستلزمه القانون. فإذا كان العقد غير متراخ فى تنفيذه وطرأت مع ذلك حوادث استثنائية عامة عقب إبرامه مباشرة – وإن كانت هذه الصورة نادرة – لا يوجد ما يمنع تطبيق النظرية».
وانظر أيضاً د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات 2016 للتقنين المدني الفرنسي، دار الجامعة الجديدة 2020، ص 288، حيث يؤكد سيادته استبعاد العقود الاحتمالية وعقود المضاربة فى البورصة من نطاق تطبيق النظرية، فمثل هذه العقود تفترض بطبيعتها أن يتعرض أحد المتعاقدين للخسارة أو الربح مهما كانت الخسارة جسيمة أو الربح كبيراً».

ثانياً – أوجه الاختلاف :-

23- رغم التشابه الكبير بين نظرية الظروف الطارئة والتزام إعادة التفاوض إلا أن الأخير يحتفظ بذاتيته وخصائصه التى تميزه عن غيره، وتتجلى أوجه الاختلاف فى الآتى:-

1- الطبيعة القانونية: تتميز نظرية الظروف الطارئة فى معظم التشريعات التى تأخذ بها، لاسيما فى القانون المدنى المصرى بطبيعتها القانونية الملزمة والتى لا يجوز للمتعاقديْن أن يتفقا على استبعادها فى التطبيق، وأى اتفاق على غير ذلك يقع باطلاً([29])، أما التزام إعادة التفاوض فمصدره الاتفاق ومن ثم إذا تخلف الاتفاق تخلف تبعاً له هذا الالتزام([30])، هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن التزام إعادة التفاوض – بعد النص عليه فى التشريع الفرنسى – أصبح مصدره تشريعياً، إلا أنه ما زال المشرع الفرنسى يحتفظ للأفراد بحقهم فى استبعاد هذا الشرط ومن ثم يكون غير ملزم فى الحالتيْن.

2- التطبيق التلقائى([31]): بالرغم من أن نظرية الظروف الطارئة من النظام العام التى لا يجوز للأطراف الاتفاق على استبعادها، وأى اتفاق على ذلك يقع باطلاً، إلا أنه لا يمكن للقاضى تطبيقها من تلقاء نفسه، بل لابد من مطالبة الطرف المضرور بتطبيقها والتمسك بها أمام محكمة الموضوع([32])، بعكس التزام إعادة التفاوض الذى مصدره الاتفاق، وبالتالى يطبقه القاضى كما لو كان يطبق القانون فالعقد شريعة المتعاقديْن أى يلزم الأطراف ويلزم القاضى، ومن ثم يفرض هذا الالتزام على الأطراف المتعاقدة إعادة التفاوض بحسن نية للتوصل

([29]) انظر نص الفقرة الثانية من المادة 147 حيث اختتمت بقولها: «ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

([30]) انظر د/ ميثاق طالب عبد حمادى الجبورى، مرجع سابق، ص202.

([31]) انظر د/ عبد الفتاح عبد الباقى، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الكتاب الثانى، بدون دار نشر، ط 1984، فقرة 271، ص 540؛ حيث يذكر سيادته أنه «يسوغ للقاضى، بناء على طلب المدين، وبعد الموازنة بين مصلحته ومصلحة غريمه، أن يرد الالتزام إلى الحد المعقول الذى يرفع عنه الحرج البالغ والعنت الشديد».

([32]) انظر نقض مدنى 21 ديسمبر 1981 فى الطعن رقم 248 سنة 46ق المحاماة 63-140. وقد قضت محكمة النقض بأن « ادعاء البائع بأن عدم ترخيص الحجر الزراعى لشحن البضاعة يعد حادثاً طارئاً يجعل التنفيذ مرهقاً هو دفاع يخالطه واقع، وإذا لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع، فلا يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض» (نقض مدنى 3 ديسمبر 1974، مجموعة أحكام النقض، جـ2، 1315-225، 3 يوليو 1968، مجموعة أحكام النقض 19-1239-186).
وانظر أيضاً د/ سليمان مرقس، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، فقرة 275، ص534.
حيث يؤكد سيادته على أنه «لا يكفى أن تتوافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة بل يجب أن يتمسك بها المدين وأن يطلب تطبيقها، وإذا لم يتمسك بها أمام محكمة الموضوع، فلا يجوز له إثارتها أمام محكمة النقض».

إلى حل لمشكلة تغير الظروف، حيث يكون الأطراف ملزمين بالدخول فى المفاوضات دون الالتزام بالتوصل إلى حل أو اتفاق يعيد التوازن الاقتصادى إلى العقد مجدداً([33]).

3- أثرهما فى القوة الملزمة للعقد: تعتبر نظرية الظروف الطارئة استثناءً من القوة الملزمة للعقد، حيث تتيح للقاضى أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، رغم اعتراض الدائن، أو رغماً عنه، بل أى اتفاق على حرمان القاضى من حقه فى تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة يقع باطلاً([34])، بعكس التزام إعادة التفاوض الذى يشكل تطبيقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد، حيث يتقرر بناءً على شرط فى العقد([35])، وحتى مع تطور هذا الالتزام والنص عليه من قبل المشرع الفرنسى فى المادة 1195 مدنى فرنسى جديد، فإن هذا الالتزام قد احتفظ بالسمة الاتفاقية له ويتجلى ذلك فى إعطاء الأطراف الدور الأساسى فى الوصول إلى حل، فإن تعذر جاز للقاضى بناء على طرف واحد، إعادة النظر فى العقد أو إنهائه.

بيد أنه – وفقاً للرأى الراجح فى الفقه الفرنسى([36]) – يجوز للأطراف استبعاد هذا الالتزام التشريعى (المنصوص عليه فى التشريع الفرنسى) من التطبيق وبالتالى يكون غير ملزم.

4- من حيث الأثر: يختلف أثر توافر نظرية الظروف الطارئة عن أثر التزام إعادة التفاوض، حيث تنحصر الحلول القانونية الممنوحة للقاضى عند توافر نظرية الظروف الطارئة فى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وبالتالى لا يملك القاضى الحكم بالفسخ بناء على طلب المدين وإلا ترتب على ذلك تحمل الدائن كل تبعات الظروف الطارئة وهذا لا يجوز([37])، كما أن القاضى لا يرفع كل خسارة عن عاتق المدين ويجعلها على

([33]) انظر د/ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض فى عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 180،/ حيث يؤكد سيادته أنه «لكى يحقق الشرط الدور المطلوب منه، فإنه يفرض على عاتق الأطراف التزاماً بإعادة التفاوض».

([34]) انظر الفقرة الثانية من المادة 147 مدنى مصرى.

([35]) V. Nathalie lou Nahan Konan, l'application des principes d'inidroit au contrats en contexte de gestion de projets internationoux: un Moyen de gestion de Risque, mémoire présenté à université du québec a trios – Rivières, Mars 2004, p. 72.

([36]) V. Louis thibierge, op. cit., p. 37.

([37]) انظر د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط، الجزء الأول، مرجع سابق، فقرة 421، ص 559، ويذكر سيادته ما قيل فى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ «أن أساس النظرية هو التضحية من الجانبين، وليس إخلاء أيهما من التزامه، بل يتحمل كل منهما شيئاً من الخسارة، لا أن يتحملها أحدهما بإبطال العقد (مجموعة الأعمال التحضيرية، ص284).
ويذكر سيادته أن القانون البولونى قد أجاز للقاضى فسخ العقد إذا رأى ضرورة لذلك، ويقول سيادته أن القانون الإيطالى يعالج المسألة بطريقة أخرى، فهو يقضى – كما فى نص المادة 1467 من هذا القانون – بفسخ العقد لمصلحة المدين المرهق، ولكن يجعل للمتعاقد الآخر الحق فى أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلاً لشروط العقد بما يتفق مع العدالة،

الدائن وحده، لكنه يحد من فداحة هذه الخسارة التى ستصيب المدين ويصل بها إلى الحد المعقول بتحميل المدين الخسارة المألوفة التى كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد، ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة على المتعاقديْن، وذلك مراعاة للموازنة بين مصلحة كل منهما([38]). خلافاً لالتزام إعادة التفاوض الذى تقتضى طبيعته الاتفاقية منح أطراف العقد نطاقاً أوسع فى اختيار الطريقة والوسيلة الملائمة لإعادة التوازن الاقتصادى للعقد([39]) هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن الحلول النابعة من اتفاق الطرفيْن تمتاز – غالباً – بنوع من العدالة والمقبولية من قبل الأطراف المتعاقدة، بعكس الأحكام القضائية المفروضة على الأطراف([40]).

الفرع الثانى

تمييز التزام إعادة التفاوض عن القوة القاهرة

24- لا مراء أن مفهوم القوة القاهرة فى العقود الداخلية يختلف اختلافاً كلياً عن مفهوم التزام إعادة التفاوض، وهذا ما يجعل هناك تمايز وتغاير بين المفهوميْن، مما يستبعد معه إمكانية الخلط بينهما([41])، وإذا كان الأمر كذلك فسنبدأ بتحديد مفهوم القوة القاهرة فى العقود الداخلية **(الغصن الأول)**، وبيان أوجه الاختلاف بينهما وبين التزام إعادة التفاوض فى **(الغصن الثانى)**، وذلك على النحو التالى:-

الغصن الأول

مفهوم القوة القاهرة

وقد أراد القانون الإيطالى بالطريقة اختارها أن يجعل تعديل العقد من عمل المتعاقد لا من عمل القاضى، ولكنه يفرض عليه هذا التعديل عن طريق تهديده بفسخ العقد».

([38]) انظر نقض مدنى 5 مايو سنة 1970، الطعن رقم 532 لسنة 35 قضائية، أحكام النقض، المكتب الفنى، مدنى، العدد الثانى، السنة 21، ص787.

([39]) انظر د/ ميثاق طالب عبد حمادى الجبورى، مرجع سابق، ص 203.

([40]) انظر د/ محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض فى عقد الميكنة المعلوماتية، مرجع سابق، ص 259، هامش (2)، حيث يذكر سيادته «أنه بمقتضى هذا البند يبقى الحل الذى يتوصل إليه أطراف العقد حلاً اتفاقياً وهو فى جميع الأحوال أفضل من حل مفروض من قبل الغير، قاضى أو مُحكم.

وبالإضافة إلى ذلك فإن تدخل القاضى بإعادة التوازن إلى العلاقة العقدية يعتبر أمراً جوازياً (وفق المادة 147 مدنى مصرى) مما يعنى بإمكانية عدم قيامه بذلك فيبقى التوازن العقدى مختلاً.

وأخيراً فإن تدخل القاضى لإعادة التوازن العقدى إنما يكون فقط فى حالة الحوادث الاستثنائية العامة، بينما إعادة التوازن إعمالاً لبند (Hardship) يمكن أن يمتد إلى حوادث لا توصف بتلك الصفة.

وانظر أيضاً د/ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، سنة 2000، ص 315.

([41]) V. 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, thèse, l'université de poitiers, 2012, p. 212.

25- لا شك أن القوة القاهرة والحادث الفجائى([42]) هما مترادفيْن لمعنى واحـــد،رغـم محاولات البعض التفرقــة بينهمــا([43])، إلا أن هــذه

المحاولات باءت بالفشل فقهاً وقضاءً([44])، فما المقصود بالقوة القاهرة؟

26- عرفت المادة (1218 مدنى فرنسى جديد) القوة القاهرة بقولها: «تعد قوة قاهرة فى المسائل التعاقدية، تمنع المدين من تنفيذ التزامه، إفلات حدث عن سيطرة المدين، لم يكن متوقعاً بشكل معقول وقت إبرام العقد، ولم يكن من الممكن تجنب آثاره بالتدابير المناسبة ....([45])».

([42]) انظر د/ محمد شتا أبو سعد، مفهوم القوة القاهرة، مجلة مصر المعاصرة، المجلد 74، العدد 393-394، الشهر يوليو/ أكتوبر، سنة 1983، الصفحات 175-195، ص175، حيث يذكر سيادته تعريف أو لبيان (ulppien) للقوة القاهرة بأنها كل قوة لا يمكن مقاومتها. ومن أمثلتها الحريق الناشئ عن الصواعق، والفيضان، والعواصف، والزلازل والراكين. ثم يذكر سيادته أنه «يمكن القول أن القانون الرومانى فى العصر العلمى انتصر لفكرة التوحيد بين مفهومى القوة القاهرة (vis major) والحادث الفجائى (casus fortuites) فلم يفرق بينهما.

([43]) يفرق البعض بين القوة القاهرة والحادث الفجائى على أساس أن الأولى يستحيل دفعها والثانى لا يمكن توقعه، وهذه التفرقة لا يمكن التسليم بها، لأنه يشترط فى القوة القاهرة والحادث الفجائى استحالة الدفع وعدم إمكان التوقع.
والبعض يفرق على أساس أن استحالة الدفع فى القوة القاهرة استحالة مطلقة وفى الحادث الفجائى الاستحالة نسبية، وهذا التمييز لا يقوم على أساس صحيح ... .
ويذهب آخرون (إكســنر Exner، ســالى Saleilles،/ وجوســران Josserand، شــابى Chapus) وغيرهم إلى وجوب التفرقة بين الحادث الفجائى والقوة القاهرة لاســيما فيما يتعلق بحوادث المصـــانع ووســـائل النقل واعتبروا الحوادث الخارجة عن هذه المشـــروعات خروجاً مادياً (extérieurs) قوة قاهرة، والحوادث التى ترجع إلى أمر داخلى كامن فى الشئ ذاته كانفجار آلة فى مصنع وخروج قطار عن الشريط حوادث فجائية ورتبوا على ذلك قصر دفع المسئولية على القوة القاهرة دون الحادث الفجائى.
انظر د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط، الجزء الأول، مرجع سابق، فقرة 586، ص 804، د/سليمان مرقس، المسئولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الأول، معهد البحوث والدراسات العربية، ط 1971 فقرة 176، ص 492 .

([44]) كثيراً ما تعرف المحاكم الحادث الفجائى بما تعرف به عادة القوة القاهرة، وأحياناً تجمع بين العبارتيْن فى تعريف واحد أو تذكرهما كمترادفيْن (استئناف مصر 28 مارس 1948 التشريع والقضاء 2-7-7)، بل صرح بعضهما بأن الحادث الفجائى والقوة القاهرة شئ واحد وأن التمييز بينهما لا يقوم على أساس صحيح (بنها الابتدائية (جنح مستأنفة) 28 فبراير 1959، المجموعة 58-174-88) مشار إليه لدى د/ سليمان مرقس، المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية، مرجع سابق، ص 491، هامش (4).

([45]) V.art 1218 qui dispose que, "Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle de débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent etre évutés par des measures appropiées, empéche l'excution de son obligation par le débiteur".

27- ونجد محكمة النقض الفرنسية _(الدائرة الأولى المدنية) فى 6 نوفمبر سنة 2002 تقرر أن الذى «يميز القوة القاهرة أن الحدث لا يمكن التنبؤ به أو مقاومته فى تاريخ إبرام العقد».

(…. L'irrésistibilité et l'imprévisibilité dans son exécution, dont la survenance doit être appréciées à la date de la conclusion du contrat, caractérise la force majeurs)([46]).

28- ولم يتخلف الفقه المصرى عن الدور الملقاة على عاتقه، فها هو أحد الفقه([47]) يعرف القوة القاهرة بقوله: «أمر غير متوقع حصوله وغير ممكن تلافيه يجبر الشخص على الإخلال بالتزامه».

29- ونجد أيضاً للقضاء المصرى دوراً فى تعريف القوة القاهرة، حيث عرفتها إحدى المحاكم بقوله أنه: «الأمر الذى لم يكن ممكناً توقعه ولا تلافيه ومن شأنه أن يجعل الوفاء بالتعهد مستحيلاً([48])».

وعرفتها البعض الآخر([49]) بقولها: «بأنه حادث مستقل عن إرادة المدين ولم يكن فى وسعه توقعه أو مقاومته».

التعريف المختار :

30- من خلال هذه التعاريف يمكن – لنا – استنباط تعريف جامع مانع على النحو التالى:

([46]) Juris – Data no 16221 et I ére Civ. 30 Octobre 2008, Bicc n° 697 du Ier mars 2009.
وتجدر الإشارة إلى أن القوة القاهرة قد عرفها القانون الرومانى، ومن تعريفاته لها أنها «كل ما يستعصى توقعه بوسائل الإدراك الإنسانى، وحتى إن أمكن توقعه فإنه يستعصى على المقاومة».
V. Roger Dufourmantelle, la force majeure dans les contrats civils ou commerciaux et dans les Marchés Administratifs, paris, 1920.p. 11.
مشار إليه لدى د/ حسبو الفزارى، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدى فى القانون المقارن، دراسة تأصيلية وتحليلية لنظرية الظروف الطارئة فى القانون المقارن وفى الشريعة الإسلامية، مطبعة الجيزة بالإسكندرية، 1979، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ص 535.

([47]) انظر د/ سليمان مرقس، المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية، مرجع سابق، فقرة 176، ص 492.

([48]) استئناف مصر 28 مارس 1948 التشريع والقضاء 2-7-7، بنها الابتدائية 28 فبراير سنة 1959، المجموعة 58-174-88.

([49]) مصر الابتدائية 3 يناير سنة 1952 المحاماه 33 – 301- 300.
مشار إليه لدى د/ سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 492، هامش (2).
وانظر أيضاً د/خالد بنى أحمد، الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى، المجلة الأردنية فى الدراسات الإسلامية، العدد (2)، 1427هـ/2006م، ص4، حيث استنبط تعريف للقوة القاهرة من المدونات الفقهية بقوله:
«كل آفة غير متوقعة ولا مقدورة الدفع تؤثر فى محل العقد، فتؤدى إلى استحالة تنفيذه وانفساخه».

القوة القاهرة هى: «كل حادث غير متوقع حصوله وغير ممكن تلافيه، يؤثر فى الالتزام، فيؤدى إلى استحالة تنفيذه دون مسئولية على المدين».

من خلال هذا التعريف يمكن لنا استنباط شرطى القوة القاهرة وهما: 1- عدم التوقع. 2- استحالة الدفع([50])، كما يشير هذا التعريف إلى أثر القوة القاهرة والتى يميزها عن نظرية الظروف الطارئة، ألا وهو استحالة التنفيذ، وعدم مسئولية المدين عن عدم التنفيذ الذى سببته القوة القاهرة.

الغصن الثانى

أوجه الاختلاف بين القوة القاهرة والتزام إعادة التفاوض

31- إذا كانت القوة القاهرة فى العقود الداخلية تختلف عن التزام إعادة التفاوض اختلافاً يجعل كل منهما متميزاً عن الآخر، فيجدر بنا حصر أوجه الاختلاف فى الآتى:

1- نطاق التطبيق: لا تقتصر القوة القاهرة فى تطبيقها على المسئولية العقدية فحسب، بل تمتد لتشمل المسئولية التقصيرية. وهذا ما يؤكده الفقه([51]) والقضاء([52]) على حد سواء، أما التزام إعادة التفاوض فينحصر تطبيقه فى المجال العقدى فقط، لأنه يقوم أساساً على إعادة التفاوض بين أطراف العقد للوصول إلى حل يعيد التوازن الذى اختل بسبب تغير الظروف([53]).

([50]) انظر د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط، الجزء الأول، مرجع سابق، فقرة 586، ص 804،
وانظر أيضاً د/ الحبيب خليفة اجبوده، القوة القاهرة بين القانون المدنى الليبى وعقود الـ FIDIC، المجلة الجامعة – العدد السادس عشر – المجلد الثانى – أبريل 2014م، ص10،
وانظر أيضاً حكم محكمة النقض جلسة 28 نوفمبر سنة 2002، الطعن رقم 77 لسنة 72 قضائية، أحكام النقض، المكتب الفنى، مدنى، السنة 53، الجزء 2، ص 1129، حيث ذكرت المحكمة أنه من: «المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أنه يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه، فإذا تخلف أحد هذين الشرطين انتفت عن الحادث صفة القوة القاهرة ولا يلزم لاعتباره ممكن التوقع أن يقع وفقاً للمألوف من الأمور بل يكفى لذلك أن تشير الظروف والملابسات إلى احتمال حصوله ولا يشترط أن يكون المدين قد علم بهذه الظروف إذا كانت لا تخفى على شخص شديد اليقظة والتبصر لأن عدم إمكان التوقع اللازم لتوفر القوة القاهرة يجب أن يكون مطلقاً لا نسبياً فالمعيار فى هذه الحالة موضوعى لا ذاتى».

([51]) انظر د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط، الجزء الأول، مرجع سابق، فقرة 568، ص 804، حيث يؤكد سيادته فى هامش (2) «أن كل ما سنذكره فى شأن السبب الأجنبى، من حادث فجائى أو قوة قاهرة أو خطأ المضرور، أو خطأ الغير، ينطبق فى كلتا المسئوليتيْن : المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية».

([52]) انظر حكم النقض جلسة 29 يناير سنة 1976، الطعن رقم 423 لسنة 41 قضائية، أحكام النقض، المكتب الفنى، مدنى، السنة 27- ص 343 حيث ذكرت المحكمة أن «القوة القاهرة – ماهيتها – أثرها. إنقضاء التزام المدين فى المسئولية العقدية، وانتفاء علاقة السببية بين الخطأ والضرر فى المسئولية التقدصيرية».

([53]) انظر د/ ميثاق طالب عبد حمادى الجبورى، مرجع سابق، ص 185.

2- من حيث تأثيرهما على العقد: تعد القوة القاهرة سبباً لفسخ العقد واختفائه، لا سبباً للحفاظ عليه وبقائه، بعكس التزام إعادة التفاوض الذى يشير بكل وضوح إلى أن الأطراف حرصوا منذ البداية على استمرار عقدهم فى السريان وبقاء الالتزامات التى يرتبها هذا العقد وإن كانت هناك حاجة إلى تعديلها([54]) لإعادة التوازن العقدى.

3- من حيث النتيجة: تختلف القوة القاهرة عن نظرية الظروف الطارئة والتزام إعادة التفاوض فيما تسفر عنه من نتائج، فبينما تجعل القوة القاهرة تنفيذ الالتزام مستحيلاً، فإن الأثر المترتب على تغير الظروف فى التزام إعادة التفاوض وفى نظرية الظروف الطارئة هو أن يكون تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة جسيمة([55]).

4- من حيث الأثر: تؤدى القوة القاهرة إلى انتفاء مسئولية المدين وانفساخ العقد تلقائياً بقوة القانون([56])، أما التزام إعادة التفاوض فإنه يفرض على الأطراف إعادة التفاوض للوصول إلى حل يحقق التوازن العقدى، فإذا تعذر الوصول إلى حل، فقد يصل الأمر إلى فسخ العقد بحكم القاضى بناء على طلب المدين وفقاً للنص التشريعى الفرنسى (م1195 مدنى فرنسى جديد).

وتجدر الإشارة إلى أن مفهوم القوة القاهرة وشروط تطبيقها والنتائج المترتبة عليها قد تطور، بحيث أصبح الأطراف يتبنون مفهوماً موسعاً لها مما يجعلها تتقارب إلى حد ما من التزام إعادة التفاوض، ولم تعد تواجه استحالة التنفيذ فقط، بل أصبحت تواجه حالة ما إذا كان الالتزام أكثر إرهاقاً للمدين وليس فقط مستحيلاً([57]).

([54]) انظر د/ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض فى عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 58.
وتجدر الإشارة إلى أن القوة القاهرة قد تكون سبباً لوقف تنفيذ العقد وليس سبباً لفسخه وهو ما أكدته محكمة النقض بقولها: «إذا كانت القوة القاهرة تمثل مانعاً مؤقتاً من التنفيذ فلا يكون لها أثر سوى وقف تنفيذ الالتزام فى الفترة التى قام فيها الحادث حتى إذا ما زال هذا الحادث عاد للالتزام قوته فى التنفيذ، انظر نقض مدنى 30 يناير/كانون 1991، مجموعة المكتب الفنى، س 42، رقم 55، ص 336-337.

([55]) انظر د/ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مرجع سابق، فقرة 127، ص 155، حيث يذكر سيادته أنه «جدير بالذكر أن الحوادث الطارئة هى تلك التى لا تؤدى إلى جعل تنفيذ التزام المدين مستحيلاً، لأنه لو صار مستحيلاً لانقضى الالتزام وانفسخ العقد. ولم يكن هناك مجال لتعديله، وهذه هى الآثار التى تترتب على القوة القاهرة»

([56]) تنص المادة 159 مدنى مصرى على أنه «فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه».
وانظر أيضاً د/ سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 197، حيث يذكر سيادته أنه «يترتب على انفساخ العقد تحمل المدين وحده الخسارة الناشئة عن عدم تنفيذ العقد وانفساخه».

([57]) انظر فى هذا الصدد د/ شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف فى عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، فقرة 93، ص 163.
وانظر أيضاً د/ هنى عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 46.

فى

الفرع الثالث
التزام إعادة التفاوض
وشروط تعديل العقد التلقائية

32- لا مراء أن التزام إعادة التفاوض يلتقى مع شروط تعديل العقد التلقائية([58]) فى أنهما نتاج الإتفاق الإرادى بين المتعاقديْن، والهدف الذى يسعى كل منهما إلى تحقيقه هو إعادة التوازن العقدى الذى اختل بسبب تغير الظروف، بيد أن الأخيرة لا تحتاج إلى تدخل الأطراف واجتماعهم على مائدة التفاوض مرة أخرى، بل يتم ذلك بصفة تلقائية، بناء على مؤشرات موضوعة سلفاً فى العقد، تستوجب هذا التعديل التلقائى، وعلى ذلك يتضح أن شروط تعديل العقد (les clauses d'adaptation du contrat) هى شروط تسمح بإعادة توزيع المخاطر المالية بين الأطراف بشكل تلقائى، وتؤدى هذه الشروط إلى تعديل العقد أو تعديل أحد شروطه إذا وقعت ظروف معينة حددها الأطراف فى عقدهم، مثل تغيرات فى التكلفة، أو فى الثمن، أو فى الأجور، أو العملة التى سيتم الدفع بها، وفقاً لمؤشر معين حدده الأطراف فى العقد([59]) ويبقى لالتزام إعادة التفاوض ذاتيته وتميزه عن هذه الشروط ويتضح ذلك فى الآتى:-

---

([58]) V. Me Mamadou Konate, crise Financier et contrats commerciaux, 111e édition du congrés Africain des juristes d'entreprises (Coja 2010), organise par le centre africain pour le droit & le de developpement, p.2.

حيث جاء فيها أن:

"On entend par clauses d'adaptation automatique, l'ensemble des dispositions présentes dans les contrats dont l'activation, déclenchée par la survenance d'un événement prèdèfini, entraîne une modification substantielle des conditions initiales dans lesquelles le contrat a été consenti.

Mais le mécanisme d'adaptation est souvent plus ou moins complexe car il va avoir pour objet de détérminer le contenu de l'adaptation immédiate ou à une procédure d'adaptation dite mediate "

وانظر أيضاً د/ أحمد السعيد الزقرد، أثر الظروف اللاحقة على تحديد مضمون الالتزام العقدى، مرجع سابق، فقرة 39، ص 149.

([59]) انظر د/ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض فى عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 47، حيث يذكر سيادته أن هذه الشروط يُطلق عليها البعض شروط الحفاظ على القيمة (Les clauses de maintien de la valeur) ومن هذه الشروط شرط تغير القيمة على أساس مؤشر أو أكثر la clause d'indexation، وشرط الإبقاء على القيمة رغم تغير العملة أو أية أسباب أخرى (La clause d'echelle mobile).

V. aussi, Guillaume lacroix, l'adaptation du contrat aux changements, de circonstances, memoire, université D Remies, 2015, p. .

وقد جاء فيها تعريف (Les clauses de variation automatique) بأنها:

"La clause de variation automatique autrement applée clause d'indexation ou clause de échelle mobile. A pour rôle de modifier de plein droit l'objet de l'obligation, Elle modifie généralement le montant de l'oblégation de somme d'argent en fonction des changements enregistrés par les indices

1- الاختلاف من حيث طريقة إعمال التعديل: يتم التعديل بالنسبة لشروط التعديل التلقائية بشكل تلقائى وفقاً لمؤشر محدد سلفاً فى العقد، ومثالها أن يتفق الأطراف عند إبرام العقد على أنه فى حالة حدوث تغير فى قيمة العملة التى يتم الدفع بموجبها، أو فى تكلفة المواد الأولية، فإن السعر يتحدد بنسبة معينة، أى أن الثمن يتعدل بصفة تلقائية دون تدخل من الأطراف، ودون الحاجة إلى إعادة التفاوض بينهما([60]).

أما التزام إعادة التفاوض فيستلزم من أطراف التعاقد الجلوس على مائدة المفاوضات للوصول إلى حل يعيد التوازن العقدى، بمعنى أن الحل الذى يرتضيه الأطراف بعد إعادة التفاوض هو الذى يلزم الأطراف ويكونون ملزمين بتنفيذه([61]).

2- الاختلاف من حيث التحديد المسبق لقدر التعديل: تتحدد نسبة التعديل – فى التعديل التلقائى للعقد – سلفاً من قبل الأطراف، وتقاس عادة بنسبة الزيادة فى قيمة العملات، أو فى المواد الأولية أو نسبة الضرائب المفروضة ويكون هذا التحديد بشكل دقيق لا يثور بصدده أى خلاف بعد ذلك بين الأطراف ومثال ذلك أن يتفق الأطراف على أنه لو زادت قيمة المواد الأولية بنسبة 6%، يرتفع السعر بنسبة 4%([62]).

---

mesurant le prix d'un produit ou d'un service déterminé. Ou le niveau général des prix. Ces clauses ont été accusées de favoriser l'inflation.

Leur validité a donc été longtemps discutée. Mais en raison de leur utilité. La jurisprudence en a admis la validité sans réserve dans les paiements internationaux.

([60]) V. Philippe Kahn, "lex mercatoria" et pratique des contrats internationaux, in: le contrat economique international, Bruxelles, paris 1975, p. 200 et suiv.

([61]) انظر د/ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض فى عقود التجارية الدولية، مرجع سابق، ص 48.
وانظر أيضاً د/ مروك أحمد، رسالة سابقة، ص 164.
V. aussi, Georges Rouhette, la révision conventionnelle du contrat in: Revue internationalle de droit comparé vol. 38, n°2, Avril-Juin 1986, n°20, p. 393.

([62]) انظر د/ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض، مرجع سابق، ص 49.
وانظر أيضاً د/ هنى عبد اللطيف، رسالة سابقة، ص 57. حيث تذكر أن: «شروط التعديل التلقائى تقوم على أساس استبعاد تدخل أطراف العقد الدولى فى مرحلة التنفيذ إذا ما طرأت حوادث استثنائية، حيث يتم اعتماد آلية مسبقة عند إبرام العقد لمعالجة هذا التغيير فى ظروف تنفيذ العقد».
V. aussi, Pierre Misson, technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux: les cas de force majeure et d'imprévision, les cahiers de droit, vol. 35, no2, 1994, p.281-334, p. 308.

حيث جاء أن :

أما بالنسبة لالتزام إعادة التفاوض، فإن التعديل لا يتحدد مسبقاً، بل يتقرر بناء على ما تسفر عنه المفاوضات العقدية التى تتم تطبيقاً لهذا الالتزام، ويهدف التعديل إلى إعادة التوازن العقدى الذى اختل بسبب تغير الظروف، ويتوقف مقدار التعديل فيها بالدرجة الأولى على ما يتوصل إليه الأطراف عند إعادة التفاوض علي شروط العقد([63]).

المبحث الثانى
الأساس القانونى لالتزام إعادة التفاوض
وشروط ممارسته

33- يناقش الفقهاء والباحثون أساس التزام إعادة التفاوض، ولعل الأساس العقدى (الاتفاق) هو الأصل فى تحديد أساس هذا الالتزام، بيد أن بعض أحكام التحكيم فى عقود التجارة الدولية تقر بالتزام إعادة التفاوض رغم غياب هذا الاتفاق. والسؤال الذى يطرح نفسه فى هذا الصدد ما هو الأساس القانونى لهذا الالتزام فى حالة غياب الاتفاق؟ هذا من جانب([64])، ومن جانب آخر فإن التطور التشريعى الذى لحق بالقانون المدنى الفرنسى

"Les cluses d'adaptation automatique instituent du sein de la relation contractuelle un mécanisme "que adaptera le contrat sans en affecter la soudite puisqu'aucun nouvel accords de volantés ne sera nécessaire à ce moment la ". leur insertion implique la prise en cansidération par les parties de visques d'ordre économique, financier et concurrentiel. Ces risques seront traités comme des variables qui seront mises en relation avec un élément de référence. Il pourra s'agirdes caurs de l'or au d'une devise si les parties souhait ent se prémunir contre une dévalutrion au une baisse de parité, de L'indice des prix de certaines matières prenières par rappart à l'inflation; des afferts par la concurrence, etc.

([63]) انظر د/ مروك أحمد، مرجع سابق، ص 165.

V. aussi, Gael chantepie, Mathias Latina, la réform du droit des obligations, les jours de la par Dalloz, J-23, 8 Septembre 2016, n°524.

V. aussi, Hussein El Mahi, op. cit., n° 29, p. 68.

حيث جاء فيها أن:

"Les parties spéculent, le plus souvent, contre les changement en prévoyant de rémider à ses conséquences, et convenir des résultars à en tierer. Elles determinont alors un seuil de variation au délà du quell le contrat devra etre adapté. L'adaptation peut danc être prévue en termes de résultat. Dans ce cas. Le contrat s'adapte automatiquement aux circonstan-ces. Sans obligation de renégocier.

([64]) V. Pascal Pichonnaz et Franz Werro, la pratique contractuelle 2, Sumposium en droit des contrats, sehulthess, ed. Romandes 2011, p.23.

وما استتبعه من النص على التزام إعادة التفاوض فى المادة (1195 مدنى فرنسى جديد) سابق الإشارة إليها، يجعلنا لا نتردد – فى القول – بأن الأساس الاتفاقى لم يعد هو الوحيد المقبول لتبرير هذا الالتزام، بل انضم إليه الأساس التشريعى.

وإذا كان التزام إعادة التفاوض تتعدد أسسه المبررة لوجوده، فما هى الشروط التى يجب توافرها لكى نطبق هذا الالتزام أياً كان أساسه الذى يستند إليه؟ وإذا كان تحديد الأساس يؤثر – بلا شك – فى تحديد الشروط، فالأمر المستقر عليه أن هناك حداً أدنى من الشروط يجب أن تتوافر لكى يتم تطبيق هذا الالتزام أياً كان أساسه القانونى([65]) وهذا ما سوف نوضحه على النحو التالى:

المطلب الأول: الأساس القانونى لالتزام إعادة التفاوض.

المطلب الثانى: شروط ممارسة التزام إعادة التفاوض.

المطلب الأول
الأساس القانونى لالتزام إعادة التفاوض

وقد جاء فيها أن :

"Comme nous l'avons vu avec les développements internation-aux, si l'on fonde l'adaptation du contratnon sur l'abus de droit mais sur les exigencies de la bonne foi en affaires, il est just d'aimposer aux parties d'adapter elles-même leur contrat.
En effet, qui mieux qu'elle peut déterminer l'équilibre subjectif, qu'elles avaient recherché et ce qui il faut pour maintenir ce même équilibre contractuel, ainsi, pour tender vers une justice commutative dans le cas concert, les parties doivent pourvoir exiger la renégociation".

([65]) V. Alain Parent, l'imprévision en droit comparé. Une analyse normative économique, thèse faculté de droit, université Me Gill, Montoréal, 2014, p. 135.
V. aussi, Alain pietrancosta, interoduction of the hardship doctrine ("théorie de l'imprèvision") into French contrat law. A mere revolution on the books?, READS, 846, RTDF, n°3-2016, coloques, p. 1.

حيث يذكر سيادته أن النص على التزام إعادة التفاوض فى القانون المدنى الفرنسى هو من أهم التعديلات التى أتى بها مرسوم 131 لسنة 2016 فى القانون المدنى الفرنسى.

"taking a bout hardship the french approximate translation for "imprévision" in the context of the brexet seemed like a good idea. More seriously the introduction of the hardship concept into French civil law is certainly one of the main innovations of the ordinance no 2016-131 dated 10 February 2016, reforming the civil code provisions in respect to contract law, the general regim and the proof of obligations (the ordinance), planned to enter into force on the 1st of October.

وانظر أيضاً الإصلاحات المدخلة على نظرية الالتزام فى القانون المدنى الفرنسى/**جان** سمتس وكارولاين كالوم، ترجمة د/نبيل مهدى زوين، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، مقال منشور فى مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 20، ص117. حيث يذكر 0 على لسان المترجم – أن المادة (1171 من التقنين المدنى حول الشروط التعسفية، والمادة 1195 حول الظروف الطارئة) قد تعرضتا إلى الانتقاد بسبب كونهما يفتقدان إلى إرشاد متماسك حول كيفية وجوب تطبيقهما من قبل المحاكم بطريقة متسقة.

34- ذكرنا أن الأساس الاتفاقى هو الأصل بالنسبة لالتزام إعادة التفاوض (الفرع الأول)، فإذا لم يوجد يحق لنا أن نتساءل عن هذا الأساس (الفرع الثانى)، وأخيراً نتكلم عن الأساس التشريعى لالتزام إعادة التفاوض (الفرع الثالث) على النحو التالى:

الفرع الأول
الأساس الاتفاقى لالتزام إعادة التفاوض

أولاً – التزام إعادة التفاوض تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة:

35- تلعب الإرادة دوراً رئيسياً فى نشأة الالتزام العقدى وتحديد مداه، ولعل ذلك يرجع إلى المبدأ الأساسى الذى لازال يسود التصرفات القانونية الداخلة فى رحاب القانون الخاص. وهو مبدأ سلطان الإرادة (Principe de l'autonomie de la volonté). ومؤدى هذا المبدأ، أن الإرادة كافية بذاتها لإنشاء التصرف القانونى، دونما ضرورة تحتم ورود التعبير فى صورة معينة أو شكل خاص، وأنها من ناحية أخرى، سيدة فى تحديد آثار التصرف الذى تجريه، وإن كان ذلك فى الحدود التى لا تمس الغير بطبيعة الحال([66]).

وإذا كان الأمر كذلك، فإن التزام إعادة التفاوض بوصفه شرطاً يدرجه المتعاقدان فى عقودهم هو محض تطبيق لمبدأ سلطان الإرادة، ولا يجب أن يتبادر إلى الذهن مدى جدوى وأهمية هذا الشرط، طالما الأطراف قادرون على الاتفاق على التعديل اللاحق للعقد([67])، لأن هذا الاتفاق يكون بمحض اختيار الأطراف، أما إدراج

([66]) انظر د/ عبد الفتاح عبد الباقى، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامى، الكتاب الأول، بدون دار نشر، سنة 1984، فقرة 26، حيث يذكر سيادته أن «أساس العقد هو الإرادة المشتركة لعاقديه. فهذه الإرادة المشتركة هى التى تُنشئ العقد وتقيمه، كما أنها هى التى تحدد آثاره».
وانظر أيضاً فقرة 27، ص 41 من نفس المؤلف.
وانظر أيضاً د/ علاء الدين عبد الله الحصاونة، مرجع سابق، ص9، حيث يذكر سيادته أن «للحرية التعاقدية وسلطان الإرادة دور مهم فى الالتزام بإعادة التفاوض، ويحتاج الدائن إلى مدينه فى هذا المجال، حيث يحق للأطراف أن يحددوا بشكل دقيق أن إعادة التفاوض يصبح ممكناً بمجرد حصول حدث غير متوقع يخل بالتوازن العقدى، ويجعله غير مجد، أو بلا جدوى لأحد الأطراف، ومن الممكن تحديد هذه الأحداث من قبل الأطراف لتطبيق مدى الشرط وتحديده بمدة معينة أو استثثار بعض الأحداث.
انظر فى نقد مبدأ سلطان الإرادة، د/ عبد الحى حجازى، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثانى، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، سنة 1954، حيث يتساءل سيادته «إذا كان وظيفة القانون هى العمل على تحقيق العدالة فهل يتفق مع تحقيق العدالة أن يكون للإرادة سلطانها المطلق فى إنشاء الالتزامات؟. ثم يقول سيادته: يرى إهرنج أن تقرير الحرية المطلقة للعقود هو بمثابة ترخيص بالسلب للقراصنة وقطاع الطرق».

([67]) إذا كان من حق الأفراد أن يتفقوا على تعديل العقد بعد انعقاده وأثناء مرحلة التنفيذ لكى يتواءم العقد مع الظروف الجديدة، فإن هذا التعديل يكون بموجب اختيار الطرفين ولا يوجد إلزام على أحد منهم بذلك فإذا امتنع الطرف

هذا الالتزام فى العقد ابتداءً فيضفى الصفة الإلزامية على المتعاقديْن بضرورة الدخول فى التفاوض بحسن نية، للتوصل إلى حل لإعادة التوازن العقدى الذى اختل بسبب تغير الظروف، وبالتالى يتعرض الطرف الممتنع عن التفاوض للمسئولية العقدية([68]).

وطالما كان التزام إعادة التفاوض يجد أساسه القانونى فى إرادة الأطراف بالدرجة الأولى، فإن نطاقه وآثاره يتحدد بما اتفق عليه الأطراف فى العقد([69]). ومن ثم تختلف صوره تبعاً لاختلاف الصيغ العقدية المدرجة فى العقد وهذا يؤكد أن هذا الالتزام ليس واحداً فى كل العقود، بل يختلف ليس فقط من عقد لآخر، بل فى العقد الواحد يختلف حسب الصيغة التى يتبناها العاقدان فى عقدهم.

ثانياً: التزام إعادة التفاوض ليس استثناء من القوة الملزمة للعقد:

36- تبنى القانونان المدنيان المصرى والفرنسى قاعدة «العقد شريعة المتعاقدين»([70])، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفيْن، أو للأسباب التى يقررها القانون»([71]).

المستفيد من تغير الظروف، أو على الأقل الطرف غير المضرور فلن يستطيع الطرف المضرور إجباره على ذلك، بعكس إذا كان هناك التزام بإعادة التفاوض.

([68]) V. A. Ghozi, la modification de l'obligation par la volonté des parties, étude de droit civil francais, LGDJ, 1980, n° 13, p.4.
حيث يعرف التعديل الاتفاقى بأنه «العمل القانونى الذى بمقتضاه يتفق الأطراف على أن يغيروا، أثناء فترة التنفيذ، واحداً أو أكثر من عناصر الاتفاق الذى يربطهم مع الاحتفاظ بالرابطة العقدية».
(La modification se dèfinit comme "l'acte juridique par lequel les parties conviennent de changer en cours d'exécution un ou plusieurs éléments de la convention qui les lie en maintenant le rapport contratuel".

([69]) انظر د/ شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف فى عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، فقرة 24، ص 37. حيث يذكر سيادته أن «مفهوم شرط إعادة التفاوض «Hardship» يتحدد بالنطاق وبالآثار التى اتفق عليها الأطراف فى العقد، ولذا يتصف الشرط بطابع اتفاقى يجعله يتغير من عقد لآخر. والوصف التعاقدى والتلاؤم مع التغيرات المختلفة للظروف منحا الشرط أهمية كبيرة جعله يتفادى التردد فى الأخذ بنظرية الظروف الطارئة من جانب بعض النظم القانونية الوطنية وقضاء التحكيم».

([70]) انظر د/ رمزى فريد محمد مبروك، مدى سلطة صاحب العمل فى الانفراد بتعديل بنود عقد العمل ذى المدة غير المحددة، دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد 12، سنة 1992، الصفحات 252-391، ص 255.
وانظر أيضاً د/ عابد فايد عبد الفتاح، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية فى قانون الالتزامات المقارنة، دراسة تطبيقية فى عقود السفر والسياحة، المؤتمر العلمى السنوى الرابع، الجوانب التشريعية والاقتصادية للسياحة، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مارس، الصفحات 939-1011، فقرة 21 وما بعدها، ص 954 وما بعدها.

([71]) انظر المادة 147 فى فقرتها الأولى من القانون المدنى المصرى.
وانظر أيضاً المادة (1103 من التقنين المدنى الفرنسى الجديد) التى تنص على:
"Les contrats légalement forméstiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits».

وإذا كان القانون المدنى المصرى قد أورد عدة استثناءات على هذه القاعدة لتحقيق العدالة العقدية وحماية الطرف الضعيف فى العقد([72])، فإن القانون المدنى الفرنسى لم يجعل لهذه القاعدة استثناء، بل طبقها تطبيقاً حازماً، وتبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه، فرفضت تعديل العقد بسبب تغير الظروف فى مرحلة التنفيذ([73]).

37- لذلك نقرر أن إدراج الأطراف المتعاقدة لالتزام إعادة التفاوض فى عقودهم يجد أهميته فى تلك الدول التى لا تأخذ بنظرية الظروف الطارئة ولا تسمح للقاضى بالتدخل لإعادة التوازن العقدى فى مرحلة التنفيذ مثل فرنسا، بل يجد هذا الالتزام أهميته حتى فى الدول التى تطبق تشريعاتها نظرية الظروف الطارئة مثل مصر، حيث يعطى هذا الالتزام للأطراف التفاوض بحسن نية لإعادة التوازن العقدى، دون التقيد بالوسائل المحدودة التى تطبقها نظرية الظروف الطارئة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن تطبيق هذا الالتزام يكون عن طريق الجلوس على مائدة المفاوضات فى جو يسوده الود والتعاون، بعكس تطبيق نظرية الظروف الطارئة التى يطبقها القاضى بناء على طلب المضرور وجبراً عن الطرف الآخر وفى جو تسوده المنازعة القضائية([74]).

([72]) كما يحدث من سلطة القاضى فى تعديل الشروط التعسفية فى عقود الإذعان (149، 151 مدنى مصرى)، وكما يحدث من تطبيق نظرية الظروف الطارئة، الفقرة الثانية من المادة (147 مدنى مصرى)

([73]) انظر ثلاث أحكام لمحكمة النقض الفرنسية (قضية قنال كاربون Canal de carbon) بتاريخ 9 مارس 1876، قضية البدل الشخصى فى الخدمة العسكرية contrat de remplacement militaire بتاريخ 9 يناير سنة 1856، وقضية إجازة الماشية cheptal بتاريخ 6 يونيو سنة 1921.

V. aussi , Marie Eliphe, la force obligatoire du contrat de travail, mémoire université paris II, 2016, no. 35, p. 22.

وانظر أيضاً أحمد تقى فضيل، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فى القانون الدولى العام، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 1422هـ، 2002م، ص10.

وانظر أيضاً أ/علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2008/2007، ص 9.

([74]) انظر د/ ميثاق طالب عبد حمادى الجبورى، مرجع سابق، ص 127. حيث يذكر سيادته أن «بعض الفقه ذهب إلى أن تطبيق شرط إعادة التفاوض لا يمكن أن يتعارض بأى حال من الأحوال مع مبدأ القوة الملزمة للعقد، بل على العكس من ذلك يؤدى هذا الشرط دوراً مهماً فى ضمان التوازن الاقتصادى للعقد الذى يشكل غاية أساسية يهدف أطراف العقد إلى تحقيقها، فضلاً عن أهميته البالغة فى تجنب التفسير غير الدقيق لمبدأ (عدم تغير الظروف، بوصفه شرطاً ضرورياً لديمومة مبدأ القوة الملزمة للعقد، ثم يضيف فى هامش (219)، ص127، بأن البعض ذهب إلى أن التخوف من شرط إعادة التفاوض وكونه يؤثر فى القوة الملزمة للعقد تخوف لا أساس له، لأن إعمال هذا الشرط لا يمكن أن يتم إلا بواسطة الأطراف معاً وبرضائهما، ولا شك أن ذلك يعد تطبيقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد.

وانظر أيضاً د/ محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض فى عقود الميكنة المعلوماتية، مرجع سابق، ص 259، هامش (2).

وانظر أيضاً د/ رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 315.

الفرع الثانى
الأساس القانونى لالتزام إعادة التفاوض
فى حالة غياب الاتفاق

38- إذا كان التزام إعادة التفاوض([75]) تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة عندما يدرجه المتعاقدون فى عقودهم، وتطبيقه أثر من آثار القوة الملزمة للعقد، فما هو الأساس القانونى لهذا الالتزام فى حالة غياب الاتفاق؟.

بادئ ذى بدء نقرر أنه يلزم قبل الإجابة على هذا التساؤل، أن نسبقه باستعراض رأى الفقهاء والباحثين فى إمكانية تطبيق التزام إعادة التفاوض رغم عدم وروده كشرط مدرج فى العقد.

اختلف الفقهاء والباحثين حول هذا الموضوع إلى اتجاهيْن نستعرضهما فى الآتى:-

الاتجاه الأول: يرى بعض الفقهاء والباحثين([76]) عدم جواز تطبيق التزام إعادة التفاوض عندما يحجم أطراف التعاقد عن إدراجه فى العقد، لأن ذلك لا يمكن بحال من الأحوال أن يكون غير مقصود. وبتعبير أكثر

([75]) انظر د/ معمر بو طبالة، الإطار القانونى لعقد التفاوض فى مفاوضات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتورى، قسطنتينه، الجزائر، 2016-2017، ص 35.
وانظر أيضاً د/ أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانونى لمفاوضات العقود الدولية، مجلة الدراسات الدبلوماسية، عدد 19، سنة 2004م، الصفحات 111-183، ص 134، حيث يذكر سيادته أهمية هذا الالتزام بقوله: «دون الدخول فى تفاصيل هذا الشرط، يكفى أن نقرر أن المفاوضات تعتبر الأساس والأداة الفنية لإنقاذ العقد، وتصويب مساره بتخفيف الضرر عمن لحقه، حفاظاً على الصلة والتعاون المستمر بين أطرافه، والتى من غيرها ستتوقف علاقات الطرفيْن، مما يعمل على تفاقم الضرر بالنسبة لأحد طرفيْه، وقد ينفسخ العقد إن وصل الأمر إلى حد استحالة تنفيذ الالتزامات».
V. aussi, Mlle Yesdad Houria, le contrat de vente internationale de marchandises, th. Faculté de droit, université Mouloud Mammeri de tizi – ouzou, 2008, n° 44, p. 25.

([76]) انظر د/ شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف فى عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 43، حيث يؤكد سيادته أنه «لا ينطبق الشرط دون النص الصريح عليه من جانب الأطراف. وإثارته من أحد الأطراف بهدف تعديل أحكام العقد، دون وجود نص صريح سوف يثير تطبيق نظرية الظروف الطارئة وسوف يرتبط تعديل العقد فى هذه الحالة بمدى معرفة القانون المطبق على العقد لهذه النظرية».
وانظر أيضاً أ/ مريم بهلوان، شرط إعادة المراجعة فى عقود التجارة الدولية، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد خاص، سنة 2017، الصفحات 32-41، ص 35، وانظر د/ علاء الدين عبد الله فواز الحصاونة، مرجع سابق، ص 631، حيث يذكر سيادته أن الرافضين لمبدأ مراجعة العقود يستندون إلى اعتبارات عملية أهما «الاستقرار القانونى للمعاملات».

وضــوحاً نقول: أن عزوف الأطراف عن إدراج هذا الشــرط معناه أن نيتهم قد اتجهت إلى عدم تطبيق حال تغير الظروف واختلال التوازن العقدى.

الاتجاه الثانى: يرى البعض([77]) أن التزام إعادة التفاوض يشكل مبدأ وقاعدة من قواعد قانون التجارة الدولية (Lex-mercatoria) مما يستلزم تطبيقه من القضاء والتحكيم دونما حاجة إلى اتفاق الأطراف عليه صراحة فى العقد، وهذا ما أكدته محكمة التحكيم ([78]) بقولها أن: «قواعـــــــد(Lex Mercatoria) تفرض على المتعاقدين بقاء الأداءات المالية متوازية»، كما أكدت نفس المحكمة فى نفس القضية أن «كل عقد دولى يفترض فيه أنه عقد قائمُ على توازن أداءاته المتقابلة».

39- رأينا الخاص: لا يمكن بحال من الأحوال الأخذ بهذا الرأى فى العقود الداخلية وذلك لأن التشريعات الوطنية إذا كانت تتبنى تطبيق نظرية الظروف الطارئة كما هو الحال فى مصر، فإن غياب إدراج الشرط فى العقد يستلزم تطبيق نظرية الظروف الطارئة وفقاً لشرائطها وحدودها المنصوص عليها فى القانون، وإذا كانت التشــريعات الوطنية لا تتبنى تطبيق نظرية الظروف الطارئة كما هو الحال فى فرنســا قبل تعديل سـنة 2016 والذى نص فيه على التزام إعادة التفاوض (المادة 1195 مدنى فرنســى جديد)، فإن غياب إدراج هذا الشرط يستلزم عدم تطبيقه حفاظاً على القوة الملزمة للعقد.

([77]) انظر د/ محمد أبو زيد، المفاوضات فى الإطار التعاقدى، صورها وأحكامها، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، المجلد 47، العدد 1، عام 2005، الصفحات 105-192، فقرة 22، ص 146، حيث يذكر سيادته أن «الرعاية التى يتلقاها هذا الشرط بالإضافة إلى ما هو ملحوظ حالياً بشأن تكراره فى العقود الدولية، فإنه يتضح لنا مدى الانتشار الذى سيكون عليه فى المستقبل القريب، هذا الذى يتيح الفرصة لأن يصير حكماً مألوفاً يبرر القول مستقبلاً بأنه أصبح بمثابة إحدى قواعد التجارة الدولية، أى يصبح قاعدة من القواعد المكونة لفكرة (Lex Mercatoria).

([78]) الحكم صادر فى القضية رقم 2291 سنة 1975، جرنال القانون الدولى، Chunet 1976 ص 989: 992 تعليق Y.Derains ذكره

Fillali O Sman, Les principes generaux de la lex Mercatoria contribution a l'étude d'un ordre juridique anational, L.G.D.J. 1992, p. 162.

وانظر أيضاً من يدعم هذا الرأى ويؤيده د/ميثاق طالب عبد حمادى الجبورى، مرجع سابق، ص 129، حيث يذكر سيادته أن هذا الرأى «يتلاءم ومقتضيات التعامل التجارى الدولى، ومصالح الأطراف المتعاقدة وأهدافهم، والمتمثلة فى ضرورة الحفاظ على استقرار توازن العلاقات العقدية وحفظها من الإنهاء المبكر، مع ضرورة عدم فتح المجال أمام الغير للتدخل بهذه العلاقة العقدية»، ولا شك أن شرط إعادة التفاوض يحقق كل تلك المعطيات.

وانظر أيضاً د/ عبد الرحيم السلمانى، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المجلة المغربية للقانون والإقتصاد، العدد الرابع 2011، ص 216، حيث يذكر سيادته أن «غالبية القرارات ترفض تعديل أحكام العقد فى حالة خلوه من شروط إعادة التفاوض. ولا يختلف الأمر كثيراً إذا طبق المحكم قانوناً وطنياً معيناً اختاره الأطراف لحكم العقد ..».

40- بيد أن السؤال الذى يطرح نفسه هو على أى أساس قانونى استند إليه الرأى القائل بتطبيق الشرط حتى فى حال غياب الاتفاق؟

استند أنصار هذا الرأى على مبدأ حسن النية الواجب توافره فى كل العقود، والتى تتبناه معظم التشريعات الوطنية([79])، بل الاتفاقيات الدولية والمبادئ العامة للقوانين، فهاهى المادة (148 من القانون المدنى المصرى) تنص صراحة على أنه: «1- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية». وكذلك تنص المادة (1104 مدنى فرنســـى جديد) على أنه: «يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية. يُعد هذا الحكم من النظام العام»([80]).

كما تنص المادة (440-1304 من قانون التجارة الأمريكى الموحد CUCC على أنه «كل عقد أو واجب فى هذا العمل يفرض التزاماً بحسن النية فى أدائه وتنفيذه»([81]).

([79]) انظر المادة (238 من القانون المدنى العربى الموحد، والذى اعتمده مجلس وزراء العدول العربية كقانون نموذجى بالقرار رقم 228– د12- 19- 1996/11/19م)، والتى تنص على: «1- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشـــتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

V. aussi, Barbara Freleteque, Devoir et incombance en matière contractuelle, th. L'université de Bordeaux, ecole doctorale de droit, 2015, n° 124, p. 124.

وانظر قبلها فقرة 119-123، ص 120-123.

وانظر أيضاً د/ حسام الدين كامل الأهوانى، المفاوضات فى الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولى، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مجلد 38، عدد 2، سنة 1996، الصفحات 393-434، فقرة 20، ص 403، حيث يذكر سيادته أن «التفاوض يسيطر عليه مبدآن، الأول مبدأ حرية العدول فلا إجبار على قبول التعاقد، والثانى يجب أن يلتزم كل من الطرفيْن بواجب حسن النية فى التفاوض»، ثم يقول سيادته فى فقرة 24، ص 407 أن «حسن النية يقتضى أن تكون المفاوضات ساحة للتعامل بأمانة ومراعاة شرف التعامل والثقة والنزاهة، وليس ساحة للأكاذيب والخداع..».

([80]) V. art 1104 qui dispose que, «les contrat, doivent être négociès, formés et executés de bonne foi. Cette disposition. Est ordre public».

([81]) V. art 440. 1304 «Every contract or duty within this act imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement».

وانظر أيضاً د/ وفاء مصطفى محمد\ عثمان، توازن المصالح فى تكوين عقد البيع الدولى للبضائع وفقاً لاتفاقية ڤـــيينا لعام 1980، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عام 2005م، ص 200. حيث تذكر سيادتها أن «الولايات المتحدة الأمريكية من أبرز دول القانون العام فى الالتزام بتطبيق مبدأ حسن النية، حيث عرَّف القانون التجارى الأمريكى الموحد حسن النية فى المادة 1/203 على أنه: «الأمانة والإخلاص بشكل عملى فى السلوك أو فى التعامل فى السلوك».

وانظر أيضاً د/ محمد مهدى الجم، نظرية الظروف الطارئة، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، جامعة القاضى فياض، كلية الحقوق القانونية والاقتصادية والاجتماعية، العدد 15، سنة 1991، الصفحات 7-44، ص 14، حيث يذكر سيادته أن «إن من حسن النية فى تنفيذ العقد، احترام النيات الحقيقية من العقد، والإبقاء على القيم الحقيقية المتراضى عليها فيه. إن من حسن النية فى التنفيذ، اعتبار أن الطرفين لم يرضيا بما اتفقا عليه إلا فى ظروف العقد، وإلا إذا استمرت

كما تنص المادة 1-7 من مبادئ يونيدروا للعقود التجارية الدولية على أنه: «1- يلتزم كل طرف بأن يتصرف وفقاً لما يقتضيه حسن النية وأمانة التعامل فى التجارة الدولية. 2- لا يجوز للأطراف استبعاد هذا الالتزام أو تقييده([82]).

ويؤكد البعض([83]) هذا الرأى بقوله: «الالتزام بإعادة التفاوض فى غياب شرط (Le clause de Hardship) لا يجد أساسه فى إرادة الأطراف، بل فى مبدأ حسن النية الذى يعتبره مبدأ يسوس قانون العقود فى الأنظمة القانونية».

وإذا كانت الأنظمة القانونية المختلفة تعترف بهذا المبدأ فى العقود الوطنية والدولية على حد سواء فإن من تطبيقات هذا المبدأ التعاون والتعامل بصدق لتجاوز الخلل الذى أحدثه تغير الظروف، وبالتالى يجد هذا الالتزام أساسه فى مبدأ حسن النية.

الفرع الثالث
الأساس التشريعى لالتزام إعادة التفاوض

41- تخلى التشريع الفرنسى أخيراً عن موقفه المتشدد تجاه القوة الملزمة للعقد والذى اعتنقه منذ قانون 1804م، وذلك بالمرسوم رقم 131-2016 بشأن تعديل قانون العقود والأحكام العامة للالتزام والإثبات([84])،

تلك الظروف، بحيث لا يتغير حجم كل من الالتزاميْن الذى انصرف إليه وحده الرضا الذى يقوم عليه العقد أى يجب افتراض ذلك قرينة ثابتة موجودة فى كل العقود».

([82]) V. art 1-7: "1- Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade.
2- The parties may not exclude or limit this duty.
انظر ترجمة عربية أعدها د/ محمد حسام محمود لطفى (مبادئ يونيدروا للعقود التجارية)، النظرية العامة للالتزامات، القاهرة 2008م، ص 204.

([83]) انظر د/ هنى عبد اللطيف، مرجع سابق، ص .
وانظر أيضاً د/ يحيى أحمد بنى طه، مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود، دراسة مقارنة مع القانون المصرى والقانون الإنجليزى، رسالة دكتوراه، جامعة عمَّان العربية، الأردن، سنة 2007، ص 26.
V. aussi, Romain loir, les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats, Mèmoire, Lille 2, 2001-2002, p.9.
وانظر أيضاً د/ محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية بمبدأ حسن النية فى مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات، السنة السابعة والعشرون، العدد الرابع والخمسون، جمادى الآخرة 1434، أبريل 2013، ص 223، حيث يذكر سيادته أنه «يعتبر مبدأ حسن النية (good faith) أحد أهم المبادئ القانونية التى من خلالها يستطيع المشرع الوطنى التدخل للحفاظ على حالة من التوازن العقدى ...».

([84]) نشر بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، العدد 35 .. بتاريخ 2016/2/11م. أصبح هذا التعديل نافذاً اعتباراً من 2016/10/1م.
V. aussi, joseph vogel, difficultés liées à l' exigence de la convention unique pour les contrats de concession exclusive et remèdes envisageables, comment bien négocier, exécuter, et faire, face à la

حيث تضـمنت المادة (1195 مدنى فرنسـى جديد) النص صـراحة على التزام إعادة التفاوض بقولها: «إذا حدث تغير فى الظروف غير متوقع وقت إبرام العقد، يجعل التنفيذ مُكلفاً للغاية بالنسـبة للطرف الذى لم يقلل الخطر يجوز لهذا الطرف أن يطلب من المتعاقد الآخر إعادة التفاوض على العقد. ويســـتمر هذا الطرف بتنفيذ التزاماته أثناء إعادة التفاوض.

فى حالة رفض أو فشل إعادة التفاوض يجوز للأطراف الاتفاق على فسخ العقد اعتباراً من التاريخ ووفق الشروط التى يحددونها، أو أن يطلبوا، باتفاق مشترك من القاضى أن يقوم بتطويع العقد، – يمكن للقاضى فى حالة عدم وجود اتفاق خلال مدة معقولة – بناء على طلب أحد الأطراف تعديل العقد أو إنهائه، اعتباراً من التاريخ ووفق الشروط التى يحددها»([85]).

42– من خلال هذا النص يتضح أن المشرع الفرنسى قد تبنى الأساس التشريعى لالتزام إعادة التفاوض، بمعنى أنه جعل لالتزام إعادة التفاوض أسـاسـاً تشـريعياً وذلك بالنص عليه صـراحة فى هذه المادة، بيد أننا لنا ملاحظات على هذا الأساس هى:–

أ– الأساس التشريعى لالتزام إعادة التفاوض والمنصوص عليه من قبل المشرع الفرنسى ليس من النظام العام، وبالتالى يكون غير ملزم للأفراد ويجوز لأطراف العقد الاتفاق على اســتبعاد حكمه، لأن هذا الحكم من القواعد المكملة أو المفسرة لإرادة الأطراف، وليس من القواعد الآمرة([86]).

---

résiliation de vos contrats François et internationaux après la réforme du droit des contrats , 9 novembre 2017, 30. avenue d'léna 75116 paris. France , p.78.

([85]) V.art 1195 du code civil fr. qui dispose que: "Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.
En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

([86]) V. Louis thibierge, op. cit., p. 37.
V. aussi, luc Grynbaum, Réforme du droit des contrats: Synthèse du droit français et convergences avec le droit eurpéen, RLDI 3946, nº 124, Mars 2016, p. 42.
حيث يذكر سيادته «أن المشرع الفرنسى بنصه فى المادة 1195 على التزام إعادة التفاوض فإنه يعمم تطبيق شرط المشقة على كل العقود (إلا فى حالة استبعاد الأطراف لحكم هذا النص)».
"on assiste ainisi à la généralisation d'une sorte de clause de Hardship, sauf aux parties à l'exclure dans leur convention ou à rédiger la clause avec un processus different".

ب- جعل المشرع الفرنسى لأطراف التعاقد الحرية فى الوصول إلى الحل المناسب لإعادة التوازن دون أن يفرض عليهم حلاً معيناً، ودون أن يعطى للمضرور الحق فى التوقف عن التنفيذ أثناء فترة التفاوض.

ج- أعطى المشرع الفرنسى للقاضى السلطة فى تعديل العقد لإعادة التوازن العقدى الذى اختل بسبب تغير الظروف إذا طلب منه المتعاقدان ذلك باتفاق مشترك([87]).

د- أخيراً أعطى المشرع للقاضى – فى حالة عدم وجود اتفاق مشترك خلال مدة معقولة – أن يقوم بتعديل العقد وإعادة التوازن العقدى الذى اختل بسبب تغير الظروف، أو يقوم بفسخ العقد بناء على طلب طرف واحد فى التاريخ وبالشروط التى يحددها.

المطلب الثانى
شروط ممارسة التزام إعادة التفاوض

إن ممارسة التزام إعادة التفاوض تستلزم توافر شروط ثلاثة:

([87]) V. Alain pietrancosta, op. cit., p.3.
V. aussi, Rose-Noëlle schutz, le nouveau droit français des contrats, Recueil de travaux juridiques, n° 2/2017.

حيث جاء فيه أن:

"La partie qui supporte l'imprévision peut demander une rénégociation du contrat à son concontractant. Mais elle doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation. Fallait- il le dire? Il en est déja ainsi, les parties d'un commun accordant tojours pu renégocier leur contrat. Cette phase de renégociation conventionnelle est un préalable qui semble nécessaire pour appliquer les autre remédes péivus en effet, c'est " en cas de rfus ov d'échec de la renégociation" que les partie ont un choix:

Elles peuvent d'abord "convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, la encore fallait – il le dire, l'est un cas de révocation d'un commun accord envisagé dans le nouvel article 1193.

Elles peuvent préférer "demander d'un commun accord ou juge de procéder à son adaptation". Le pouvoir de révision du juge n'est donc accordé qu'en cas de saisine conjointe, sans doute une requête conjoint. Ce qui, aux termes de l'article 4 alinéa 4 du code de procédure civile, était dejà possible, ce texte conférant au juge une mission d'amiable compositeur. Cette deuixième voie sera cependant rarement mise en œuvre car il est pev vraisemblable que le contractant qui n'a pas accepté de renégocier se livre au pouvoir du juge.

En fin, «à défaut d'accord dans un delai raisonnable, le juge pent, à la demande d'une partie, reviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe». La première question que pase cette disposition est de savoir sur quoi il doit y avoir défaut d'accord des parties, l'absence de renégaciation, l'absence de resolution conventionnelle ou l'absence de révesion amiable confiée au juge, ou les trois réunis, ca qui imposerait la partie qui subit la lesion de passer par toutes les etapes pourque l'action judicaire soit ouverte. Le texte ne dit pas non plus si le juge a le choixentre la révision ou la résolution judicaire».

أولها: عدم توقع الحدث **(الفرع الأول)**،
ثانيها: استقلالية الحدث عن إرادة المدين **(الفرع الثانى)**،
ثالثها: اختلال التوازن **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول
عدم توقع الحدث

43- إن من شروط ممارسة التزام إعادة التفاوض أن يكون الحدث الذى أدى إلى اختلال التوازن غير متوقعاً وقت إبرام العقد، لأنه لو كان متوقعاً لأخذه المتعاقد فى اعتباره عند التعاقد، فإذا لم يأخذه فى اعتباره فيكون مقصراً ولا يلومنَّ إلا نفسه، ومن ثم لا يجوز له أن يتذرع بهذا الحدث لتغيير التزامه العقدى.

بيد أن السؤال الذى يطرح نفسه ما المقصود بعدم توقع الحدث؟

44- اجتهد الفقه والقضاء على حد سواء فى الإجابة على هذا التساؤل، وكان لمجلس الدولة الفرنسى قصب السبق فى هذا المجال، حيث استوجب هذا المجلس فى حكمه الصادر فى قضية غاز بوردو (Bordeau)([88]) لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، أن يكون ارتفاع الأسعار بعكس ما كان محسوباً، يتجاوز بشكل يقينى الحدود القصوى لزيادات السعر التى كان باستطاعة المتعاقدين توقعها منذ وقت إبرام العقد.

وهذا معناه أن هناك أحداثا يمكن توقعها وقت إبرام العقد، وبالتالى لا تكون سبباً فى إعادة التفاوض على العقد، وهناك أحداث أخرى لا يمكن بحال من الأحوال توقعها أو على الأقل توقع نتائجها وهذه هى التى يعتد بها لتطبيق التزام إعادة التفاوض.

وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسى([89]) عندما أجرى تفرقة هامة بين الاحتمال العادى والاحتمال غير العادى، فأطلق إسم الاحتمال العادى (aléa ordinaire) على كل احتمال يدخل فى حساب المتعاقدين من حيث الكسب العادى أو الخسارة العادية.

([88]) راجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر بتاريخ 30 مارس 1916 فى قضية:
Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux, Dalloz 1976. 3. 25, Slrey, 1916; 3.17.
«… une augmentation qui, déjouant lous les calculs, dè passé certainement les limites extremes ayant pu ètre envisage par les parties lors de passation du contrat».

([89]) V. Recueil des arrêts du conseil d'Etat, 3 déc. 1928, p.80 et p.90.
V. aussi, auverny bennetot, la théorie de l'imprévision, th. Paris, 1938, p. 61.
مشار إليه لدى د/ حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، الطبعة الأولى، القاهرة 1368 و 1949م، فقرة 91، ص 86.

وهذا الاحتمال يجب أن يدخل دائماً فى دائرة التوقع (prévision)، وأطلق المجلس ذاته اسم الاحتمال غير العادى (aléa extroordinaire) على كل احتمال لم يكن داخلاً فى دائرة التوقع، أى أن الاحتمال غير العادى هو الذى لا يدخل فى حساب المتعاقدين عند إبرام العقد بسبب عدم توقع الظرف الطارئ([90]).

45- وعلى الجانب الآخر نجد محكمة النقض الفرنسية([91]) تتبنى مفهوماً مشدداً لعدم التوقع، حيث ذكرت أن «الحدث غير المتوقع هو الحدث الذى يكون مستبعداً من أى توقع إنسانى».

كما قضت فى أحد أحكامها الصادرة عام 1989 بأن «عدم التوقع يعنى استحالة وقوع الحدث، فكل حدث ممكن وقوعه يكون متوقعاً»([92]).

46- وقد كان لمحكمة النقض المصرية([93]) دورٌ رئيس فى تحديد مفهوم عدم التوقع بقولها: «شرط تطبيق المادة 2/147 من القانون المدنى أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع الحصول وقت التعاقد، بحيث لا يكون فى مقدور الشخص العادى أن يتوقع حصوله لو وجد فى ظروف المدين وقت التعاقد، بصرف النظر عن توقع المدين فعلاً حصول الحادث الطارئ أو عدم توقعه».

من خلال هذا الحكم يتضح أن محكمة النقض أخذت بمعيار موضوعى فى تحديد عدم توقع الحدث، وليس بمعيار شخصى. وهذا ما أكدته المحكمة فى حكمها الصادر فى جلسة 29 من نوفمبر سنة 1990([94]) بقولها: «قوام نظرية الظروف الطارئة فى معنى المادة 147 من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو أن يكون الحادث استثنائياً وغير متوقع الحصول وقت انعقاد العقد، والمعيار فى توافر

([90]) انظر د/ حسبو الفزارى، مرجع سابق، ص 333.

([91]) V. Ramzy Mabrouk, la force majeure en droit des obligation etude de droit comparé Egyptien et français, th. Nantes, 1986, n°30, p. 47.

([92]) V. cass. Civ, 1ère ch. 31 Mai 1989, Bull. Transp, p. 513.

([93]) انظر جلسة 11 من نوفمبر سنة 1969، أحكام النقض، المكتب الفنى، مدنى، العدد الثالث، السنة 2، ص 1193.

([94]) انظر الطعن رقم 1297 لسنة 56 ق، على موقع محكمة النقض

(www. ccgov. eg).

وانظر أيضاً د/ عبد الفتاح عبد الباقى، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الكتاب الثانى، مرجع سابق، ص 548 حيث يذكر سيادته أن «معيار عدم التوقع معيار موضوعى قوامه الرجل المعتاد وليس معياراً ذاتياً قوامه نفس المتعاقد الذى يتمسك بالنظرية».

بيد أنه يقول فى هامش (2) من ذات الصفحة «لكن إذا بلغ المدين من الفطنة حداً جعله، بخلاف غيره من الناس، يتوقع حصول الحادث عند إبرام العقد، ما استطاع أن يقيد من تطبيق نظرية الظروف الطارئة، بحجة أن الرجل المعتاد لم يتوقع الحادث، لأنه لا يسوغ له أن يتأذى من حصول أمر كان يحتمل هو وقوعه، ودخل بذلك فى اعتباره، حيثما ارتضى العقد».

وانظر د/ محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول المصادر الإرادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2017م، فقرة 305، ص 483.

هذا الشرط معيار مجرد مناطه ألا يكون فى مقدور الشخص أن يتوقع حصوله لو وجد فى ذات الظروف عند التعاقد، دون ما اعتداد بما وقر فى ذهن هذا المدين بالذات من توقع الحصول أو عدم توقعه».

ويرى البعض([95]) «أن عدم التوقع يعنى عدم توافر دلائل عند التعاقد تشير إلى احتمالية وقوعه والتأثير على التزام المدين». وهذا ما أكدته هيئة التحكيم فى القضية رقم 2216 لسنة 1974 بقولها([96]): «يعنى عدم التوقع أنه فى لحظة وقوع الحدث لا توجد أية أسباب خاصة تدل على أنه سوف يقع».

47- وإذا كان هناك اتفاق بين الفقه والقضاء على ضرورة توافر شرط عدم التوقع، فما هو نطاق عدم التوقع؟ هل ينصب عدم التوقع على الحدث نفسه أم على النتائج التى تترتب على الحدث؟ أم على الاثنيْن معاً؟ هذا ما سنوضحه:-

اختلف الفقه فى الإجابة على هذا التساؤل إلى اتجاهيْن على النحو التالى:-

الاتجاه الأول: ذهب جانب من الفقه([97]) إلى أن عدم التوقع يجب أن يشمل الحدث والآثار التى تترتب على وقوعه، فعدم توقع أحدهما فقط لا يؤدى إلى انطباق أحكام شرط إعادة التفاوض.

([95]) انظر د/ عبد الحميد عثمان محمد، المفيد فى شرح القانون المدنى -2- مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1418ه، ص294.
حيث يذكر سيادته أن «الحرب لو كانت على وشك الاندلاع فى وقت التعاقد، بأن كان الرجل المعتاد يتوقع اندلاعها، ما كان من شأنها أن تؤدى إلى إعمال نظرية الظروف الطارئة.

([96]) انظر قرار التحكيم الصادر فى القضية رقم 2216 لسنة 1974، وارد فى:
J D I, 1975, p. 917, obs. Derains (Y).
مشار إليه لدى د/ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض فى عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 80.
وانظر أيضاً د/ حسبو الفزارى، مرجع سابق، ص 329، حيث يعرف توقع الظرف بقوله: «توقع الظرف هو العلم الراجح أو المحتمل بأن واقع معينة تحدث أو أنها لن تحدث فى وقت تنفيذ العقد، بحيث يكون معلوماً أن حدوث هذه الواقعة أو عدم حدوثها سيترتب عليه خلق صعوبة فى تنفيذ العقد إلى حد الإرهاق ..».

([97]) V. Hussein El Mahi, op. cit., n° 53, p. 84.
حيث يذكر سيادته أن:
"D'ailleurs, il s'agit la, à la fois, de l'imprévisibilité du changement des circonstances et de ses repercussions sur le contrat. Dans ce cadre, nous relevons quatres hypothéses: ou bien le changement et ses répercussions sur le contrat sont prévisibles, ou bien ils sont imprévisibles, dans ces deux hypethréses, le fonctionnement de la clause de hardship ne rencontre ancune difficulté pratique; ou bien le changement est imprévisible tandis que ses repercussions sont prévisibles, ou bien le changement est prévisible et ses répereussions sont imprévisibles, dans les deux denières hypothèses, nous estimons que la clause de hardship ne se fonctionne pas. C'est ainsi, car chercker seulement l'imprévisiblitilé du changement ou ses repercussions c'est trahir la fanction pour laquelle cette clause a été elaborée; à savoir, rénegacier le contrat lors qu'un changement des

الاتجاه الثانى: يذهب هذا الاتجاه إلى القول([98]) بتوافر عدم التوقع إذا لم يتوقع المتعاقد النتائج التى تترتب على وقوع الحدث، حتى ولو كان الحدث نفسه متوقعاً.

48- رأينا الخاص: لا مراء أن الأخذ بالرأى الأول يجعل التزام إعادة التفاوض لا قيمة له من الناحية العملية حيث يضيق نطاقه إلى أبعد حد، وذلك لأنه قلما يوجد حادث غير متوقع، ولذلك نتفق مع الرأى الثانى القائل بأن عدم التوقع يكون متوافراً إذا لم يتوقع المتعاقد – وقت التعاقد – النتائج المترتبة على الحدث حتى ولو كان الحدث ذاته متوقعاً، والعبرة فى عدم التوقع هو بوقت التعاقد، والمعيار الذى يجب الاستناد عليه لمعرفة توافر التوقع من عدمه هو معيار موضوعى ينظر فيه إلى الشخص العادى إذا وجد فى مثل ظروف المتعاقد([99])، وليس النظر إلى المتعاقد بالذات، مع الأخذ فى الاعتبار ما توقعه المتعاقد – وقت التعاقد – لو كان فائق الذكاء دون بقية سواد الناس.

الفرع الثانى
استقلالية الحدث عن إرادة المدين

49- هذا شرط بديهى رغم ادعاء البعض عدم ذاتيته واستقلاله عن شرطى عدم التوقع واختلال التوازن([100])، والحقيقة أن هذا شرط مستقل، حيث لا يمكن للمتعاقد أن يستفيد من حدث كانت لإرادته دخل فى إحداثه، لكى يتحلل من التزامه. لذلك يتفق معظم الفقه([101]) على اعتبار هذا الشرط له ذاتية وخصوصية ويستلزم وجوده لممارسة التزام إعادة التفاوض. ويحلو للبعض تسميته بعنصر الخارجية (extériorité)، بمعنى

---

circonstances entraine de resultants fondamentalement différents de ceux qu'avaient envisagés les parties en s'engageant".

([98]) انظر د/ رشوان حسين رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، عرض لفكرة ملاءة العقد للظروف الاقتصادية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1994، فقرة 162، ص445.
وانظر أيضاً د/ ميثاق طالب عبد حمادى الجبورى، مرجع سابق، ص 254.

([99]) انظر قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية الصادر فى القضية رقم 5617 لسنة 1986، ورد فى:
J.D.I, 1986, n° 4, p. 1041.
حيث أكد قرار التحكيم السابق أنه «يتحدد عدم التوقع بوضع أحد الأشخاص فى نفس الوقت فى ظروف المدين لمعرفة ما إذا كان من الممكن أن يأخذ فى اعتباره الحدث وقت إبرام العقد».
وانظر أيضاً د/ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض فى عقود التجارية الدولية، مرجع سابق، ص 92. لمعرفة اختلاف الفقه حول المعيار الشخصى والموضوعى فى تقدير عدم التوقع.

([100])V. Paul Henri Antonmattei, contribution à l'etude de la force majeure, th. Montipllier, 1992, n° 53, p. 42.

([101])V. Par exemple, jean. Jacques taisone, la notion de condition dans les actes juridiques: contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle, th. Droit, lille 2: 1977, n° 122, p. 182.

أن الحدث خارج عن إرادة المدين، والمقصود بالمدين – فى هذا الصدد – هو الطرف الذى يتمسك بإعمال وتطبيق شرط إعادة التفاوض.

ولعل فلسفة هذا الشرط تتجلى فى أنه من غير المعقول أن يكون الحدث صادراً عن إرادة المدين، ثم نسمح له بجنى ثمار تقصيره وذلك باستفادته من التزام إعادة التفاوض وهذا لا يجوز.

ويرى البعض([102]) أن هذا الشرط من الشروط البديهية التى لا تحتاج إلى النص عليها صراحة فى القانون سواء فى نظرية الظروف الطارئة أو التزام إعادة التفاوض. وينتاب هذا الشرط صعوبات فى تحديده، فإرادة الأفراد قد تكون لها دخل مباشر فى وقوع الحدث، وقد تكون لها دور غير مباشر، ومع ذلك فإننى أرى أن الإرادة إذا كان لها سبب وإن كان غير مباشر فيجب ألا يستفيد صاحبها من التزام إعادة التفاوض، كما لو أخَّر تنفيذ العقد مماطلة منه ثم حدثت حوادث تؤدى إلى الإرهاق فإنه يمتنع عليه الاستفادة من التزام إعادة التفاوض لكى يتحلل من التزامه.

ويرى البعض([103]) أنه إذا كان شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين من الشروط الجدلية بين الفقه على مستوى القوانين الوطنية، فإنه يتمتع بثبات واستقرار قانونى فيما يتعلق بعقود التجارة الدولية، حيث أنه بعيداً عن كل شك وكل جدال، وهذا ما يؤكده الفقه وتتواتر عليه أحكام التحكيم.

وتتنوع صيغ هذا الشرط فى عقود التجارة الدولية، فقد يكون «حدث مستقل عن إرادة الأطراف، وخاصة المدين، وقد يفضل البعض التعبير عن هذا الشرط بمصطلح «الأحداث التى تخرج عن سيطرة الأطراف»([104]).

50- ويتساءل البعض([105]) عن كيفية تطبيق شرط استقلال الحدث فى حالة تعدد المدينين، هل يعتد باستقلال الحدث عن جميع المدينين أم يكفى أن يكون مستقلاً عن أحدهم، فيعتد بهذا الاستقلال بالنسبة له، دون أن يكون لتدخل غيره فى هذا الحدث أثر فى حقه فى تطويع العقد وتطبيق التزام إعادة التفاوض؟

والإجابة عن هذا التساؤل يقتضينا التفرقة بين أمريْن هما:-

([102])انظر د/ حسبو الفزارى، مرجع سابق، ص 320.
([103])انظر د/ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض فى عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 109.
([104])انظر د/ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض فى عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 109.
([105])انظر د/ ميثاق طالب عبد حمادى جبورى، مرجع سابق، ص 300، وانظر د/محمد محى الدين سليم، نظرية الظروف الطارئ بين القانون المدنى والفقه الإسلامى، دار المطبوعات الجامعية، 2010، ص 261.

الأمر الأول: تعدد المدينين مع التضامن([106])، وهنا نقول أنه يستلزم لاستفادة أى مدين من التزام إعادة التفاوض أن يكون الحدث مستقلاً عن إرادتهم جميعاً.

الأمر الثانى: تعدد المدينين مع عدم التضامن، وفى هذه الحالة فإن استقلال الحدث بالنسبة لأحدهم، يجعل من حقه تطويع العقد والاستفادة من التزام إعادة التفاوض، حتى ولو ساهمت إرادة المدينين الآخرين فى وقوع الحدث، فهم وحدهم الذين يحرمون من الاستفادة من التزام إعادة التفاوض لتخلف شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين فى حقهم دون أن يتأثر بذلك المدين الذى توافر الشرط فى حقه.

51- ومن التطبيقات القضائية لهذا الشرط نجد أن القضاء الفرنسى قد عبَّر عن هذا الشرط بقوله: «شرط خارج عن سيطرة الطرف المستفيد»، حيث أكدت محكمة النقض الفرنسية([107]) فى حكمها الصادر بتاريخ 16/مارس/2004 هذا الشرط بقولها: «أن من مستلزمات إعمال شرط إعادة التفاوض، فضلاً عن عدم التوقع واختلال التوازن، أن يكون التغير فى الظروف خارج عن سيطرة الطرف المستفيد».

وهذا ما أوضحته محكمة النقص المصرية بقولها: «أن شرط تطبيق نظرية الظروف الطارئة ألا يكون تراخى المدين فى تنفيذ الالتزام إلى ما بعد وقوع الظرف الطارئ راجعاً إلى خطئه»([108]).

52- ويتبادر إلى الذهن سؤال، ما هو معيار استقلال الحدث عن إرادة المدين، هل هو المعيار المادى (الموضوعى)، أم هو المعيار الشخصى؟؟ هذا ما سنوضحه:-

اختلف الفقه فى الإجابة على هذا التساؤل إلى اتجاهيْن هما:-

الاتجاه الأول: المعيار الموضوعى: ذهب البعض([109]) إلى أن المعيار الذى يجب أن يُقاس به استقلال الحدث عن إرادة المدين هو المعيار الموضوعى أو المادى والذى يقيس الاستقلال بالمقارنة بعمل أو نشاط

([106]) انظر بحثنا بعنوان: الالتزام التضاممى والالتزام التضامنى فى القانون المدنى، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق، جامعة طنطا، العدد الثامن والسبعين، إصدار إبريل 2017م، ص81.
وانظر أيضاً د/ حسبو الفزارى، مرجع سابق، ص 323.

([107]) V. Cass. Civ. 16 Mars 2004, Dalloz, 2004, somm, p. 1574.

([108]) انظر حكم محكمة النقض بتاريخ 26 مارس 1964، الطعن رقم 368، السنة 29 قضائية، مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومن الدائرة المدنية بمحكمة النقض (المكتب الفنى) السنة 15، العدد الثالث، مطبعة دار القضاء العالى، القاهرة، 1964، ص 409.

([109]) انظر د/ سليمان مرقس، فى نظرية دفع المسئولية المدنية، الحادث الفجائى والقوة القاهرة، فعل الدائن وفعل المصاب، فعل الأجنبى، دراسة مقارنة فى المسئولية التعاقدية والمسئولية التقصيرية فى القانون الفرنسى والمصرى، مطبعة الاعتماد بشارع حسن الأكبر، بدون سنة نشر، ص 204، 205، حيث يقول سيادته أن «بعض الشراح استنبط من اجتماع عبارتى

المدين، بمعنى ألا يكفى ألا تشـــارك إرادة المدين فى وقوع الحدث – وفقاً لهذا المعيار– بل يجب بالإضـــافة إلى ذلك أن يكون هذا الحدث بعيداً عن عمل أو نشاط المدين([110]).

الاتجاه الثانى: المعيار الشخصى: يذهب البعض([111]) إلى أن العبرة بالمعيار الشخصى وهو استقلال الحدث عن إرادة المدين، بمعنى ألا تشـــارك إرادة المدين فى أى وقت وبأى شـــكل من الأشـــكال فى إحداث الفعل.

ولا شـــــك ولا ريب أن الأخذ بمعيار من هذيْن المعياريْن له نتائج عملية تختلف إذا أخذنا بالمعيار الشـــخصـــى عنه إذا أخذنا بالمعيار الموضـــوعى، حيث ســـيضـــيق نطاق التزام إعادة التفاوض جداً إذا أخذنا بالمعيار الموضوعى، لأن الأخذ بهذا المعيار سيجعل أحداث كثيرة – مثل الإضراب الذى يحدث فى مؤسسة المدين – ليست مستقلة عن إرادة المدين ومن ثم لا يمكن تطبيق هذا الالتزام.

لذلك نرى([112]) أنه يجب الأخذ بالمعيار الشـــخصـــى حتى لا يضـــيق نطاق التزام إعادة التفاوض وحتى يكون لهذا الشرط فائدة عندما يدرجه المتعاقدون فى عقودهم.

الفرع الثالث
اختلال التوازن

53- لا مراء أن الهدف من التزام إعادة التفاوض هو إعادة التوازن العقدى الذى اختل أثناء التنفيذ، لذلك يســـتلزم – لممارســـة هذا الالتزام – أن يحدث اختلال فى مرحلة التنفيذ([113])، وهذا الاختلال يفوق فى

"cause étrangère" و "non imputable" فى المادة 1147 مدنى فرنسى، أن نص هذه المادة لا يكتفى بشرط انتفاء الإسناد، بل يتطلب أيضاً أن يكون السبب الذى يدفع به المدين مسئوليته خارجاً بحسب طبيعة الأشياء خروجاً مادياً عن المدين وعن منشأته، أى أنهم اعتبروا صفة الخروج المادى من لوازم السبب الأجنبى».

([110])د/ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض فى عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 114.

([111])V. Ramzy Mabrouk, op. cit., n° 177, p. 233.

([112])يعتبر المعيار الشخصى فى تقدير وجود عنصر استقلال الحدث عن إرادة المدين هو الراجح على مستوى غالبية الفقه القانونى.

انظر د/ ميثاق طالب عبد حمادى الجبورى، رسالة سابقة، ص 354.

وانظر أيضاً المراجع التى أشار إليها فى هامش (1)، ص 354.

وانظر أيضاً د/ هنى عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 93.

([113])د/ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض فى عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 141. وانظر أ/ جهيدة بن طبال، شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصداي مرباح ورقلة، سنة 2017، ص9 .

وانظر د/ ميثاق طالب عبد حمادى الجبورى، مرجع سابق، ص 373.

وانظر د/ مروك أحمد، مرجع سابق، ص 173.

وانظر د/ هنى عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 93.

جسامته الاختلال العادى الذى يجب أن يتحمله المدين، ويقل فى درجته عن استحالة التنفيذ الذى تحدثه القوة القاهرة، فهو إذن فى مرتبة وسطى بين الأمريْن، وهذا ما يفرق بين نظرية الظروف الطارئة – فى التشريعات التى تأخذ بها – وبين القوة القاهرة بالمفهوم التقليدى، فالأخيرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، بينما نظرية الظروف الطارئة والتزام إعادة التفاوض تجعلان تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين بحيث تهدده بخسارة جسيمة، وتقدير ذلك يعد من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع([114]).

ويؤكد البعض([115]) ما سبق أن ذكرناه بقوله: اختلال توازن العقد يقصد به «الاضطراب الذى يطرأ على العلاقة التعاقدية بسبب ظروف غير متوقعة تؤدى إما إلى زيادة تكاليف التنفيذ بصورة جوهرية، وإما إلى نقص الأداء المقابل».

من خلال هذا التعريف يتضح أن أثر اختلال التوازن ينتج عن أمريْن اثنيْن هما:

1– زيادة تكاليف التنفيذ بصورة جوهرية، ويشير هذا العنصر إلى أنه لا يعتد بزيادة التكاليف إلا إذا وصلت حداً معيناً وهو ما عبر عنها بقوله: «بصورة جوهرية» وهذا معناه أن تكون زيادة التكاليف قد وصلت حداً يسمح معه بإعادة التفاوض لتحقيق التوازن الذى اختل، أما الزيادة غير الجوهرية فلا تبرر ذلك.

2– نقص فى الأداء المقابل، ويستتبعه إرهاق لهذا المدين، فلو فرضنا أن الأداء المقابل هو الوفاء بعملة معينة قلَّ المعروض منها بسبب ارتفاع قيمتها ارتفاعاً كبيراً، فإن هذا سيستتبعه إرهاق كبير فى الحصول على هذه العملة، مما يبرر للمتعاقديْن إعادة التفاوض لتحقيق التوازن.

وانظر د/ عبد الرحيم السلمانى، مرجع سابق، ص 18، حيث يذكر سيادته أنه «لا يكفى لتبرير طلب مراجعة العقد عن طريق أحكام شرط إعادة التفاوض، إلا إذا ترتب على تغير الظروف الإخلال بتوازن العقد إخلالاً جسيماً يؤدى إلى الإضرار بالمدين بصورة غير مألوفة، وبمعنى آخر أن الانقلاب فى اقتصاد العقد المبرر لإعمال الشرط يجب أن يتجاوز المخاطر العادية التى تقع دائماً فى نطاق التوقع من جانب الأطراف والتى يتحملوها دائماً فى سبيل تنفيذ العقد واحترام تعهداتهم، فضلاً عن ذلك، فإن حسن النية فى تنفيذ العقود يحول دون طلب إعادة التفاوض لمجرد تغيير الظروف بصورة لم تجاوز الحد المعقول».

وانظر أيضاً د/ علاء الدين الحصاونة، مرجع سابق، ص 336.

([114])انظر نقض مدنى 1984/5/31، الطعن 1549، س50 ق، 1985/12/24، الطعن 585، س 52ق، مجموعة السنوات 80-85، ص 220-221، رقم 21، 23.

([115])V. Régis Fabre, les clauses d'adaptation dans les contrats, RTC, 1983, 1. p.11.

54- وإذا كان يشـــترط لإعادة التوازن للعقد أن يصـــل اختلال التوازن حداً كبيراً فما هو المعيار الذى يقاس به اختلال التوازن، هل هو المعيار الشخصى أم المعيار الموضوعى؟

يتنازع الإجابة على هذا السؤال اتجاهيْن هما:-

الاتجاه الأول: المعيار الشـــخصـــى: يعتمد هذا المعيار على بحث التغير الذى طرأ على الظروف الشخصية للمتعاقديْن([116])، وخصوصاً المدين، فإذا لحق بالمدين خسارة جسيمة بسبب تغير الظروف، فإن هذا الاختلال يفرض على المتعاقديْن التزام إعادة التفاوض، لتجنب هذا الاختلال وإعادة التوازن للعلاقة التعاقدية، حتى ولو كان هذا الاختلال ليس جسيماً بالنسبة لغيره.

وقيل فى تبرير هذا المعيار أنه :

1- يحقق التوازن فى العلاقة العقدية، حيث يسمح للمُحكم أو القاضى بحث مقدار الخسارة التى تكبدها المدين من جراء تغير الظروف، كما يبحث عن مقدار المكسب الذى منحه الاختلال للطرف الآخر.

2- يحقق هذا المعيار العدالة، حيث يأخذ فى اعتباره الظروف الاقتصادية للمدين، ومن ثم يكون نطاق الضرر منضبطاً ومحدداً.

3- يعتبر هذا المعيار منطقياً، لأنه يأخذ فى حسبانه ظروف المتعاقد الشخصية، وهذه الظروف ستؤثر – بلا ريب – على تنفيذ المتعاقد لالتزامه، ومن ثم يجب مراعاتها عند الاختلال([117]).

الاتجاه الثانى: المعيار الموضوعى: يقاس الاختلال – وفقاً لهذا المعيار – بمعيار مجرد، بمعنى تنحية الظروف الشـخصـية للمدين من تقدير الاختلال، والنظر إلى تأثر شـخص معتاد إذا وضـع فى مثل ظروف التعاقد، كان سيتأثر بهذا الاختلال بالنسبة لهذه الصفقة بالتحديد أم لا، فإذا كان هذا الشخص سيلحقه ضرراً جسيماً بسبب هذه الصفقة بالتحديد، دون النظر لظروفه الشخصية كان عنصر الاختلال متوافراً، وإذا لم يلحقه ضرراً جسيماً فإن هذا العنصر يكون قد تخلف، دون النظر إلى ظروف المدين شخصياً([118]).

([116])انظر د/ شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 168.

([117])انظر د/ ميثاق طالب عبد حمادى جبورى، مرجع سابق، ص 431.

([118])انظر د/ عبد الفتاح عبد الباقى، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الجزء الثانى، مرجع سابق، ص 552، حيث يذكر سيادته أنه «يلزم لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، أن يكون من شأن الحدث الذى وقع أن يجعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، دون أن يصل إلى حد جعل هذا التنفيذ مستحيلاً.
ويراعى، فى توافر هذا الشرط، معيار موضوعى مجرد يتعلق بالصفقة ذاتها، دون نظر إلى شخصية المدين وظروفه الخاصة. فعلى القاضى أن يقصر النظر على ذات العقد الذى يطلب منه تعديل حكمه، وأثر الظرف الطارئ على تنفيذه».

55- رأينا الخاص: إذا كان مصـــدر التزام إعادة التفاوض هو الاتفاق، فالمعيار الذى يعتد به لقياس اختلال التوازن هو المعيار الذى اعتمده الطرفان، فإذا كانت الصـيغة غامضــة لا يظهر منها المعيار المعتمد فالأصـل – من وجهة نظرنا – هو المعيار الشـخصـى، أما إذا كان مصـدر التزام إعادة التفاوض هو التشـريع مثلما حدث فى القانون المدنى الفرنســى الجديد، فإن المعيار هو المعيار الموضــوعى، فينظر إلى الأداء فى ذاته بغض النظر عن الظروف الاقتصــادية الخاصــة بالمدين، من حيث غناه أو فقره، أى أنه يجب الاعتداد بظروف المدين العادى أو المتوسـط، فإذا كان التنفيذ يعتبر مرهقاً بالنسـبة للمدين العادى بحيث يهدده بخسـارة فادحة؛ اعتبر كذلك بالنسبة للمدين المطلوب منه التنفيذ ولو كانت هذه الخسارة لا تعد شيئاً بالنسبة إلى ثروته الضـخمة، أما إذا لم يكن التنفيذ مرهقاً بالنسـبة للمدين العادى لا يعتبر مرهقاً بالنسـبة للمدين المطالب بالتنفيذ ولو كان هذا التنفيذ يؤدى إلى إرهاقه بسبب ثروته الضئيلة([119]).

وانظر أيضاً د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 290، حيث يذكر سيادته أن «المعيار فى ذلك ليس معياراً شخصياً ينظر فيه إلى شخص المدين، بل هو معيار موضوعى ينظر فيه إلى الصفقة ذاتها مقيسة بظروف المدين العادى».

وانظر أيضاً: د/ مروك أحمد، مرجع سابق، ص 183.

وانظر أيضاً: د/ محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 487.

([119])انظر د/ عبد الحى حجازى، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 197.

الفصل الثانى
آثار الالتزام بإعادة التفاوض

56- يرتب التزام إعادة التفاوض([120]) إذا توافرت شروطه عدة التزامات أحدها يتعلق بالمدين المضرور من تغير الظروف وهو الالتزام بالإخطار، والآخر يتعلق بالدائن وهو التزامه بتخفيف الضرر وهذا ما سنتناوله فى **(المبحث الأول)** تحت عنوان الالتزامات الفردية الناشئة عن التزام إعادة التفاوض، كما يفرض هذا الالتزام على عاتق الطرفيْن معاً التزام إعادة التفاوض بحسن نية **(المبحث الثانى)** على النحو التالى:-

المبحث الأول
الالتزامات الفردية الناشئة
عن التزام إعادة التفاوض

إذا توافرت شروط التزام إعادة التفاوض نشأ عنه على عاتق كل طرف من الطرفيْن التزام أحدهما يتعلق بالمدين المضـــرور وهو الالتزام بالإخطار([121]) **(المطلب الأول)**، والثانى يتعلق بالدائن وهو الالتزام بتخفيف الضرر **(المطلب الثانى)**.

المطلب الأول
الالتزام بالإخطار
(L'obligation de renseignement)

57- يتميز التزام إعادة التفاوض عن نظرية الظروف الطارئة بضـرورة تدخل الأطراف لإعادة التفاوض ومن ثم يجب أن يعلم كل طرف بهذا التغير فى الظروف الذى يسـتوجب الجلوس على مائدة التفاوض لإعادة التفاوض، ومن ثم فرض على المدين([122]) الذى عَلِم بتغير الظروف وأثرت هذه الظروف عليه فى تنفيذ العقد

([120])V. Christine le Brun, le devoir de coopération Durant l'exécution du contrat, mémoire, Faculté de droit, université de Montréal, 2011, p. 87.

([121])انظر فى هذا الصدد د/ شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف فى عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، فقرة 294، ص 473، حيث يؤكد سيادته «أن واجب المدين بالإخطار يتمثل فى أمرين هما: **أولاً**: يجب أن يخطر الدائن فى أسرع وقت ممكن بوقوع الحدث نفسه وبنتائجه، وتكمن حكمة الاستعجال فى هذا الإجراء فى تمكين الدائن من اتخاذ الإجراءات السريعة المناسبة لهذا الموقف.
ثانياً: على المدين أن يقدم للدائن كل الإثباتات والمستندات التى تؤكد حقيقة ما حدث، أى حقيقة وقوع الحدث وكذلك آثاره على تنفيذ العقد».

([122])ذهب الأستاذ Reine إلى تبنى تعريف الأستاذ Cabas للطرف المتضرر على أنه «المتعاقد الذى يُمس أولاً ومباشرة بوقوع الحدث المخل بالعقد، كما أنه معرض أن يجد نفسه فى وقت قصير فى وضعية تمنعه من تنفيذ التزامه الرئيسى، مما يسبب مخاطر كبيرة بالنسبة لتنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته».
La partie victime "c'est le contractant qui, touché le premier et directement par la survenance de l'événement déstabilisateur, risque de se trouver à court terme, dans une situation susceplible de

أن يخطر الطرف الآخر بهذا التغير، فما المقصـــود بالإخطار وكيفيته ومدته والجزاء الذى يترتب على عدم تنفيذه. هذا ما سنبينه فى الفرعيْن الآتيين على النحو التالى:-

l'empêcher d'exécuter son obligation, entrainant éventuellement des risques graves quant à l'existence même de son partenaire".

V. Reine Alachkar, clause de Hardship et clause d'amiable composition, th. Paris II, 2010, p.

وانظر أيضاً د/ هنى عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 105.

الفرع الأول
مفهوم الإخطار

أولاً: التعريف بالالتزام بالإخطار :

58- الالتزام بالإخطار معناه أنه يجب على المدين المضـــرور من تغير الظروف أن يبلغ أو يخبر أو يعلم الدائن بكل ما من شأنه إعاقة تنفيذ العقد، وكذلك الحلول المقترحة من جانبه إن اقتضى الأمر ذلك، حتى يتسـنى للطرف الآخر المشـاركة فى عملية التفاوض. وهو على علم بسـياق الأحداث الملابسـة للعقد، وحتى يتمكن من أن يتخذ كل الإجراءات التى يتفادى بها الخســـائر التى تصـــيبه من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه([123]).

ولا شـــك ولا ريب أن الالتزام بالإخطار يمثل نقطة البدء فى عملية التفاوض وهو الذى يســـمح للطرف الآخر بأن يلبى الدعوة بالدخول فى التفاوض([124])، كما يمكن هذا الالتزام الدائن من القيام بالتزامه الأسـاسـى ألا وهو الالتزام بتخفيف الضرر.

ويرى البعض([125]) «أن الإخطار يلعب دوراً هاماً، سواء بالنسبة للعقد، حيث يوقف تنفيذه فترة من الزمن لحين تحديد موقف المدين من التنفيذ، أو بالنســـبة للدائن إذ يســـمح له بمعرفة كل ما يعيق التنفيذ العادى للعقد».

ونحن – من جانبنا – لا نتفق مع هذا الرأى حيث إن التزام إعادة التفاوض لا يعطى للمضـــرور الحق فى وقف تنفيذ التزامه، بل على العكس من ذلك نصـــت المادة 1195 مدنى فرنســـى جديد على أنه: «... ويسـتمر هذا الطرف بتنفيذ التزاماته أثناء إعادة التفاوض» ومن ثم فيجب أن لا يكون للإخطار أثر على تنفيذ الالتزام([126]).

([123])V. J. Alisse, L'obligation de renseignement dans les contrats, th. Paris II, 1975, p. 670.

([124])انظر د/ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض فى عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 181.

([125])انظر د/ مروك أحمد، مرجع سابق، ص 241.

([126])انظر عكس ذلك أ/أسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض ،مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد 1، 31 مارس/ آذار 2011 ،ص 115، حيث تذكر أن «نظام وقف تنفيذ العقد – يستند – عند إعمال شرط إعادة التفاوض تحديداً – إلى أكثر من أساس قانونى. فتأسيساً على أن شرط إعادة التفاوض يعتمد فى تنظيمه على إرادة الأطراف، فإن وقف تنفيذ العقد كأثر لشرط إعادة التفاوض يستند أيضاً على إرادة الأطراف وما ينظمونه فى شروطهم التعاقدية». ونحن لا نختلف مع هذا الطرح لو وجد فى التزام إعادة التفاوض النص على وقف تنفيذ العقد أثناء التفاوض، فإن هذا الوقف يجد أساسه فى إرادة الأطراف، أما إذا انعدم هذا الاتفاق، فيجب الاستمرار فى تنفيذ العقد.

ثانياً: الأساس القانونى للالتزام بالإخطار:

59- إذا كانت التشـــريعات الوطنية لم تنص صـــراحة على الالتزام بالإخطار، فإنه يمكن – لنا – أن نسـتنتج هذا الالتزام مما نصـت عليه المادة (1195 مدنى فرنسـى جديد) بقولها: «... يجوز لهذا الطرف أن يطلب من المتعاقد الآخر إعادة التفاوض على العقد».

"Celle- ci peut demander une renégociation du contrat à son concontractant".

من خلال هذا النص يستطيع المدين المضرور أن يطلب من المتعاقد الآخر إعادة التفاوض على العقد، ولا يمكن أن يتم هذا الالتزام دون أن يحيط هذا المدين الدائن علماً بكل الظروف التى أدت إلى أن التزام المدين أصبح مرهقاً يهدده بخسارة جسيمة لا يمكن أن يتحملها شخص عادى وجد فى مثل ظروفه، وهذا هو بعينه الالتزام بالإخطار الذى يتضمن إحاطة الدائن علماً بالظروف التى أدت إلى إعاقة التنفيذ([127]).

وانظر أيضاً د/ شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف فى عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، فقرة 182، ص 328، حيث يذكر سيادته أن «إعادة التفاوض فى شأن العقد تطبيقاً لشرط إعادة التفاوض (Hardship)، أو تطبيقاً لشرط القوة القاهرة تفتح الباب دائماً لإمكانية وقف سريان العقد أثناء عملية التفاوض. وقد يتقرر الوقف أثناء هذه الفترة سواء باتفاق الأطراف أو حتى بدون اتفاق صريح منهم على أساس أن الوقف يعتبر الحل الأنسب فى هذه الحالة»، ونحن لا نختلف مع هذا الرأى فى العقود الداخلية إذا وجد اتفاق صريح من المتعاقدين، لكن إذا لم يوجد فإن الوقف يكون لا أساس له، لاسيما وأن صراحة المادة (1195 مدنى فرنسى جديد) يحول دون ذلك، بل إن المادة 6-2-2/3 من مبادئ (Unidroit) تنص صراحة على أنه «لا يخول طلب إعادة التفاوض، فى حد ذاته، الطرف المضرور من الظرف الشاق الحق فى الامتناع عن التنفيذ».

ولقد انتقد أ0د/شريف محمد غنام فى مرجعه السابق، ص 310 هذا النص بقوله: «إن تبنى هذا الرأى يؤدى إلى نتائج غير مقبولة، فالهدف من اتفاق الأطراف على إعادة التفاوض فى حالة وقوع أحداث معينة، هو إيجاد حل مناسب لمواجهة الضرر الفادح واختلال التوازن الذى سببه وقوع الحدث. والأصل أن يستغرق إعادة التفاوض مدة قليلة حتى لا تتفاقم الأضرار التى يتحملها أحدهم من جراء تنفيذ التزامه. وإذا سمحنا بالاستمرار فى تنفيذ العقد أثناء إعادة التفاوض، فإن هذا سيتيح الفرصة لتقاعس أحد الأطراف عن إنهاء المفاوضات فى وقت قصير».

([127])ينكر القضاء الفرنسى صراحة وجود الالتزام بالإخطار فى بعض تطبيقاته، ففى حكم النقض الصادر فى 9 نوفمبر سنة 1954 رأت المحكمة أنه ليس هناك أى نص يلزم الشركة الفرنسية الوطنية للنقل بالسكة الحديد SNCF بأن تخطر مرسل البضاعة بقيام سبب يؤدى إلى استحالة تنفيذ التزامها.

V. Cass. Com. 9 novembre 1954, JCP, 1971, éd. G. II, 8817, obs. Rodière (R).

مشار إليه لدى د/ شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف على عقود التجارية الدولية، مرجع سابق، ص 543، هامش (2).

60- وعلى عكس التشريعات الوطنية نجد التشريعات الدولية تنص صراحة على هذا الالتزام نذكر منها على سبيل المثال ما يأتى:-

1- تنص الفقرة الرابعة من المادة (79 من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولى للبضـــائع) على أنه : «يجب على الطرف الذي لم ينفذ التزاماته أن يوجه إخطارا إلى الطرف الآخر بالعائق وأثره في قدرته على التنفيذ. وإذا لم يصـل الإخطار إلى الطرف الآخر خلال مدة معقولة بعد أن يكون الطرف الذي لم ينفذ التزاماته قد علم بالعائق أو كان من واجبه أن يعلم به فعندئذ يكون مسئولا عن التعويض عن الأضـرار الناتجة عن عدم اسـتلام الإخطار المذكور».

2- تنص المادة 7-1-7 من مبادئ يونيدروا للعقود التجارية الدولية فى فقرتها التالية على أنه: «يلتزم المدين بأن يخطر الدائن بوجود العائق ونتائجه على قدرته على التنفيذ. فإذا لم يتسـلم الطرف الآخر الإخطار خلال مدة معقولة بعد أن يكون المدين قد علم بالعائق أو كان فى وســعه العلم به، فيســأل عن التعويضــات المترتبة على عدم تسلم الإخطار»([128]).

61- وإذا كان الالتزام بالإخطار يجد أســاســه فى النص عليه صــراحة فى أغلب عقود التجارة الدولية، فإن البعض([129]) يعترف بهذا الالتزام حتى ولو لم يكن منصــوصــاً عليه فى العقد بين الطرفيْن، فما هو أســاســه القانونى فى هذه الحالة؟؟

يستند البعض([130]) وبحق إلى مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقد والتى نصـت عليه صـراحة المادة 148 من القانون المدنى المصرى بقولها: «1- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية».

([128])انظر ترجمة عربية أعدها أ0د/ محمد حسام محمود لطفى، النظرية العامة لالتزام، مرجع سابق، ص205.

([129])V., Yves Picod, L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, juris classeur périodique éd. G, 1981, I, doc. 3318, p. 94.

([130])انظر د/ هنى عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 106، وانظر أيضاً د/عبد الرحيم السلمانى، مرجع سابق، ص 223، حيث يذكر سيادته أن «مبدأ حسن النية يفترض التعاون البناء والمثمر فى العلاقات التعاقدية ليتمكن كل طرف من معرفة مصير الاتفاق الذى أبرمه وقدرة المتعاقد الآخر على تنفيذه والظروف المحيطة بهذا التنفيذ. وهذا يؤدى بلا شك فى النهاية إلى استقرار المعاملات التجارية وازدهارها».، ويذكر سيادته أيضاً، ص 224 أن: «إخطار الدائن من قبل المدين بكل الظروف التى من شأنها إعاقة تنفيذ العقد يجد أساسه فى مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود الذى يفرض بدوره التعاون فيما بينهم، وأول مظاهر التعاون هو إعلام المتعاقد الآخر بكل الظروف التى تواجه تنفيذ العقد ...».
وانظر أيضاً مروك أحمد، مرجع سابق، ص 224، وانظر أيضاً د/محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص 171.

وإذا كانت هذه المادة قد نصـــت على حســـن النية فى مرحلة تنفيذ العقد، فإن الفقه يكاد يُجمع على أن هذا المبدأ يطبق أيضاً فى المرحلة السابقة على التعاقد وهى مرحلة المفاوضات([131]).

وقد وضـع المشرع الفرنسى فى التعديلات الصـادرة بالمرسوم رقم 131 لسنة 2016 حداً للخلاف حول مبدأ حسن النية فى مرحلة المفاوضـة، حيث نصت المادة 1104 من القانون المدنى الفرنسى الجديد على أنه «يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية».

ويعد هذا الحكم من النظام العام([132]).

ثالثاً: شكل الإخطار ومدته:

1- شكل الإخطار: -

62- لا ريب أن شـــكل الإخطار يتحدد من قبل الأطراف إذا كان التزام إعادة التفاوض قد أدرجه المتعاقدان فى عقدهم، فإذا لم ينصـــا على شـكل معين للإخطار فلا يتقيد المدين بأى شـكل ومن ثم يحق له إخطار الدائن بأى وسـيلة تفيد علمه بهذا التغير الموجب لإعادة التفاوض سـواء كان هذا الإخطار مكتوباً أو شـفهياً وبأى وسـيلة كانت سـواء عن طريق البريد أو التلكس أو الفاكس وسـواء كان الخطاب مصـحوباً بعلم الوصـول أو خطاباً عادياً، أما إذا كان التزام إعادة التفاوض مصدره القانون كما فى نص المادة (1195 مدنى فرنسـى جديد)، فإن شكل الإخطار يحدده النص، فإن لم يكن فى النص تحديد، فإننى أرى أن المدين لا يكون مقيداً بشـكل معين ويحق له إخطار الدائن بأى شـكل وبأية وسـيلة، بيد أنه سـيقع علي المدين عبء الإثبات

([131]) انظر على سبيل المثال أ/سماح جبار، حسن النية فى التفاوض على العقود، مجلة دراسات لجامعة عمار ثليجى الأغواط – الجزائر، العدد 48، نوفمبر سنة 2016، الصفحات 238-251، ص 240، وانظر د/ محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية فى مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون – كلية القانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد الرابع والخمسون، جمادى الآخرة 1434- أبريل 2013، ص 227، وانظر أيضاً د/ حمدى محمود بارود، الطبيعة القانونية للمسئولية فى حالة العدول عن مفاوضات العقد، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد العشرون، العدد الثانى – غزة، ص545- ص 577، يونيو 2012، ص 547، وانظر أيضاً د/سعد بن سعيد الذيابى، مبدأ حسن النية فى النظام السعودى والأنظمة المقارنة، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، العدد 23، ربيع الآخر 1435هـ - فبراير 2014م، ص 24، وانظر أيضاً أ/روزان طالب محمود السويطى، مبدأ حسن النية فى إبرام العقد وفق أحكام مشروع القانون المدنى الفلسطينى بالمقارنة مع مجلة الأحكام العدلية، رسالة ماجستير، جامعة القدس – فلسطين، 1439هـ / 2018م، ص 67.

([132])V. art 1104 du code civil fr. Qui dispose que "les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public"
V. aussi, Yeves picod, l'oligation de coopération dans l'exécution du contrat, JCP, 1988-I-3318.
V. aussi, R. Fiatte, les effets de la force majeure dans les contrats, the. Paris, 1970, p. 19.

ومن ثم فإننى أرى أنه يجب علىه إخطار الدائن كتابة حتى يسهل عليه الإثبات وحتىٰ لا ينازع الدائن فى هذا الإخطار ولكى يتمكن المدين من ممارسة حقه فى إعادة التفاوض دون منازعة من الدائن فى حدوث الإخطار من عدمه([133]).

وتجدر الإشارة إلى أن مفهوم الكتابة كشكل نصت عليه بعض الاتفاقيات والأعمال الدولية فى عقود التجارة الدولية يكون له مفهوم مرن ويتسع ليشمل أى شكل من أشكال الكتابة دون أن تكون عائقاً فى سرعة الإخطار([134]).

2- مدة الإخطار:-

63- إذا كان الهدف من الإخطار هو سرعة اتخاذ الإجراءات المناسبة لإعادة التفاوض وتجنب الآثار السلبية لاختلال التوازن، فضلاً عن قدرة الدائن على اتخاذ الإجراءات التى تؤدى إلى تقليل الأضرار والحيلولة دون تفاقم اختلال التوازن؛ لذلك ينبغى أن يتم هذا الإخطار فى أسرع وقت، وفى خلال مدة معقولة([135])، ومعقولية المدة تختلف من حالة إلى أخرى، ومن عقد إلى آخر حسب طبيعة كل عقد وحسب الوسائل المستخدمة فى هذا الإخطار، سواء كان منصوصاً عليها فى العقد، أم لا.

([133])انظر د/ عبد الرحيم السلمانى، مرجع سابق، ص 223.
وانظر أيضاً د/ مروك أحمد، مرجع سابق، ص 244.
وانظر أيضاً د/ علاء الدين عبد الله الحصاونة، مرجع سابق، ص 651.

([134])انظر د/ شريف محمد غنام/ أثر تغير الظروف على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، فقرة 485، ص 466.
وانظر أيضاً: د/ ميثاق طالب عبد حمادى الجبورى، مرجع سابق، ص496.

([135])V. Reine Alachkar, op. cit., p. 133.

حيث جاء فيه أن:

"une telle exigence d'information rapide du partenaire témoigne, sans conteste de l'exprit de la clause de Hardship entant que mécanisme visant à sauver l'existence du contrat. En Effet, Elle permettra d'abord à la partie victime de limiter ses pertes en trouvant un substitut adéquant dans les plus brefs délais. De même elle profitera au partemaire au contrat car. Si ce dernier bénéficie dans un premier temps du déséquilibre. Il tend, peu à peu, à devenir victime à son tour dès lorsqu' il ne peut plus recevoir la contrepartie espérée de l'opération, or, une tell constitue pour lui, en égard à la nature et à l'importance de ce genre de'engagement, un intérét vital".

التزام إعادة التفاوض

وإذا كانت الصـيغ العقدية فى عقود التجارة الدولية تنص على مُدد تتراوح ما بين ثمانية وأربعون سـاعة إلى شـهر، فإن العقود الداخلية يجب أن لا تعتمد هذه المدد، ويكون الإخطار فى أسـرع وقت حتى يؤتى أكله ويحقق مراده، ويستفيد المدين من إعادة التفاوض على العقد([136]).

([136])انظر د/ علاء الدين عبد الله الحصاونة، مرجع سابق، ص 651. وانظر أيضاً:

V. aussi, Normand Guilbeault, l'obligation de rensignement dans les contrats de vente internationnale de marchandses, Ed. Faculté de droit de l'universite laval, 1997, p. 349.

V. aussi, Burno oppetit, op. cit. , at 794 et seq, p. 805.

حيث يذكر أن:

"En général, les clauses de (hardship) prevoient que la partie que estime réunies les conditions de la réadaption dout aviser son co-contractant de la survenance de l'événement à l'orgine du changement allégué ainsi que de l'étendue de la rigueur subie et des moyens propsés pour y remédier: l'autre partie dont alors faire connaitre sa position dans une bref délai".

الفرع الثانى
جزاء الإخلال بالالتزام بالإخطار

64- ذكرت – سابقاً – أن الالتزام بالإخطار يجد مصدره فى الاتفاق أو فى القانون، سواء كان مباشراً أم استناداً إلى مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقد المنصوص عليه صراحة فى التشريعات الداخلية. فإذا حدث إخلال بهذا الالتزام تنشأ المسئولية العقدية على عاتق المتعاقد المُخل بالتزامه إذا كان مصدر الالتزام بالإخطار هو الاتفاق، وتكون المسئولية تقصيرية إذا كان مصدر الالتزام هو القانون([137]). وتتنوع الجزاءات فى المسئولية العقدية ما بين تنفيذ عينى وفسخ وتعويض، وينحصر التعويض كجزاء عن الإخلال بالمسئولية التقصيرية سواء كان تعويضاً نقدياً أو عينياً([138])، وهذا ما سأوضحه على النحو التالى:-

1- التعويض:

65- لا مراء أن التعويض هو الجزاء المترتب على تحقق المسئولية المدنية([139]) سواء كانت عقدية أم تقصيرية([140])، بيد أن نطاق التعويض فى المسئولية العقدية يختلف عنه فى المسئولية التقصيرية، فالتعويض فى المسئولية العقدية يقتصر على الضرر المباشر المتوقع فقط إلا فى حالتى الغش والخطأ الجسيم فيشمل التعويض الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع([141])، أما نطاق التعويض فى المسئولية التقصيرية فيشمل الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع([142])، وإذا كان التزام إعادة التفاوض يجد مصدره فى العقد، فإن الإخلال بالالتزام بالإخطار المتفرع عن هذا الالتزام يرتب المسئولية العقدية على المتعاقد المخل ويكون ملتزماً قبل الدائن (المتعاقد الآخر) بتعويضه عن الضرر الذى أصابه بسبب عدم علمه بالحدث وآثاره على تنفيذ العقد فى الوقت المناسب مما سبب له ضرراً كان يمكن تداركه لولا عدم الإخطار.

وإذا كان التزام إعادة التفاوض مصدره القانون انعقدت المسئولية التقصيرية للمتعاقد المُخل بالتزامه بالإخطار، ويجب أن تتوفر أركان المسئولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، وإذا كانت القاعدة العامة تلزم

([137])انظر أ/ حسين عامر، أ/ عبد الرحيم عامر، المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار المعارف، الطبعة الثانية، 1979، فقرة 49 وما بعدها، ص30 وما بعدها.

([138])V. Marie Denimal, la réparation intégrale du préjudice corporel: rélaités et perspectives, th. L'université tille 2-Droit et santé, 2016, p. 208.

([139])انظر د/ محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، مرجع سابق، الجزء الثانى، ص38. حيث يذكر سيادته أن البعض يقدر – بحق - «أن تعويض الأضرار هى الوظيفة المعتبرة للمسئولية المدنية، بيد أنها أصبحت اليوم أقل وضوحاً فى تعويض المضرور بالمقارنة بنظامى الضمان الاجتماعى والتأمين».
وأشار سيادته إلى مرجع الفقيه الفرنسى تانك، المسئولية المدنية، بند 173، ص145.

([140])انظر فى التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية، د/عبد الحى حجازى، مرجع سابق، ص 416.

([141])تنص المادة 221 مدنى فى فقرتها الثانية على أنه «ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد».

([142])انظر د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط، الجزء الأول، مرجع سابق، فقرة 512، ص665؛ وانظر أيضاً د/ محمود جمال الدين زكى، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، فقرة 235، ص445.

المضرور بإثبات الضرر([143])، فإن تخلف المدين عن تنفيذ التزامه بالإخطار يعتبر قرينة على وقوع الضرر، وينتقل عبء الإثبات إلى المُخل بالتزامه بالإخطار لكى يثبت أن الدائن لم يلحقه ضرر يوجب التعويض([144]).

وتجدر الإشارة إلى أن التعويض يتعلق بالضرر الذى أصاب الدائن بسبب عدم الإخطار من المدين فى الوقت المناسب، دون أن يتعلق الأمر بالعقد المراد تنفيذه. وإذا كان مبدأ حسن النية مبدأً عاماً يسود مراحل العقد المختلفة، فإن تطبيقه يستوجب إعفاء المدين من أى تعويض بسبب عدم تنفيذ التزامه بالإخطار، طالما علم الدائن بهذا الحدث وآثاره على تنفيذ العقد من أية وسيلة أخرى، أو كان من المفروض علمه بذلك([145]).

2- عدم التمسك بالحدث إلا من وقت القيام بالإخطار:

66- يعطى هذا الجزاء الدائن الحق فى عدم الاعتداد بالحدث وآثاره فى الفترة التالية لوقوعه إلى حين إخطاره بهذا الحدث، ومعنى ذلك أن المدين يكون مُلتزماً بتعويض الدائن عن الأضرار التى تصيبه من جراء عدم تنفيذ التزامه فى الفترة السابقة على الإخطار([146]) إذا تعلق الأمر بحالة القوة القاهرة التى تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، أما فى حالة التزام إعادة التفاوض فإننى أرى أن المدين يكون مسئولاً مسئولية كاملة عن تنفيذ العقد فى هذه الفترة ولا يستطيع الاستناد إلى هذا الالتزام لإعادة التوازن العقدى إلا فى المدة التالية على الإخطار، لذلك يجب عليه الإسراع بتنفيذ التزامه.

3- سقوط الحق فى التمسك بوقوع الحدث لإعادة التفاوض على العقد:

([143])انظر د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط، الجزء الأول، مرجع سابق، فقرة 568، ص768،
وانظر د/ سليمان مرقس، المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، 1971،فقرة 72، ص175، حيث يذكر سيادته أن: «من يدعى الضرر ويطالب بتعويض عنه أن يقيم البينة على الضرر الذى يدعيه وفقاً للقاعدة العامة فى الإثبات، قاعدة البينة على من ادعى، ولأن الضرر أمر مادى، فإنه يجوز إثباته بكافة الطرق بما فى ذلك البينة والقرائن».

([144])انظر عكس ذلك د/ شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، فقرة 309، ص 494، حيث يذكر سيادته أن: «التزام المدين بالتعويض عن عدم قيامه بالإخطار أو عن التأخير فيه يخضع للقواعد العامة للمسئولية العقدية التى يتطلب لقيامها خطأ وضرراً وعلاقة السببية. ويقع عبء إثبات ذلك على الدائن بالالتزام». ثم يذكر سيادته صعوبة إثبات عنصر الضرر فى هذه الحالة.

([145])تنص المادة 7-1-7/3 من مبادئ يونيدروا للعقود التجارية الدولية، على أنه: «يلتزم المدين بأن يخطر الدائن بوجود العائق ونتائجه على قدرته على التنفيذ. فإذا لم يتسلم الطرف الآخر الإخطار خلال مدة معقولة بعد أن يكون المدين قد علم بالعائق أو كان فى وسعه العلم به، فيسأل عن التعويضات المترتبة على عدم تسلم الإخطار».

([146])انظر د/ شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، فقرة 305، ص 489.
وانظر أيضاً د/ ميثاق طالب عبد حمادى الجبورى، مرجع سابق، ص528؛ وانظر أيضاً د/مروك أحمد، مرجع سابق، ص 252.

67- نظراً لشدة هذا الجزاء وعدم تناسبه مع الأضرار التى تصيب الدائن من عدم الإخطار، فى مقابل الأضـــرار التى تصـــيب المدين من تنفيذ التزامه التعاقدى رغم وقوع الحدث الذى أدى إلى جعل التزامه مرهقاً يهدده بخسارة جسيمة، لذلك يجب عدم تطبيق هذا الجزاء – من وجهة نظرى – إلا فى حالتيْن اثنتيْن لا ثالث لهما:-

الحالة الأولى: حالة النص الصريح على هذا الجزاء من قبل المتعاقديْن.

الحالة الثانية: حالة سوء نية المدين فى عدم إخطار الدائن فى الوقت المناسب([147]).

المطلب الثانى
الالتزام بتخفيف الضرر ([148])
(L'obligation de minimser le dommage)

68- يعتبر الالتزام بتخفيف الضرر([149]) من المبادئ الأساسية فى عقود التجارة الدولية، وهذا ما يتضح بجلاء فى أحكام التحكيم ومطالعة الصـيغ العقدية لهذه العقود، بيد أن السـؤال الذى يطرح نفســه ما الأســاس القانونى لهذا الالتزام سواء فى عقود التجارة الدولية أم فى العقود الداخلية؟

وستكون الإجابة على هذا السؤال فى **(الفرع الأول)** ما هى إجراءات تخفيف الضـرر، ثم ما هو الجزاء الذى يمكن تطبيقه على المُخل بهذا الالتزام، وستكون الإجابة عليهما فى **(الفرع الثانى)** على النحو التالى:-

---

([147])توجد العديد من نصوص القانون المدنى التى تعاقب سيئ النية بنقيض مقصوده مثل (المادة 231- 2/375 – 229).
انظر بحثنا بعنوان : أثر سوء النية على عقود المعاوضات فى القانون المدنى، مع التطبيق على عقد البيع التقليدى والإلكترونى فى مرحلة المفاوضة والإبرام، دراسة تحليلية للقانون المصرى مقارناً بالقانون الفرنسى، دار الجامعة الجديد، ط2017م، ص 13.
وانظر أيضاً طعن النقض المصرى رقم 356 لسنة 296ق – جلسة 1964/4/3، س15، ص 614. الذى جاء فيه أن:
«حسن النية يفترض دائماً، ما لم يقم الدليل على العكس، ومناط سوء النية المانع من اكتساب الملك بالتقادم الخمسى ثبوت علم المتصرف إليه وقت تلقى الحق بأن المتصرف غير مالك لما يتصرف فيه، وإذا كان عدم ذكر سند ملكية البائع للطاعنين وتعهده بتقديم سند الملكية للمشترين ليس من شأن أيهما أن يؤدى عقلاً إلى ثبوت علم الطاعنين بأن البائع لهما غير مالك، فإن الحكم المطعون فيه إذا أسس ثبوت سوء النية على ذلك يكون معيباً بالقصور».

([148])V. David Malazoue, L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale, memoire, faculté jean Monnet, université Paris. S U D-2013-2014, p.10.
V. aussi, Stéphan Reifegerste, pour une obligation de minimiser le dommage, presses universitaires d'Aix- Marseille, 2002, n°24, p.31.

([149])يفرض الالتزام بتخفيف الضرر على المضرور أن يبذل كل ما فى وسعه لتخفيف هذا الضرر، كى لا تزيد مسئولية الطرف الآخر، وحتى تبقى العلاقة جيدة بينه وبين الطرف الآخر، والعمل على عودة سريان العقد بشكل اعتيادى فى أقرب وقت ممكن.
انظر د/ شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف على عقود التجارة الدولية، فقرة 318، ص505.

الفرع الأول

الأساس القانونى للالتزام بتخفيف الضرر

يجد الالتزام بتخفيف الضرر أساسه القانونى فى النصوص التشريعية الوطنية وبعض النصوص الدولية سواء بطريق مباشر أو غير مباشر، كما يجد هذا الالتزام أساسه فى إرادة الأطراف، وهذا ما سنوضحه:-

1- النصوص التشريعية الوطنية:-

69- تنص المادة (221 مدنى مصـــرى) فى الفقرة الأولى على أنه: «إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو بنص في القانون فالقاضـي هو الذي يقدره، ويشـمل التعويض ما لحق الدائن من خسـارة وما فاته من كسـب بشـرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخير في الوفاء به، ويعتبر الضـرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول»([150]).

من خلال هذا النص يتضح الجزاء الذى رتبه القانون على عدم بذل الجهد المعقول لتقليل الضرر، وهو اعتبار هذا الضرر غير مباشر وبالتالى يخرج من نطاق التعويض.

([150])يطابق هذا النص رقم 40 لسنة 1951 نص المادة (169 من القانون المدنى العراقى رقم 4 لسنة 1956)، ونص المادة 300 من القانون المدنى الكويتى رقم 67 لسنة 1980، والمادة 263 من القانون المدنى القطرى رقم 22 لسنة 2004، والمادة 182 من القانون المدنى الجزائرى رقم 75-58 المؤرخ فى20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدنى المعدل والمتمم، والمادة 222 من القانون المدنى السورى.

V. aussi, Stéphan Reifegrste, op. cit, n° 234, p. 143.

حيث يذكر أن:

"C'est essentiellement dans les mécamismes de la responsabilité que l'on peut trouver des fondements généraux de l'obligation de minimiser le dommage. Rappelons que le mise en œuvre de la responsabilité civile,contrctuelle au extracontractuelle, est, en principe, conditionnée par la réunion de trios éléments: l'existence d'une fait dommageable, d'un dommage réparable et d'un lien de causalité entre ce Fait dommageable. Et ce dommage. De plusieurs manièrs, le non-respect, par la victime, de son obligation de miniimiser le dommage est susceptible d'influer sur ces lroes conditions et d'être ainsi sanctionné. Il peut d'abord être pris en compte au titre d'un fait de la victime ayant contribué au dommage dans son étendue finale. On peut ensuite considérer que la notion de dommage réprable ne comprend pas le préjudice qui aurait pu être évité par la victime en exécutions de l'obligation de minimiser le dommage enfin, la question pourrait aussi se ramener à celle de l'existence d'un lien de causalité suffisant entre le fait dommageable initial et le préjudice final".

وإذا كان النص يخرج هذا الضرر من نطاق التعويض ويجعل الدائن يفقد حقه فى التعويض فهو يفرض عليه القيام بكل ما من شأنه تخفيف الضرر، لأن تقاعسه عن ذلك يجعله يحرم من التعويض باعتباره ضرراً غير مباشر لا يمكن التعويض عنه.

كما تنص المادة 363 من قانون التجارة البحرى المصرى رقم 8 لسنة 1990 على أنه: «على المؤمن لـــه فى حالة وقوع الخطر المؤمن منه أن يبذل كل ما فى استطاعته لإنقاذ الأشياء المؤمن عليها، وعليه أن يتخذ جميع الإجراءات للمحافظة على حق المؤمن فى الرجوع على الغير المسئول ويكون المؤمن له مسئولاً عن الضرر الذى يلحق المؤمن بسبب إهمال تنفيذ هذه الالتزامات».

من خلال هذا النص يتضح أنه يجب على المؤمن له عند وقوع الخطر المؤمن منه أن يبذل كل ما فى استطاعته لإنقاذ الأشياء المؤمن عليها. ويقوم هذا الالتزام على المؤمن له لأنه يكون موجوداً عادة فى محل الحادث بشخصه أو بواسطة تابعيه، فهو الأقدر من المؤمن على اتخاذ التدابير الأولية المناسبة للتخفيف من آثار الحادث([151]).

2- النصوص الدولية كأساس للالتزام بتخفيف الضرر:-

([151])انظر د/ مصطفى كمال طه، القانون البحرى، دار المطبوعات الجامعية، بدون سنة نشر، فقره 620، ص 527.
V. aussi, Stéphan Reifegerste, op. cit., nº 28, p. 33.
حيث يستعرض المؤلف التزام التخفيف من الضرر فى القانون المقارن كالقانون الإنجليزى بقوله:
"La régle de l'obligation de minimiser le dommage a été dégagée par la jurisprudence anglais dans le courant des dix septième et dix huitième siécles, à une époque ou les tribunaux reforcènet progressivement leur contrôle de l'allocation de dommages intérêts des en cas d'inexécution contractuelle".

والقانون الأمريكى بقوله:
"Les articles 2-708 et 2-713 du uniform commercial code américan rappellent les texts du sale of Goods Act anglais. En cas d'inexécution du contrat par l'acheteur, l'article 2-708 prévoit que les dommages intérêts dus au vendeur sont égaux à la difference entre le prix du marché à la date prévue pour la livraison et le prix contractuallement prévu. En effet, aux termes de ce texet, "la montant des dommages. Intérêts dus en cas de défaut d'acceptation ou de dénonciation par l'acheteur correspond à la difference entre le prix du marché à la date et au lieu prevus par l'offre et le prix contractuellement prévuet non payé ….". Symétriquement, aux terms de article 2-713, en cas d'inexécution par le vendeur, Les dommages interêts dus à l'acheteur correspondent à la difference de l'inexécution et le prix contractuellement prévu . .. le montant des dommages .. intérêts sus en cas défaut de livraison ou de denonciation par le vendeur correspond à la difference entrte le prix du marché a la date au l'acheteur a prix connaissance de l''inexécution du contrat et le prix contractuellement prévu.
ثم يشير إلى نص صريح فى القانون المدنى الهولندى الجديد بقوله:
"on la retrouve, par exemple, dans le nouveau code civil néerlandais. L'article 6.9.6 du projet était ainsi rédigé: "Si le dommage est dû en partie à une circonstance qui peut être attribuée à la victime, l'obligation de réparation de la victime est réduite ou cesse dans toute la mesure du raisonnable".

70- يجد الالتزام بتخفيف الضـرر أسـاسـه القانونى فيما تنص عليه المادة (77 من اتفاقية ڤيينا للبيع الدولى للبضـائع) صـراحة بقولها:- «يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسـارة الناجمة عن المخالفة، بما فيها الكسـب الذي فات،وإذا أهمل القيام بذلك فللطرف المخل أن يطالب بتخفيض التعويض بقدر الخسارة التي كان يمكن تجنبها».

يوضـح النص أنه يجب على المضـرور أن يتخذ كافة التدابير والوسـائل والإجراءات التى تكفل تخفيف الضرر، لأن تقاعسه عن ذلك سيؤدى إلى حرمانه من التعويض عن الأضرار التى كان يمكن أن يتجنبها لو قام بواجبه لتخفيف الضرر([152]).

كما تنص على هذا الالتزام مبادئ يونيدروا (unidroit) فى المادة 7-4-8 بقولها: «1- لا يسـأل المدين عن الضرر الذى تكبده الدائن بقدر ما كان يمكن للدائن تخفيفه باتخاذ خطوات معقولة.

2- يحق للدائن استرداد أى مصروفات معقولة يكون قد تكبدها لدى محاولته تخفيف الضرر».

من خلال هذا النص نجد أن الدائن يلتزم بتخفيف الضرر وأن النفقات المعقولة اللازمة لتخفيف الضرر تقع على عاتق المدين، وهذا يحقق توازناً بين الطرفيْن ويحفظ حقوقهما.

3- إرادة الأطراف أساس الالتزام بتخفيف الضرر([153]):

71- يحرص أطراف العلاقة العقدية على النص على الالتزام بتخفيف الضـرر؛ لذلك نقرر أن بعض عقود التجارة الدولية تتناول هذا الالتزام وتنص عليه صـراحة بصـيغ مختلفة، مثل «على المضـرور القيام

([152])V. Stéphan Reifegerste, op. cit., n° 120, p.83.
([153])V. Stéphan Reifegerste, op. cit., n° 161. p.109.

حيث يذكر أن:

"L'obligation de minimiser le dommage est dictée par le bon sense. Elle apparaît comme une règle de conduite imposée à la victime. Elle rejoint ainsi toutes les autres régles de condiute qui se sont considérablement développées à une époque ou le droit encourage de plus en plus la loyauté et la cohérence des comportements dans des relations juridique de plus en plus complexes".

كما يؤكد فى الفقرة 416، ص 223 أن:-

"En matière contractuelle, les parties ont, d'une part, la possibilité de prévoir conventionnellement l'obligation, à la charge du créancier insatisfait, de prendre toutes les measures raisonnable afin de minimiser son prejudice ainsi que de préciser le contenu de ces measures, l'obligation de minimiser le dommage peut, en effet, faire l'objet d'une stiplution contractuelle. Dans certains ces, les parties ont, d'autre part, la possibilité d'adapter le contrat aux circonstances qui se trouvent à l'orgin du dommage, que celles – ci soient d'ailleurs ou non impeutables au débiteur, et d'en atténuer ainsi les conséquences préjudiciables".

بالإجراءات المعقولة» أو «يتجنب الضـــرر بقدر الإمكان» أو «عليه أن يقوم بكل ما يمكن عمله» أو «بذل قصارى جهده»([154]).

الفرع الثانى
إجراءات تخفيف الضرر وجزاء الإخلال
بالالتزام بتخفيف الضرر

أولاً: إجراءات تخفيف الضرر :

72- تتعدد الإجراءات التى يجب على الدائن أن يتخذها لتخفيف الضـــرر الذى ينتج عن توقف المدين عن تنفيذ التزامه بسبب تغير الظروف، نذكر منها ما يأتى:-

1- المحافظة على البضـائع: إذا امتنع المشـترى عن تسـلم البضـائع نظراً لانخفاض سـعرها انخفاضـاً ملحوظاً عن المتفق عليه، بســـبب تغير الظروف، فإن هذا الامتناع يفرض على البائع تنفيذاً للالتزام بتخفيف الضـرر أن يقوم بكل ما يلزم من إجراءات للمحافظة على البضـائع التى امتنع المشـترى عن تسـلمها ويحق له مطالبة المشـترى بكل المصـاريف التى أُنْفقْت للمحافظة على هذه البضـائع، ويقرر البعض قاعدة([155]) أنه لا يجوز من الناحية الاقتصادية أن تزيد تكاليف المحافظة على البضائع القيمة الكلية لهذه البضائع.

([154]) انظر د/ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض فى عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 295؛ حيث يذكر سيادته أنه: «هذا الالتزام لا يحظى بعناية كبيرة من الأطراف عند اتفاقهم على مضمون (Hardship) والآثار التى ترتبها، ومهما كان حرص الأطراف وفطنتهم عند إعداد الشرط، ومهما كانت درجة تخصص محررى العقود الدولية، فإن هناك بعض المسائل الفرعية التى قد تنأى عن تفكيرهم، ومن أهم هذه المسائل الفرعية موضوع هذا الالتزام».
وانظر أيضاً د/ ظافر حبيب جبارة ود/عماد حسن سلمان، واجب الدائن فى تخفيف الضرر فى المسئولية العقدية وكيفية إعماله، دراسة مقارنة فى ضوء النظام القانونى الأنجلوأمريكى واتفاقية ڤيينا للبيوع الدولية لسنة 1980، على موقع الانترنت: (www.jasj.net)، ص11.
V. aussi, josée Ringuette, le hardship: Vers une reconnaissance du principe par les tribunaux arbitraux du commerce international, mémoire, faculté de droit, université de Montréal, 2003, p.112.

([155]) انظر قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، وارد فى:
J D I, 1993, p. 1035.
مشا إليه لدى د/ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض فى عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، هامش (1)، ص 315.
V. aussi, Stephan Reifegerste, op. cit., n° 338, p. 192.
حيث يذكر أن:
"C'est toutesfois en cas d'inexécution son intérêt. Fait dommageable initial, l'inexécution est bien souvent à l'origine d'un dommage subi par le créancier. Dès lors, ce dernier doit prendre des measures raisonnables afin de le modérer".

2- القبول بتغيير مكان التسليم: إذا تعذر على المتعاقد تسليم الشئ المتفق عليه فى مكان معين، نظراً لتغير الظروف، فيجب على المتعاقد الآخر القبول بالتسلم فى المكان الجديد، مع الرجوع على المدين بالمصروفات اللازمة لتكلفة نقل الشئ من مكان التسليم إلى المكان المتفق عليه، بشرط عدم إلحاق أية أضرار بالدائن من تسلم الشئ فى مكان مخالف للمتفق عليه.

3- قبول تنفيذ العقد بسعر أعلى من المتفق عليه: إذا امتنع الدائن عن قبول تنفيذ العقد بسعر أعلى من المتفق عليه – بسبب تغير الظروف – ولكنه مع ذلك يقل عن السعر العالمى، فإن هذا الامتناع يعتبر خطأ يُسأل عنه الدائن، لأنه كان يجب عليه القبول بتنفيذ العقد بالسعر الأعلى، مع الاحتفاظ بحقه فى اللجوء إلى التحكيم للمطالبة بفرق السعر الذى دفعه عن السعر المتفق عليه([156]).

4- تمديد مدد التسليم أو الوفاء بعملة أخرى غير المتفق عليها.

5- الإحجام عن الدخول فى صفقات مماثلة قبل الانتهاء من عملية التفاوض: لاسيما إذا كان باب التفاوض مازال مفتوحاً وأن المفاوضات لم تسفر عن أية فشل([157]).

([156])هذا ما أكده القرار الصادر فى القضية رقم 2478 لسنة 1974، حيث تقول هيئة التحكيم فى ذلك: «يظهر من الوقائع أنه منذ اجتماع بوخارست فى .... عرض الطرف المدعى عليه أن يورد له، أثناء الجزء الثانى من عام 1973، عدد .... طن من البترول بسعر .... فرنك للطن، ومن الواضح أن هذا الثمن كان أقل من ثمن البترول فى السوق العالمية؛ وكان يجب على المدعى، حتى ولو لم يكن موافقاً على تعديل الثمن بشكل مخالف لما هو متفق عليه فى العقد، أن يقبل هذا العرض بهدف تخفيف الخسارة التى لحقت به. أكدت هيئة التحكيم أن قبول هذا العرض لا ينتقص من حقه فى اللجوء إلى التحكيم بعد ذلك للتمسك بالسعر التعاقدى».
انظر قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، وارد بالمجموعة الأولى من القرارات، ص233 وما بعدها، وبصفة خاصة ص 234.
مشار إليه لدى د/ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض فى عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 318، هامش (1).

([157])انظر د/ ميثاق طالب عبد حمادى الجبورى، مرجع سابق، ص 704.
وهذا ما أكده التحكيم التجارى الدولى فى القرار الصادر فى القضية رقم 2013 لسنة 1972، حيث جاء فيه: «أنه لا يمكن للطرف المضرور أن يسعى إلى إقامة علاقات جديدة أثناء عملية إعادة التفاوض مع الطرف الآخر، ما دام من الممكن التوصل إلى حلول مناسبة لمشكلة التغير فى الظروف التى تعترض تنفيذ العقد من أجل الإبقاء والمحافظة على استمرار هذه العلاقة العقدية».
هذا القرار منشور فى مجلة القانون الدولى (clunet) لسنة 1974، ص902، مشار إليه فى المرجع السابق.

6- البحث عن علاقات قانونية جديدة أو مصـــدر تمويل جديد: هذا الإجراء ينطبق على عقود البيع وعقود التوريد، حيث يلتزم الدائن بأن يدخل فى علاقات جديدة مع مشـــترين أو بائعين جدد لإتمام صـــفقات معهم حتى يقلل الخسائر التى أصابته وإلا قامت مسئوليته([158]).

ثانياً: جزاء الإخلال بالالتزام بتخفيف الضرر:-

73- لا ريب أن الدائن إذا امتنع عن قيامه بالالتزام بتخفيف الضـــرر دون التدخل من المدين، أو دون أن يكون للمدين دور فى عدم قيام الدائن بالالتزام بتخفيف الضـرر، فإنه يفقد حقه فى التعويض عن الأضـرار التى كان يمكن أن يتجنبها ببذل جهد معقول، وعلى حد تعبير المادة 221 من القانون المدنى المصـــرى، فإن هذه الأضـــرار تعتبر أضـــراراً غير مباشـــرة لا يجوز للمدين التعويض عنها، وإذا قام الدائن بواجبه فى الالتزام بتخفيف الضرر، فإن المدين يتحمل هذه النفقات ويلتزم بدفعها للدائن، لأنه باتخاذه الإجراءات اللازمة لتخفيف الضـــرر قد خفف من مســـئولية المدين، وبالتالى يجب على هذا الأخير أن يتحمل النفقات اللازمة لإجراءات تخفيف الضرر لأنه المستفيد من هذه الإجراءات.

([158])انظر د/ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض فى عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص320، وانظر أيضاً: د/ مروك أحمد، مرجع سابق، ص260.

المبحث الثانى
إعادة التفاوض بحسن نية

74- لا ريب أن تغير الظروف التى جعلت التوازن العقدى يختل، مما يرهق المدين إرهاقاً جسيماً ويجعل الهدف من العقد هباءً منثورا، يستلزم العودة إلى مائدة المفاوضات للوصول إلى حل يحافظ به المتعاقدان على عقديْهما، حتى لا يتعرض العقد للفسخ، وحتى يوفر المتعاقدان الجهود التى بُذلت فى إبرام العقد فلا تذهب أدراج الرياح.

وإذا كان البعض([159]) يعتقد أن نظام إعادة التفاوض وُلِد فى كنف التجارة الدولية وهذه الأخيرة تتميز عن العقود الداخلية بهذا النظام.

فنحن نتفق مع هذا الرأى فى الشق الأول ألا وهو أن هذا النظام قد وُلِد ونشأ فى كنف التجارة الدولية، بيد أننا لا يمكن بحال من الأحوال أن نتفق على أن هذا النظام يقتصر على عقود التجارة الدولية، ولا يتعداها إلى غيرها (العقود الداخلية)، ولعل دليلنا فى ذلك هو نص المادة (1195 منى فرنسى جديد) التى نصت على هذا النظام فى العقود المدنية.

وإذا كان المضرور يلتزم بإخطار المتعاقد معه بتغير الظروف، كما أن هذا الأخير يلتزم بتخفيف الضرر، وهذا ما عرضناه فى المبحث الأول، بقى لنا أن نعرض فى هذا المبحث: لمضمون الالتزام بإعادة التفاوض وكيفيته وجزاء الإخلال به **(المطلب الأول)**، ثم نتعرض فى **(المطلب الثانى)** لأثر التفاوض على العقد سواء فى حالة نجاح المفاوضات أم فى حالة فشلها على النحو التالى:-

المطلب الأول
مضمون إعادة التفاوض وكيفيته
وجزاء الإخلال به

75- يهدف التزام إعادة التفاوض؛ سواء كان مصدره شرط فى العقد أم نص فى القانون إلى الحفاظ على العقد واستمراره، وذلك بتطويع العقد حتى يلائم الظروف الجديدة ولن يتأتى ذلك إلا بالدخول فى المفاوضات، حيث لا يمكن لهذا الشرط أن يرتب آثاره بشكل تلقائى وهذا ما يميزه عن النظم القانونية التى قد تتشابه معه والتى عرضنا لها سابقاً.

لذلك بدا – لنا – تقسيم هذا المطلب إلى فرعيْن على النحو التالى:-

---

([159])انظر د/ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض فى عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 176.

الفرع الأول: التعريف بإعادة التفاوض والقواعد التى تحكمه.
الفرع الثانى: جزاء الإخلال بالتزام إعادة التفاوض.

الفرع الأول
التعريف بإعادة التفاوض
والقواعد التى تحكمه

أولاً: إعادة التفاوض:

76- إعادة التفاوض هى وسيلة لتبادل الآراء والمقترحات حول تعديل أحكام العقد الذى يربط بين الأطراف لكى يتلاءم مع الظروف الجديدة ويعيد التوازن للعقد بعد اختلاله بسبب تغير الظروف([160]).

ومن ثم فإن التزام إعادة التفاوض يفرض على المتعاقديْن الدخول فى التفاوض لإجراء الحوار وتبادل الاقتراحات المتصلة بموضوع العقد([161])، وهذا الالتزام يقع على عاتق الطرفيْن معا، بحيث يكون كل منهما ملتزماً بالحضور فى موعد معين لبدء وافتتاح إعادة التفاوض([162]).

77- وإذا كان إعادة التفاوض هو الترجمة العملية لالتزام إعادة التفاوض، فإن الدخول فى المفاوضات تؤدى إلى الحفاظ على العقد واستمراره بعد تطويعه لكى يلاءم التغير فى الظروف؛ ولذلك يجب على المتعاقديْن عدم الامتناع عن الدخول فى المفاوضات للتوصل إلى حل يحافظ على العقد؛ إلا إذا كان الامتناع مشروعاً بمعنى تبرره ظروف معينة، كأن يعتقد المتعاقد أن الشروط اللازمة لإعادة التفاوض غير متوافرة، أو أن تغير الظروف ليس كافياً لتطبيق التزام إعادة التفاوض، فيمتنع عن الدخول لحين الفصل فى هذا الموضوع من القضاء أو التحكيم([163]).

([160])V. Paul Dupin, De saint CYR, contrats d'exportation. Modèles et commenloires, 2 éd., Jupiter, paris, 1973, p. 31.

([161])انظر د/ محمد أبو زيد، مرجع سابق، فقرة 23، ص 148، حيث يذكر سيادته أن: «الواقع أن بند التفاوض حول المشكلة التى تعترض سبيل العقد يهتم بإلزام الأطراف بالتشاور بحسن نية بغرض إيجاد حل للمشكلة. ولكن دون أن يلزمهم بالتوصل إلى حل».
وانظر أيضاً فقرة 26، ص 153.
وانظر أيضاً أ/ إيناس مكى عبد نصار، التفاوض الإلكترونى، دراسة مقارنة فى ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 2، العدد 3 و2013، ص 948، حيث عرفت التفاوض بأنه «حوار أو تبادل مقترحات بين طرفين أو أكثر بهدف التوصل إلى اتفاق يؤدى إلى حسم قضية أو قضايا نزاعية بينهم وفى الوقت نفسه تحقيق المصالح المشتركة فيما بينهم أو المحافظة عليها».

([162])انظر د/ محمد أبو زيد، مرجع سابق، فقرة 27، ص 153.

([163])انظر د/ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض فى عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 182.

وتجدر الإشارة إلى أن التزام الأطراف بالتفاوض لا يعنى الالتزام بإنجاح المفاوضات([164]).

(L'obligation des parties de négocier ne vaut pas dire une obligation de faire réussir les négocier).

كما لا يستلزم تنفيذ إعادة التفاوض الحضور المادى للعاقديْن،بل يمكن أن يتم ذلك بين غائبيْن عن طريق المراسلة، أو يتم عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، حيث يتم الدخول فى عملية التفاوض ومباشرة إجراءاتها بين الأطراف المتعاقدة فى أماكن مختلفة ولكن فى وقت واحد باستخدام الاتصال الهاتفى أو الإلكترونى([165]).

وغنى عن البيان القول بأن الالتزام بالدخول فى عملية التفاوض أحد الالتزامات الأساسية التى يفرضها شرط إعادة التفاوض أياً كان مصدره، سواء أكان العقد أم التشريع، حيث يمثل الحلقة الأولى لنجاح عملية إعادة التفاوض بحسن نية وتحقيق الغايات والأهداف المنشودة من وراء التفاوض([166]).

ثانياً: القواعد التى تحكم إعادة التفاوض:

78- لا ريب أن التزام إعادة التفاوض الذى مصدره شرط يدرجه المتعاقدان فى العقد، لا يهتم كثيراً بالقواعد التى يمكن أن تحكم عملية التفاوض، بقدر اهتمامه بممارسة هذا الحق وما يستتبعه من تعديل للعقد لتحقيق التوازن العقدى المختل؛ لذلك فالأصل أن لا تخضع المفاوضات بين الأطراف لقواعد شكلية معينة، بيد أن هذه القواعد قد تفضى – فى حال تطبيقها – إلى تجنب منازعات محتملة بين الأطراف، بالإضافة إلى أن مراعاة بعض القواعد الشكلية قد يكون لها دور فى نجاح عملية التفاوض ذاتها، ويقف بالمرصاد أمام المتعاقد سئ النية الذى يريد أن يماطل فى التفاوض حتى يحصل على مكاسب كبرى وذلك بسبب تنفيذ العقد، على حساب المتعاقد الآخر، وأهم القواعد الشكلية التى يجب على الطرفيْن مراعاتها هى مدة القبول وشكل القبول وهذا ما أوضحه:-

1- مدة القبول:-

([164])V. Dr Hussein El Mahi, op. cit., nº 73, p. 97.

([165])انظر د/ رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 46.

([166])انظر د/ ميثاق طالب عبد حمادى الجبورى، مرجع سابق، ص548.

79- لا مراء أن الظروف التى تحيط المتعاقديْن عند تنفيذ العقد والتى أدت إلىاختلال التوازن، تستلزم سـرعة التقابل والجلوس على مائدة التفاوض لإعادة التفاوض([167])، لذلك يجب أن تكون مدة القبول مدة قصيرة، حتى يتمكن الأطراف من مواجهة تغير الظروف.

وإذا كان تحديد مدة قبول التفاوض لا تتم كثيراً فى عقود التجارة الدولية بشكل صريح فإنها تتحدد بشكل ضمنى عن طريق إدراج البعض لشرط ضرورة التقابل فى فترة قصيرة لإعادة التفاوض وهذا يستلزم أن يتم إعلان القبول على مبدأ التفاوض فى خلال هذه المدة([168]).

وتجدر الإشارة إلى أن أهمية هذه العقود سواء (عقود التجارة الدولية) أم (العقود الداخلية) التى تحرص على تطبيق التزام إعادة التفاوض نظراً لأهميتها؛ فإن البطء فى تنفيذ هذا الالتزام يستتبعه أضرار قد تلحق أطرافاً عديدة يرتبطون مع المتعاقديْن بعقود أخرى، لذلك فإن السرعة فى إعلان قبول التفاوض أمراً تحتمه أهمية هذه العقود.

2- شكل القبول:-

80- ليس لقبول إعادة التفاوض شكلاً معيناً([169])، فإذا كان هناك اتفاق على شكل للقبول التزم المتعاقد بمراعاة الشكل المتفق عليه، وإن لم يوجد شكل فالأفضل أن يكون بخطاب مسجل بعلم الوصول تسهيلاً للمتعاقد فى حصول القبول.

بيد أن السؤال الذى يطرح نفسه هو مدى اعتبار السكوت قبولاً؟

([167])انظر د/ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض فى عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 195؛ وانظر أيضاً د/ ميثاق طالب عبد حمادى الجبورى، مرجع سابق، ص 558؛ وانظر د/ هنى عبد اللطيف، مرجع سابق، ص113؛ وانظر د/ مروك أحمد، مرجع سابق، ص 223، وانظر د/ عبد الرحيم السلمانى، مرجع سابق، ص226.

([168])V. F. Cabas, les clauses de Hardship, th. de 3 e cycle: Drit privé Montpellier 1, 1981, p. 94.

([169])V.D. Le Roy, la force majeure dans le commerce international, th. paris, 1992, p. 753.
V. aussi, F. Cabas, op. cit., p. 95.

نرى أن السكوت([170]) – فى هذه الحالة – يعتبر قبولاً([171])؛ تطبيقاً لنص المادة 2/98 مدنى التى تجعل السكوت قبولاً إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقديْن واتصل الإيجاب بهذا التعامل، ولا شك ولا ريب أن إعادة التفاوض على عقد سابق بين المتعاقديْن؛ يؤكد بما لا يدع مجالاً للشك أنه يوجد تعامل سابق([172]) وأن المتعاقد الذى أخطر المتعاقد معه بتغير الظروف وسكت هذا المتعاقد دون أن يرفض إعادة التفاوض فإن سكوته يعتبر قبولاً لإعادة التفاوض.

الفرع الثانى
جزاء الإخلال بالتزام إعادة التفاوض

81- لا ريب أن الإخلال بالتزام إعادة التفاوض كشرط يدرجه الأطراف فى عقودهم يشكل خطأً عقدياً يرتب على المُخل مسئوليته العقدية، بيد أن التزام إعادة التفاوض لم يقتصر مصدره على اتفاق المتعاقديْن، بل أصبح له أساس تشريعى هو نص المادة (1195 مدنى فرنسى جديد)، وما استتبعه ذلك من جزاءات نذكرها على النحو التالى:-

1- الدفع بعدم التنفيذ: (Excéption d'inexécution)

82- تقرر هذا الجزاء القواعد العامة فى القانون المدنى، فها هى المادة (161 مدنى مصرى) تنص على أنه «فى العقود الملزمة للجانبيْن، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقديْن أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به»([173]).

([170])انظر د/ محسن عبد الحميد البيه، مرجع سابق، ص 143، حيث يذكر سيادته أن المبدأ العام هو أن السكوت المجرد لا يصلح تعبيراً عن الإرادة؛ لا بالقبول ولا بالرفض.

([171])يجوز أن يكون السكوت بمنزلة القبول لا بالنسبة إلى إتمام العقد فحسب، بل وكذلك بالنسبة إلى إلغائه أو الإقالة منه (استئناف مختلط 11 أبريل سنة 1917م، م29، ص 358). ولذلك ذكرناه فى المتن فى معرض الموافقة على تعديل العقد ليوافق تغير الظروف.

([172])يعتبر السكوت قبولاً إذا أحاطت به ظروف ملابسة تجعله يدل على الرضا وتقدير قيام تلك الظروف من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع.
(المحكمة العليا بسلطنة عمان، جلسة 2003/6/25، الطعن رقم 6 تجارى لسنة 2001، مجوعة الأحكام لسنة 2004، ص 307).

([173])تقبل هذه المادة المذكورة فى المتن كل من المواد التالية: (المادة 219 مدنى كويتى، المادة 123 مدنى جزائرى، الفصل 235 من قانون الالتزامات والعقود المغربى (ظهير 9 رمضان 1331، 12 أغسطس 1913)، المادة 163 مدنى ليبى، المادة 247 من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، المادة 191 مدنى قطرى، المادة 132 مدنى سودانى (قانون المعاملات المدنية السودانية 1984م).

كما تنص المادة (1219 مدنى فرنســـى جديد) على أنه «يجوز لأحد الأطراف أن يرفض تنفيذ التزامه، على الرغم من اســـتحقاقه، إذا لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه، وكان عدم التنفيذ على قدر كبير من الجسامة»([174]).

كما تنص المادة (1220 مدنى فرنســـى جديد) على أنه «يجوز لأحد الأطراف وقف تنفيذ التزامه، إذا تبين أن المتعاقد معه لن ينفذ التزامه عند استحقاقه، وأن نتائج عدم التنفيذ على قدر كاف من الجسامة بالنسبة إليه. ويجب أن يتم الإخطار بهذا الوقف فى أقرب وقت([175]).

من خلال هذه النصوص يتضح أنه من حق المتعاقد الذى يرغب فى إعادة التفاوض مع المتعاقد الآخر الذى يرفض هذا التفاوض أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يجبر المتعاقد المتعنت على الجلوس على مائدة المفاوضات لإعادة التفاوض على العقد، ورغم أهمية هذا الجزاء وتحقيقه للهدف الذى يصبو إليه المتعاقد فى كثير من الحالات؛ إلا أن البعض([176]) يشكك فيه – فى عقود التجارة الدولية لسببيْن هاميْن:-

السبب الأول: أنه إذا جاز تطبيق هذا الجزاء عند عدم تنفيذ إعادة التفاوض على العناصر الأساسية فى العقد مثل الثمن أو تسليم الشئ المبيع، – فهل- إذا تعلق الأمر بعناصر غير أساسية كالالتزام بالصيانة، والالتزام بالنقل بطريقة معينة، أو الدفع بعملة معينة – يجوز استخدام هذا الحق فى هذه الحالات([177])؟

([174])V. art 1219 du code civil Fr. Qui dispose que, "une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cettes inexécution est suffisamment grave…".

([175])V. art 1220 du code civil Fr. Qui dispose que "une partie peut suspender l'exécution de son obligation dès lorsqu'il est mainfeste que son contractant ne s exécutera pas à l'écheance et que les consequences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais".

([176])انظر د/ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض فى عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص190.

([177])انظر جلسة 6 نوفمبر سنة 1985، أحكام النقض، المكتب الفنى، مدنى، الجزء الثانى، السنة 36، ص 970.
حيث أكدت المحكمة أن «الدفع بعدم التنفيذ. اقتصاره على ما تقابل من التزامات طرفى لتعاقد. العبرة فيه بإرادتهما لمحكمة الموضوع حق استظهارها. م(16 مدنى).
وانظر أيضاً الطعن رقم 66 لسنة 32 مكتب فنى 17، ص 504، جلسة 1966/3/3، حيث جاء فيه أن «شرط الدفع بعدم التنفيذ أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه التزاماً مستحق الوفاء أى واجب التنفيذ حالاً. فإذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقديْن أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولاً أن يدفع بهذا الدفع».
وانظر أيضاً د/ ميثاق طالب عبد حمادى الجبورى، مرجع سابق، ص 600، حيث يؤكد أن «إطلاق فكرة الدفع بعدم التنفيذ توضح إمكانية ذلك».

السـبب الثانى: أن الدفع بعدم التنفيذ قد لا يسـتفيد منه المضـرور لتعلق الأمر بسـلعة يحتاجها هذا المضـرور ولا توجد إلا عند المتعاقد معه، وتغير الظروف أدى إلى نقص ثمنها عن المتفق عليه، فلو تمسـك المضرور بهذا الدفع سيُحرم من الحصول على السلعة التى يريدها ولكن بسعر أقل بسبب تغير الظروف.

وعلى الرغم من هذا التشـكيك فى قيمة هذا الجزاء، فإننى أرى أنه من الجزاءات المهمة التى يسـتطيع المضرور أن يتمسك بها إذا وجد ذلك فى صالحه، فإن لم يكن التمسك بهذا الدفع فى صالحه لجأ المضرور إلى جزاء آخر ولعل أهمها هو التعويض وهذا ما سأعرض له.

2- التعويض:

83- لا مراء أن من حق المتعاقد المضـرور أن يلجأ إلى القضـاء أو التحكيم لبحث مدى توافر شـروط إعادة التفاوض، فإذا قرر القضـاء أو التحكيم توافر شـروط إعادة التفاوض فمن حقه إجبار المتعاقد على الجلوس على مائدة التفاوض عن طريق فرض غرامة تهديدية([178]) عن كل يوم يمتنع فيه المتعاقد عن الجلوس للتفاوض، فإذا أصرَّ على موقفه، كان من حق المضـرور المطالبة بالتعويض والذى يتمثل فى الفرق بين التنفيذ وفقا للمتفق عليه، وبين التنفيذ وفقاً للمتغيرات التى أدت إلى اختلال التوازن.

3- الفسخ:

84- لا ريب أن الفسـخ([179]) يتعارض مع روح النص المدرج فى العقد (شـرط إعادة التفاوض)، فما أدرجه المتعاقدان فى العقد إلا حفاظاً على هذا العقد، ورغبة فى الاسـتمرار فى تنفيذه، بيد أن هذا الالتزام أصبح له مصدراً تشريعياً (نص المادة 1195 مدنى فرنسى)، وهو الذى قرر هذا الحق وسنعود له عند كلامنا عن فشل المفاوضات.

([178])تنص المادة (213 من القانون المدنى) على أنه: «1- إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة تهديدية أن امتنع عن ذلك . 2- وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأي داعياً للزيادة».

([179])انظر د/ علاء الدين عبد الله فواز، مرجع سابق،ص 50.

المطلب الثانى
أثر التفاوض على العقد

85- تنص المادة (148 من القانون المدنى) فى فقرتها الأولى على أنه: «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية»([180]).

كما تنص المادة (1104 من القانون المدنى الفرنسى الجديد) على أنه: «يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية».

يعد هذا الحكم من النظام العام([181]).

من خلال هذيْن النصيْن يتضح أن مبدأ حسن النية يجب الالتزام به فى مرحلة تنفذ العقد وفى مرحلة المفاوضة وفقاً لصريح نص القانون الفرنسى، أما القانون المدنى المصرى فإنه لم ينص صراحة على مبدأ حسن النية فى مرحلة المفاوضة، إلا أن الفقه والقضاء مجمعان على ضرورة الالتزام بهذا المبدأ فى مرحلة المفاوضة شأنها فى ذلك شأن مرحلة تنفيذ العقد، وهذا يفرض على المتعاقد أن يكون هدفه من إعادة التفاوض أن يصل إلى اتفاق مشترك يحقق التوازن للعقد الذى اختل بسبب تغير الظروف، فإذا كانت إعادة التوازن تتم بالنظر لأداءات المتعاقدين وتقريبها مما كانت عليه قبل التعاقد كنا بصدد معيار موضوعى، وإذا نظر المتعاقدان إلى مجموعة الظروف التى تحيط بهم عند إعادة التعديل مثل التغير الاقتصادى كنا بصدد معيار شخصى، وأفضلهم هو من يجمع بين المعيار الموضوعى والمعيار الشخصى فى تحقيق التوازن للعقد الذى اختل بسبب تغير الظروف([182]).

وقد بدا لنا أن نقسم هذا المطلب إلى فرعيْن على النحو التالى:-

الفرع الأول
أثر التفاوض على العقد
فى حالة نجاح المفاوضات

([180])تقرر نفس الحكم كل من المواد الآتية: 107 من القانون المدنى الجزائرى، 197 من القانون الكويتى، الفصل 231 من قانون الالتزامات والعقود المغربى، 150 من القانون المدنى العراقى، 172 من القانون المدنى القطرى، 246 من قانون المعاملات المدنية الإماراتى.

([181])V. art 1104 du code civil Fr. Qui dispose que; "les contrats doivent être negociés, formés executes de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public.

([182])انظر لمزيد من التفصيل حول حسن النية ومعايير إعادة التوازن د/شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 200؛ د/ ميثاق طالب عبد حمادى الجبورى، مرجع سابق، ص 619.

86- إن من مستلزمات نجاح المفاوضات وصول أطراف العقد إلى اتفاق يحقق التوازن للعقد بعدما اختل بسبب تغير الظروف، بيد أن السؤال الذى يطرح نفسه ما هو التكييف القانونى لهذا الاتفاق الجديد؟ هل هو تعديل للعقد أم هو تجديد للالتزام؟

87- انقسم الفقه فى الإجابة على هذا التساؤل إلى ثلاث اتجاهات نعرضها، ثم نعرض لوجهة نظرنا فى الموضوع على النحو التالى:-

الاتجاه الأول: يرى هذا الاتجاه([183]) أن الاتفاق الجديد ما هو إلا تعديل للعقد الأصلى([184])، وهذا التكييف هو الذى يتناسب مع روح الشرط (شرط إعادة التفاوض) والذى يهدف إلى الإبقاء على العقد وعدم زواله، وبالتالى لا يمكن القول بأن هذا الاتفاق تجديد للالتزام، بمعنى انقضاء الاتفاق القديم ونشأة اتفاق جديد، لأن ذلك يتعارض مع الهدف من شرط إعادة التفاوض كما ذكرت سابقاً.

فإذا انصب الاتفاق الجديد على تعديل الثمن أو شروط التسليم، أو زمان أو مكان التسليم، أو امتداد فى مدد تنفيذ العقد، فالأمر يتعلق بالعقد الأصلى مع تعديل بعض شروطه([185]).

الاتجاه الثانى: يرى هذا الاتجاه([186]) أن الاتفاق الجديد بين المتعاقدين ما هو إلا تجديد للعقد، فما المقصود بالتجديد؟ وهل هذا الاتفاق تجديد أم لا؟ هذا ما سأجيب عليه فى الآتى:-

أولاً : مفهوم التجديد :

88- نصت على تجديد الالتزام المادة (352 مدنى مصرى)([187]) بقولها: «يتجدد الالتزام: **أولاً:** بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان علي أن يستبدلا بالالتزام الأصلى التزاما جديدا يختلف عنه في محله أو في مصدره. **ثانياً:** بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي علي أن يكون هذا الأجنبي مدينا مكان المدين الأصلى، وعلي

([183])V. par exemple, B. oppetit, op. cit., p. 810, Berger, op. cit., p. 1365, El Mahi, op. cit., p. 97.

([184])يعرف تعديل العقد بأنه «التصرف القانونى الذى يستطيع الأطراف بمقتضاه أن يتفقوا على أن يغيروا أثناء فترة التنفيذ واحداً أو أكثر من عناصر الاتفاق الذى يربطهم مع الإبقاء على الرابطة العقدية».
V. Alain Ghozi, op. cit, p. 242.

([185])انظر د/ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض فى عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 238؛ وانظر أيضاً: د/ عبد الرحيم السلمانى، مرجع سابق، ص 230؛ وانظر أيضاً د/ مروك أحمد، مرجع سابق، ص 233؛ وانظر أيضاً د/هنى عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 174.

([186])V. F. cabas, op. cit., p. 137.

([187])نصت على هذا الحكم المواد الآتية من القوانين العربية، 339 مدنى ليبى، 287 مدنى جزائرى، 416 مدنى كويتى، 381 مدنى قطرى، 401 مدنى عراقى، الفصل 357 من قانون الالتزامات والعقود التونسى نص على أن «تجديد الالتزام هو انقضاء التزام بإنشاء التزام آخر عوضه، الفصل 361 من ذات القانون نص على الحكم الموجود فى المتن، الفصل 347 فقرة أولى من قانون الالتزامات والعقود المغربى.

أن تبرأ ذمة المدين الأصلى دون الحاجة لرضائه أو إذا حصل المدين علي رضاء الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد. **ثالثاً:** بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي علي أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد».

من خلال هذا النص يتضح – لنا – أن تجديد الدين هو اتفاق يقصد به استبدال التزام جديد بالتزام قديم مغاير له فى عنصر من عناصره الرئيسية، المدين أو الدائن، أو الدين من حيث تغيير مصدره أو محله. وهذا ما أوضحته بجلاء المادة (1329 مدنى فرنسى جديد) بقولها: «التجديد عقد بمقتضاه يتم استبدال التزام جديد نشأ بالتزام قديم انقضى. يتم التجديد باستبدال الالتزام بين الأطراف أنفسهم، بتغيير المدين أو بتغيير الدائن([188])».

والقاعدة فى التجديد فى القانونيْن المصرى والفرنسى أنه لا يفترض وهذا ما صرحت به المادة (354–1 مدنى مصرى) بقولها: «التجديد لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف»([189]).

كما نصت عليه أيضاً المادة (1330 مدنى فرنسى جديد) بقولها: «التجديد لا يفترض، يجب أن تظهر إرادة القيام به بشكل واضح من التصرف»([190]).

ويشترط لوقوع التجديد شروطاً ثلاثة هى:

1– وجود التزاميْن صحيحيْن متعاقبيْن الجديد منهما يحل محل القديم.

2– اختلاف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم فى أحد عناصره الأساسية سواء المدين أو الدائن أو الدين أو طريقة تغيير محله أو تغيير مصدره.

([188])V. art 1329 du code civil qui diuspose que; "la novation est une contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu elle éteint, une obligation nouvelle qu' elle crée.
Elle peut avoir lieu par substitution d'obligation entre les mêmes. Par changement de débiteur ou par changement de créancier".

([189])نصت على هذا الحكم المواد الآتية: 341 مدنى ليبى، 289 مدنى جزائرى، 418 مدنى كويتى، 383 مدنى قطرى، الفصل 358 من قانون الالتزامات والعقود التونسى نص على أن «تحديد العقد لا يكون بغلبة الظن بل يجب أن يكون صريحاً. الفصل 347 فقرة ثانية من قانون الالتزامات والعقود المغربى.

([190])V. art 1330 du code civil Fr. Qui dispose que; "La noation ne se présume pas; la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'acte".

3- نية التجديد([191]).

ثانياً: مدى اعتبار الاتفاق الجديد تجديداً:

89- يذهب جانب من الفقه([192]) إلى أن الاتفاق الجديد الذى ينتج من عملية إعادة التفاوض بين الأطراف هو عقد جديد، فإعادة التفاوض تتضمن تجديداً للعقد وليس تعديلاً له([193]).

ويتحفظ البعض([194]) على هذا الرأى بقوله: «نخلص من ذلك أن الاتفاق الذى يتوصل إليه الأطراف لإعادة التوازن الاقتصادى لا يمكن وصفه بأنه تجديد للعقد من حيث الأصل، إلا إذا اتفق الأطراف صراحة على ذلك مع ضرورة أن يكون الاتفاق قد انصب على إجراء تعديلات جوهرية ورئيسة فى الالتزام الأصلى».

ولا نكون متجاوزين إذا قلنا أن هذا الرأى يقرر أنه لا يمكن أن نوصف الاتفاق على تعديل العقد بأنه تجديداً إلا إذا توافر فى هذا الاتفاق الشروط اللازمة للتجديد، وهى الشروط الثلاثة السابقة التى ذكرناها.

الاتجاه الثالث: يذهب هذا الاتجاه([195]) إلى التفرقة بين فرضيْن اثنيْن لا ثالث لهما وهما:-

---

([191])انظر فى تفصيل هذا الموضوع كل من د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الثالث، مرجع سابق، فقرة 284 وما بعدها، ص 664 وما بعدها، حيث يذكر سيادته أن التجديد عقد (contrat) واتفاق (convention) فى وقت واحد، فهو اتفاق حيث يقضى الالتزام القديم وهو عقد حيث ينشئ الالتزام الجديد، وهو فى الحالتين تصرف قانونى (acte juridique) وأطراف هذا التصرف القانونى تختلف باختلاف صدور التجديد.

وواضح من هذا القول أنه قائم على الرأى الذى يفرق بين العقد والاتفاق، فالأول أخص من الثانى، حيث يكون العقد توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله، أما الاتفاق فيكون بتوافق إرادتيْن على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه.

انظر د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الأول، مرجع سابق، فقرة 36، ص 115.

وانظر د/ سليمان مرقس، الوافى فى شرح القانون المدنى، فى الالتزامات، المجلد الرابع، الطبعة الثانية، القاهرة 1995م، فقرة 376، ص 771، وانظر أيضاً د/نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام مع المستحدث فى تعديلات 2016 للتقنين المدنى الفرنسى، دار الجامعة الجديد 2020، ص 481، وانظر أيضاً د/محمد حسام محمود لطفى، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، الكتاب الثانى، ص 294، حيث يذكر سيادته أن «المشرع راعى أن الاتفاق الصريح على التجديد يبعث الراحة فى نفوس أطراف التجديد، وإن الاستخلاص الضمنى من الظروف قد يكون مدعاة للقلق من جانبهم، لذا فقد حرص على أن يتطلب فى هذا الاستخلاص أن يكون «واضحاً» ولو كان ضمنياً.

([192])V. Régis Fabre, les clauses d'adaptation dans les contrats, RTD. Civ, 1983, p. 21.

([193])انظر فى عرض هذا الرأى كل من د/ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض فى عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص249، د/ هنى عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 174، د/ مروك أحمد، مرجع سابق، ص234.

([194])انظر د/ ميثاق طالب عبد حمادى الجبورى، مرجع سابق، ص 855.

([195])انظر د/ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض فى عقود التجارة الدولية، مرجع سابق،ص 254.

الفرض الأول: وفيه يرد التغيير على وجود الالتزام ذاته أو على مصـــدر الالتزام، ويؤدى هذا التغيير إلى اختفاء هذا الالتزام أو تعديل مصـــدره، وفى هذا الفرض يكون الاتفاق الجديد تجديداً للعقد فى حالة إذا انصـــب التغيير (اختفاء التزام) على التزام أساسى فى العقد، ويمكن فى هذه الحالة أن نستشف نية التجديد هنا من اتفاق الأطراف على زوال التزام أساسى فى العقد واستبدال التزام آخر محله، وأما إذا انصب التغيير على التزام غير أساسى فنكون بصدد تعديل للعقد وليس تجديداً له.

الفرض الثانى: وفيه يرد التغيير لا على وجود الالتزام أو مصـــدره، وإنما على طريقة تنفيذه أو على المدد اللازمة لتنفيذه أو مكان التسليم أو تغيير العملة التى يتم الدفع بها، ففى هذه الفروض يكون الاتفاق الجديد تعديلاً للعقد، وليس تجديداً.

رأينا الخاص: قبل الإعلان عن الرأى الذى أعتنقه من الآراء الســـابقة، يجب علينا الإجابة عن التســـاؤل الآتى: هل هناك أثر عملى لاعتناق رأى دون آخر، أم أن الأمر خلاف فقهى لا يرتب أية آثار عملية؟

90- لا مراء أن اعتبار الاتفاق الجديد تجديداً للعقد يســـتتبعه انقضـــاء العقد الأصـــلى بكل توابعه وضماناته ونشأة عقد جديد يحل محل العقد الأصلى، بعكس إذا كان الاتفاق الجديد تعديل للعقد الأصلى فقط فهذا يستتبعه بقاء العقد الأصلى مع تعديله وهذا أول نتيجة عملية يمكن أن نصل إليها من هذا الاختلاف. بالإضـــافة إلى ذلك فإنه يجب النظر إلى تاريخ التجديد لتحديد أهلية الأطراف فى القانون الواجب التطبيق فى حالة التعديلات التشريعية الطارئة بعد انعقاد العقد الأول([196]).

لذلك نقرر دون أدنى تردد أن الاتفاق الجديد هو تعديل للعقد الأصـــلى وليس تجديداً إلا إذا تعلق الأمر بتغيير المدين أو تغيير الدائن أو إذا انصب التغيير على عنصر أساسى من عناصر وجود العقد، أو مصدر العقد مع ما يستتبع ذلك من نتائج.

الفرع الثانى
أثر التفاوض على العقد
فى حالة فشل المفاوضات

([196])V. Régis Fabre, op. cit., p. 26.

حيث يذكر أن:

"Mais il faut se demander si ce consentement donne à l'origine pour des adaptations futures entraîne une simple modification du contrat ou plus catégoriquement son renouvellment. En bref, l'accord porte-T-il simplement sur la modification ou sur un nouveau contrat modifié? L'intérêt de a question est important. On peut admettre, en effet, que dans ce cas-là, comme en de tacite de sûretés qu' accompagneront la première convention, ne même c'est qu moment de renouvellement qu' il faudra se placer pour apprécier la capacité des parties de la loi applicable en cas des modifications legislatives introduites postérieurement au premier contrat".

91- تختلف العقود المدنية عن عقود التجارة الدولية فى التزام إعادة التفاوض، حيث يقتصر مصدر هذا الالتزام فى عقود التجارة الدولية على الاتفاق التعاقدى، أو فى حالات نادرة يطبق التحكيم هذا الشرط رغم عدم إدراجه فى العقد على أساس أنه من مبادئ التجارة الدولية، بيد أن الأمر يختلف فى العقود المدنية حيث أصبح لهذا الالتزام مصدراً تشريعياً هو نص المادة (1195 مدنى فرنسى جديد)، ومن ثم يطبق هذا الالتزام حتى ولو لم يدرجه المتعاقدان فى العقد، لكن هذا الالتزام ليس من النظام العام، فيجوز للأطراف استبعاد حكمه بالاتفاق على ذلك فى العقد.

وسأقتصر فى هذا الفرع على الحلول التى تبنتها المادة (1195 مدنى فرنسى جديد) فى حالة فشل المفاوضات تاركاً الوسائل الأخرى التى تطبق على عقود التجارة الدولية إلى الدراسات والكتابات التى تناولت هذا الموضوع([197]).

وهذه الوسائل نصت عليها المادة (1195 مدنى فرنسى جديد) بقولها:- «فى حالة رفض إعادة التفاوض أو فشله يجوز للأطراف الاتفاق على فسخ العقد اعتباراً من التاريخ وبالشروط التى يحددونها، أو أن يطلبوا باتفاق مشترك من القاضى أن يقوم بتطويع العقد، فى حالة عدم الاتفاق، يجوز للقاضى، خلال مهلة معقولة، بناء على طلب أحد الأطراف تعديل العقد، أو إنهائه، اعتباراً من التاريخ ووفق الشروط التى يحددها»([198]).

من خلال هذا النص نستطيع أن نجمل هذه الوسائل فى الآتى:-

1- الفسخ الاتفاقى:-

92- نصت على الفسخ الاتفاقى المادة (158 مدنى مصرى) بقولها: «يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفى من الأعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه»([199]).

([197]) انظر على سبيل المثال د/ شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض فى عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 255، د/ مروك أحمد، مرجع سابق، ص234، د/ هنى عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 230، د/ عبد الرحيم السلمانى، مرجع سابق، ص 23، وانظر أيضاً:

Hussein El Mahi, op. cit., no 77, p. 101.

([198]) أصل هذه المادة باللغة الفرنسية فى هذا الجزء فقط هى:

"… En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de proceder à son adaptation. Adéfaut d'accord dans un délai raisonnable le juge pent, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre Fin, à la date et aux conditions qu'il fixe".

([199]) يقابل هذا النص المواد الآتية فى قوانين البلاد العربية، الفصل 260 من قانون الالتزامات والعقود المغربى، المادة 178 من القانون المدنى العراقى، المادة 170 من قانون المعاملات العمانى، المادة 210 من القانون المدنى الكويتى، مع اختلاف بسيط أن هذه المادة لم تبح الاتفاق على الإعفاء من الاعذار إلا فى المواد التجارية فقط، أما فى المواد المدنية

كما نصت على حالات الفسخ المادة (1224 مدنى فرنسى جديد) بقولها: «ينشأ الفسخ من الشرط الفاسخ، الفسخ بالإرادة المنفردة مع الإخطار، الفسخ القضائى (بحكم المحكمة)([200]).

ونصت المادة (1225 مدنى فرنسى جديد) على الفسخ الاتفاقى بقولها: «يجب أن يحدد الشرط الفاسخ الالتزامات التى يؤدى عدم تنفيذها إلى فسخ العقد. يجب أن يسبق الفسخ إعذار، بيد أن هذا الإعذار عديم الأثر فى حالة الاتفاق على أن الفسخ يتحقق بمجرد عدم التنفيذ، ولا يرتب الإعذار أى أثر إلا إذا ذكر فيه الشرط الفاسخ صراحة([201])».

من خلال هذه النصوص يتضح أن المتعاقدين يستطيعان إدراج شرط فى العقد يسمح لهما بالفسخ دون حاجة إلى حكم، بيد أن الفسخ المتعلق بالتزام إعادة التفاوض يتم الاتفاق عليه لاحقاً عند تحقق ظرف أدى إلى اختلال التوازن ولم يستطع المتعاقدان الاتفاق على تعديل العقد لتحقيق التوازن وآثروا الاتفاق على الفسخ، فهنا يتحقق الفسخ الاتفاقى، ويتميز هذا الفسخ أيضاً بأنه غالباً لا يُعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد، بل يتعلق الأمر – فى أغلب الأحيان – بفسخ العقد بالنسبة للمستقبل فقط، بمعنى أن الفسخ فى هذه الحالة قد لا يكون له أثر رجعى، لاسيما فيما يتعلق بعقود التوريد أو العقود دورية التنفيذ.

2- التدخل القضائى:-

93- يجوز للمتعاقديْن أن يحتكما إلى القاضى لكى يقوم بالتوفيق بينهما عن طريق تعديل العقد تعديلاً يحقق التوازن بينهما، فإن لم يتفقا على هذا الطريق، يجوز لأحدهما اللجوء إلى القاضى لتعديل العقد تعديلاً يلزم الطرف الآخر، أو إنهائه وفقاً للشروط وبالتاريخ الذى يحدده القاضى.

فإن الاتفاق على الإعفاء من الإعذار لا يجوز، المادة 184 من القانون المدنى القطرى وحذت حذو المشرع الكويتى، المادة 271 من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، المادة 160 من القانون المدنى الليبى، المادة 120 من القانون المدنى الجزائرى، المادة 129 من قانون المعاملات المدنية السودانى.

([200])أصل المادة باللغة الفرنسية هى:

"La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier ou débiteur ou d'une décision de justice".

([201])أصل المادة باللغة الفرنسية هى:

"La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat.

La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire".

فى

الخاتمة

انتهيت بحمد الله وتوفيقه من بحث التزام إعادة التفاوض في العقود المدنية و الذي كان المتعاقدان يدرجانه فى عقودهما ثم نص عليه المشرع الفرنسى بالمرسوم رقم 131 لسنة 2016 المتعلق بتعديلات القانون المدنى الفرنسى . وقد خلصت إلى النتائج والتوصيات الآتية:-

أولاً: النتائج :-

1- التزام إعادة التفاوض شرط يدرجه المتعاقدان فى عقود التجارة الدولية يعطيهما الحق فى إعادة التفاوض على العقد فى حالة اختلاف التوازن بسبب ظرف طارئ.

2- توصل خبراء الصياغة العقدية لهذا الالتزام لمجابهة التشريعات الوطنية التى تتمسك بكل قوة بمبدأ القوة الملزمة للعقد مثل التشريع الفرنسى.

3- كلما كانت صياغة هذا الشرط دقيقة وواضحة وتفصيلية كانت أنفع فى التطبيق وأقطع لأى نزاع يمكن أن يثار فى المستقبل.

4- أعطى هذا الالتزام للمتعاقديْن الحق فى التفاوض للتوصل إلى الحلول المناسبة لمواجهة هذا الاختلال، بمعنى أن هذا الالتزام فى نشأته الأولى كان يتمسك بالتسوية الودية التى يتوصل إليها الأطراف.

5- بعد النص عليه (التزام إعادة التفاوض) فى التشريع الفرنسى (المادة 1195 مدنى فرنسى جديد) لم يعد الأمر يقتصر على التسوية الودية بل أعطت المادة للقاضى الحق فى تعديل العقد وفى فسخه بناء على طلب أحد المتعاقديْن.

6- اختلف التزام إعادة التفاوض عن نظرية الظروف الطارئة فى أنه ليس من النظام العام وبالتالى يجوز للأطراف استبعاد حكم المادة 1195 مدنى فرنسى جديد، بعكس المادة 2/147 مدنى مصرى فإنه لا يجوز للأطراف استبعاد حكمها.

7- قد يكون لإدراج شرط إعادة التفاوض فى العقود المدنية أهمية حتى فى ظل التشريعات التى تأخذ بنظرية الظروف الطارئة، نظراً لأن هذه التشريعات تشترط شروطاً معينة فى الحادث وأهمها العمومية ويمكن للشرط أن يواجه الظرف الطارئ حتى ولو لم يكن عاماً طالما جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين، كما يمكن للشرط أن يتناول حلولاً لا تتناولها المادة 2/147 من القانون المدنى المصرى.

8- الالتزامات المفروضـــة على المتعاقديْن لتطبيق شـرط إعادة التفاوض، وهو الالتزام بالإخطار يقع على عاتق المضـــرور والالتزام بتقليل الخطر يقع على عاتق الدائن، وهذه الالتزامات لها أهمية كبرى فى تطبيق شـــرط إعادة التفاوض.

ثانياً: التوصيات :-

1- نوصـى المتعاقديْن سـواء فى عقود التجارة الدولية أو فى العقود المدنية الداخلية إذا كان العقد سـيسـتغرق مدة طويلة أن يدرجوا فى عقودهم شرط إعادة التفاوض .

2- وضـــع الأســـس العامة والمحددة لشـــرط إعادة التفاوض ، من حيث مفهوم الظرف الطارئ الذى يمكن أن يجابهه الشـــرط وتحديد مصـــير العقد وقت التفاوض ومدة الإخطار وشـــكله والالتزام الذي يقع علي الدائن لتخفيف الضـــــرر والجزاء الذى يمكن أن يقع على المتعاقد المتعنت فى الامتنـاع عن التفاوض، أو فى الوصول إلى حل أثناء التفاوض.

تم بحمد الله

(وَآخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنِ الْحَمْدُ لِلّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ)

قائمة بأهم المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية :-

1- المراجع القانونية العامة :

أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ،مصادر الالتزام، 1998.

سليمان مرقس، الوافى فى شرح القانون المدنى، فى الالتزامات، المجلد الرابع، الطبعة الثانية، القاهرة 1995م.

- نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، بدون دار نشر – طبعة نادي القضاة، 1986 – 1987 .

سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، ط 2009.

عبد الحميد عثمان محمد، المفيد فى شرح القانون المدنى -2- مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1418 هـ .

عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثانى، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، سنة 1954.

عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول مصادر الالتزام، تحديث وتنقيح المستشار/أحمد مدحت المراغى، دار الشروق، ط 2010.

عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامى، الكتاب الأول، بدون دار نشر، سنة 1984.

ـــ نظرية العقد والإرادة المنفردة، الكتاب الثاني، بدون دار نشر، ط 1984.

محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول المصادر الإرادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2017م.

محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزامات، القاهرة 2008م.

محمود جمال الدين زكى، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الثالثة، سنة 1978.

مصطفى كمال طه، القانون البحرى، دار المطبوعات الجامعية، بدون سنة نشر.

نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات 2016 للتقنين المدني الفرنسي، دار الجامعة الجديدة 2020.

ـــ النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام مع المستحدث فى تعديلات 2016 للتقنين المدنى الفرنسى، دار الجامعة الجديد 2020.

- المراجع المتخصصة والرسائل والبحوث :

أحمد السعيد الزقرد، أثر الظروف اللاحقة على تحديد مضمون الالتزام العقدي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 32، سنة 2002، كلية الحقوق، جامعة المنصورة.

أحمد تقى فضيل، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فى القانون الدولى العام، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 1422هـ، 2002م.

أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانونى لمفاوضات العقود الدولية، مجلة الدراسات الدبلوماسية، عدد 19، سنة 2004م.

أسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض ،مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد 1، 31 مارس/ آذار 2011.

إيناس مكى عبد نصار، التفاوض الإلكترونى، دراسة مقارنة فى ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 2، العدد 3 و2013.

جان سمتس وكارولاين كالوم، ترجمة د/نبيل مهدى زوين، الإصلاحات المدخلة على نظرية الالتزام فى القانون المدنى الفرنسى، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، مقال منشور فى مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 20.

جهيدة بن طبال، شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصداي مرباح ورقلة، سنة 2017 .

الحبيب خليفة اجبوده، القوة القاهرة بين القانون المدنى الليبى وعقود الـ FIDIC، المجلة الجامعة – العدد السادس عشر – المجلد الثانى – أبريل 2014م.

حسام الدين كامل الأهوانى، المفاوضات فى الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولى، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مجلد 38، عدد 2، سنة 1996.

حسبو الفزارى، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدى فى القانون المقارن، دراسة تأصيلية وتحليلية لنظرية الظروف الطارئة فى القانون المقارن وفى الشريعة الإسلامية، مطبعة الجيزة بالإسكندرية، 1979، رسالة دكتوراه،كلية الحقوق، جامعة القاهرة.

حسين عامر، أ/ عبد الرحيم عامر، المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار المعارف، الطبعة الثانية، 1979.

حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، الطبعة الأولى، القاهرة 1368 و1949م.

حمدى محمود بارود، الطبيعة القانونية للمسئولية فى حالة العدول عن مفاوضات العقد، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد العشرون، العدد الثانى – غزة.

حنين أمين رمزى مقبول، دور التحكيم فى الحفاظ على التوازن الاقتصادى لعقود الاستثمار الدولية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة بيدريت – فلسطين، 2014- 2015.

رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، سنة 2000.

رشوان حسين رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، عرض لفكرة ملاءة العقد للظروف الاقتصادية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرةِ، سنة 1994.

رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، أثر سوء النية على عقود المعاوضات في القانون المدني، مع التطبيق على عقد البيع التقليدي والإلكتروني في مرحلة المفاوضة والإبرام، دراسة تحليلية للقانون المصري مقارناً بالقانون الفرنسي، دار الجامعة الجديد، ط2017م.

ـ الالتزام التضاممى والالتزام التضامني في القانون المدني، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق، جامعة طنطا، العدد الثامن والسبعين، إصدار إبريل 2017م.

رمزي فريد محمد مبروك، مدى سلطة صاحب العمل في الانفراد بتعديل بنود عقد العمل ذى المدة غير المحددة، دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد 12، سنة 1992.

روزان طالب محمود السويطي، مبدأ حسن النية فى إبرام العقد وفق أحكام مشروع القانون المدنى الفلسطينى بالمقارنة مع مجلة الأحكام العدلية، رسالة ماجستير، جامعة القدس – فلسطين، 1439هـ / 2018م.

سعد بن سعيد الذيابى، مبدأ حسن النية فى النظام السعودى والأنظمة المقارنة، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، العدد 23، ربيع الآخر 1435هـ – فبراير 2014م.

سليم حسن، موسوعة مصر القديمة، الجزء الأول، فى عصر ما قبل التاريخ إلى نهاية العصر الإهناسى، مكتبة الأسرة، مهرجان القراءة للجميع، سنة 2001، الهيئة العامة للكتاب والمجموعة الثقافية المصرية.

سليمان مرقس، المسئولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الأول، معهد البحوث والدراسات العربية، ط 1971.

ـــ فى نظرية دفع المسئولية المدنية، الحادث الفجائى والقوة القاهرة، فعل الدائن وفعل المصاب، فعل الأجنبى، دراسة مقارنة فى المسئولية التعاقدية والمسئولية التقصيرية فى القانون الفرنسى والمصرى، مطبعة الاعتماد بشارع حسن الأكبر، بدون سنة نشر.

سماح جبار، حسن النية فى التفاوض على العقود، مجلة دراسات لجامعة عمار ثليجى الأغواط – الجزائر، العدد 48، نوفمبر سنة 2016.

شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف فى عقود التجارة الدولية، أكاديمية شرطة دبى، ط 1431هـ – 2010م.

ـــ شرط إعادة التفاوض فى عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، ط 2017.

صليب بك سامى، الظروف الطارئة وأثرها فى مسئولية المتعاقدين، مجلة المحاماة، العدد التاسع، السنة الثانية عشرة، يونيو سنة 1932.

عابد فايد عبد الفتاح، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية فى قانون الالتزامات المقارنة، دراسة تطبيقية فى عقود السفر والسياحة، المؤتمر العلمى السنوى الرابع، الجوانب التشريعية والاقتصادية للسياحة، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مارس.

عبد الحى حجازى، عقد المدة أو العقد المستمر والدورى التنفيذ، رسالة دكتوراه،كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة1950.

عبد الرحيم السلمانى، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المجلة المغربية للقانون والإقتصاد، العدد الرابع 2011.

عزيز كاظم جبر الخفاجى، إعادة التفاوض فى عقود نقل التكنولوجيا، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 8، العدد 23، سنة 2015.

علاء التميمى عبده، دور التحكيم فى معالجة اختلال التوازن الاقتصادى لعقود الاستثمار (دراسة حول أثر الثورات الشعبية على عقود الاستثمار)، المؤتمر العلمى الدولى، الثورة والقانون، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، عدد خاص 2011-2012، ديسمبر.

علاء الدين عبد الله فواز الحصاونة، الجوانب القانونية للالتزام بإعادة التفاوض ومراجعة العقود: دراسة فى القانون الفرنسى والأردنى ومبادئ القانون الموحد حول التجارة الدولية ومبادئ القانون الأوروبى للعقود، مجلة الحقوق، مجلد 38، عدد 1، سنة 2014.

علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2008/2007.

محمد أبو زيد، المفاوضات فى الإطار التعاقدى، صورها وأحكامها، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، المجلد 47، العدد 1، عام 2005.

محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسية الجديد باللغة العربية، المواد 1100 إلى 1231-7 من القانون المدنى الفرنسى، منشورات الحلبى الحقوقية، سنة 2018م.

ـ مراحل التفاوض فى عقد الميكنة المعلوماتية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ط 2016.

محمد شتا أبو سعد، مفهوم القوة القاهرة، مجلة مصر المعاصرة، المجلد 74، العدد 393-394، الشهر يوليو/ أكتوبر، سنة 1983.

محمد محى الدين سليم، نظرية الظروف الطارئ بين القانون المدنى والفقه الإسلامى، دار المطبوعات الجامعية، 2010.

محمد مهدى الجم، نظرية الظروف الطارئة، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، جامعة القاضى فياض، كلية الحقوق القانونية والاقتصادية والاجتماعية، العدد 15، سنة 1991.

محمود سلام زناتى، قانون حمورابى، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة 3، العدد الأول، يناير 1971.

محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية فى مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون – كلية القانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد الرابع والخمسون، جمادى الآخرة 1434- أبريل 2013.

مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض فى عقود التجارية الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، سنة 2014.

مريم بهلوان، شرط إعادة المراجعة فى عقود التجارة الدولية، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد خاص، سنة 2017.

معمر بو طبالة، الإطار القانونى لعقد التفاوض فى مفاوضات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتورى، قسطنتينه، الجزائر، 2016-2017.

ميثاق طالب عبد حمادى الجبورى، شروط إعادة التفاوض فى عقد التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، 2016-2017.

هنى عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض فى العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبى بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2015-2016.

وفاء مصطفى محمدا عثمان، توازن المصالح فى تكوين عقد البيع الدولى للبضائع وفقاً لاتفاقية ڤيينا لعام 1980، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عام 2005م.

يحيى أحمد بنى طه، مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود، دراسة مقارنة مع القانون المصرى والقانون الإنجليزى، رسالة دكتوراه، جامعة عمَّان العربية، الأردن، سنة 2007.

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية :

A. Ghozi, la modification de l'obligation par la volonté des parties, étude de droit civil francais, LGDJ, 1980.

Alain pietrancosta, introduction of the hardship[doctrine ("théorie de l'imprévision") into French contract law. A mere revolution on the books?, READS, 846, RTDF, n°3-2016.

Auverny bennetot, la théorie de l'imprévision, th. Paris 1938.

Barbara Freleteque, Devoir et incombance en matière contractuelle, th. L'université de Bordeaux, ecole doctorale de droit, 2015.

Berthold Goldman: la lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux réalité et perspectives, Travaux du Comité français de droit international privé, année 1980/2.

Bruno Oppetit, L'Adaptation des Contrats Internationaux aux Changement de Circonstances: La Clause de Hardship, 101 Clunet 1974, at 794 et seq...

D. Le Roy, la force majeure dans le commerce international, th. paris, 1992.

David Malazoue, L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale, mémoire, faculté jean Monnet, université Paris. S U D-2013-2014.

F. Cabas, les clauses de Hardship, th. de 3 e cycle: Drit privé Montpellier 1, 1981.

Fillali O sman, Les principes generaux de la lex Mercatoria contribution a l'étude d'un ordre juridique anational L.G.D.J. 1993.

G. obetd. Le calcul du prix dans les contrats internationaux, th. Montepellier 1, 1990.

Gael chantepie, Mathias Latina, la réform du droit des obligations, les jours de la par, Dalloz, J-23, 8 Septembre 2016.

Georges Rouhette, la révision conventionnelle du contrat in: Revue internationalle de droit comparé vol. 38, n°2, Avril-Juin 1986.

Guillaume lacroix, l'adaptation du contrat aux changements, de circonstances, mémoire, université D Remies, 2015.

Harold Ullman, Enforcement of Hardship clauses in the French and American legal systems, published by CWSL scholarly commons, 1988.

Hussein Elmahi, la clause de Hardship/ R.R.J.E El Mansoura April 1994,.

J. Alisse, L'obligation de renseignement dans les contrats, th. Paris II, 1975.

Jean - Mouralis, Imprévision, Encyclopédie, Dalloz, Tome 4, Deuxième éd ,1973.

jean Marc Mousseron, Jacques Raynard, jean – Baptiste seube, Technique contractuelle, 5 édition, 2017.

jean. Jacques taisone, la notion de condition dans les actes juridiques: contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle, th. Droit, lille 2: 1977; Dalloz 2011.

joseph vogel, difficultés liées à l' exigence de la convention unique pour les contrats de concession exclusive et remèdes envisageables, comment bien négocier, exécuter, et faire, face à la résiliation de vos contrats François et internationaux après la réforme du droit des contrats , 9 novembre 2017, 30. avenue d'léna 75116 paris. France.

Klause peter Berger, Renegotiation and adoption of international investment contracts: the Role of contract Drafters and arbitrators, 36 Vanderbilt journal of transnational law, 2003.

Louis Thibierge, la clause de Hardship, RLDC, N° 161, 1 Juillet-Aout 2018.

luc Grynbaum, فىRéforme du droit des contrats: Synthèse du droit français et convergences avec le droit européen, RLDI 3946, nº 124, **Mars 2016.**

Marie Denimal, la réparation intégrale du préjudice corporel: réalités et perspectives, th. L'université tille 2-Droit et santé, 2016.

Marie Eliphe, la force obligatoire du contrat de travail, mémoire université paris, II, 2016.

Me Mamadou Konate, crise Financier et contrats commerciaux, 111e édition du congrès Africain des juristes d'entreprises (Coja. 2010), organise par le centre Africain pour le droit & le de développement.

Mlle Yesdad Houria, le contrat de vente internationale de marchandises, th. Faculté de droit, université Mouloud Mammeri de tizi – ouzou, 2008.

Mohammed Abd Elgawad, La force obligatoire du contrat en droit Musulman et la théorie de l'imprévision en droit Egyptien, th. Paris, 1957.

NATHALIE LOU NAHAN KONAN , l'application des principes d'uni droit au contrats en contexte de gestion de projets internationaux: un Moyen de gestion de Risque, mémoire présenté à université du Québec a trios – Rivières, Mars 2004.

Normand Guilbeault, l'obligation de renseignement dans les contrats de vente internationale de marchandises, Ed. Faculté de droit de l'université laval, 1997.

Pascal Pichonnaz et Franz Werro, la pratique contractuelle 2, Symposium en droit des contrats, Schulthess , ed. Romandes 2011.

Paul Dupin, De saint CYR, contrats d'exportation. Modèles et commentaires, 2 éd., Jupiter, paris, 1973.

Paul Henri Antonmattei, contribution à l'étude de la force majeure, th. Montpellier, 1992.

Paul Ourliac et J. DE Malafosse, Histoire, du droit privé, 1/les obligations, presses universitaires de France, 3º édition 1969.

Ph. Fouchard, L'adaptation des contrats à la conjoncture économique, Rev. arb. 1979.

Philippe Kahn, "lex mercatoria" et pratique des contrats, Paris 1975.

Pierre Misson, technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux: les cas de force majeure et d'imprévision, les cahiers de droit, vol. 35, no2, 1994.

R. Fiatte, les effets de la force majeure dans les contrats, the. Paris, 1970.

R.Fabre, les clauses d'adaptation dans les contrats, RTC, 1983.

Ramzy Mabrouk, la force majeure en droit des obligation, étude de droit comparé Egyptien et français, th. Nantes, 1986.

Reine Alachkar, clause de Hardship et clause d'amiable composition, th. Paris II, 2010.

Roger Dufourmantelle, la force majeure dans les contrats civils ou commerciaux et dans les Marchés Administratifs, paris, 1920.

Romain loir, les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats, mémoire , Lille 2, 2001-2002.

Rose-Noëlle schutz, le nouveau droit français des contrats, Recueil de travaux juridiques, n° 2/2017.

Samir Tanagho, La nature juridique du droit du preneur à bail en droit Romain, Rennes, 1961.

Samir Tanagho, L'origine Romaine de la théorie de l'imprévision, Reune Al qanoun wal I qutisad, 33, année 1966.

Samir Tanbagho, De l'obligations judiciaire, Etude Marale et technique de la révision du contrat par le juge, th. Paris, 1964.

Stéphan Reifegerste, pour une obligation de minimiser le dommage, presses universitaires d'Aix- Marseille, 2002.

Yeves picod, l'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, JCP, 1988-I-3318.

الفهرس

الموضوع	الصفحة

تمهيد وتقسيم :	5
الفصل الأول **فكرة الالتزام بإعادة التفاوض**	7
المبحث الأول: مفهوم الالتزام بإعادة التفاوض	7
المطلب الأول: تعريف التزام إعادة التفاوض	8
المطلب الثانى: تمييز التزام إعادة التفاوض عن غيره	19
الفرع الأول: التزام إعادة التفاوض ونظرية الظروف الطارئة	20
الفرع الثانى: تمييز التزام إعادة التفاوض عن القوة القاهرة	29
الغصن الأول: مفهوم القوة القاهرة	30
الغصن الثانى: أوجه الاختلاف بين القوة القاهرة والتزام إعادة التفاوض	34
الفرع الثالث: التزام إعادة التفاوض وشروط تعديل العقد التلقائية	37
المبحث الثانى: الأساس القانونى لالتزام إعادة التفاوض وشروط ممارسته	41
المطلب الأول: الأساس القانونى لالتزام إعادة التفاوض	43
الفرع الأول: الأساس الاتفاقى لالتزام إعادة التفاوض	44
الفرع الثانى: الأساس القانونى لالتزام إعادة التفاوض فى حالة غياب الاتفاق	49
الموضوع	**الصفحة**
الفرع الثالث: الأساس التشريعى لالتزام إعادة التفاوض	55
المطلب الثانى: شروط ممارسة التزام إعادة التفاوض	58
الفرع الأول: عدم توقع الحدث	59
الفرع الثانى: استقلالية الحدث عن إرادة المدين	65

الفرع الثالث: اختلال التوازن	70
الفصل الثانى **آثار الالتزام بإعادة التفاوض**	75
المبحث الأول: الالتزامات الفردية الناشئة عن التزام إعادة التفاوض	75
المطلب الأول: الالتزام بالإخطار	76
الفرع الأول: مفهوم الإخطار	77
الفرع الثانى: جزاء الإخلال بالالتزام بالإخطار	86
المطلب الثانى: الالتزام بتخفيف الضرر	90
الفرع الأول: الأساس القانونى للالتزام بتخفيف الضرر	91
الفرع الثانى: إجراءات تخفيف الضرر وجزاء الإخلال بالالتزام بتخفيف الضرر	96
المبحث الثانى: إعادة التفاوض بحسن نية	100
المطلب الأول: مضمون إعادة التفاوض وكيفيته وجزاء الإخلال به	101
الفرع الأول: التعريف بإعادة التفاوض والقواعد التى تحكمه	101
الموضوع	**الصفحة**
الفرع الثانى: جزاء الإخلال بالتزام إعادة التفاوض	106
المطلب الثانى: أثر التفاوض على العقد	111
الفرع الأول: أثر التفاوض على العقد فى حالة نجاح المفاوضات	112
الفرع الثانى: أثر التفاوض على العقد فى حالة فشل المفاوضات	119
الخاتمة:	123

أولاً: النتائج	123
ثانياً: التوصيات	124
قائمة بأهم المراجع:	127
أولاً: المراجع باللغة العربية	127
ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية	137
الفهرس	143