القواعد التي تحكم إعادة التفاوض والآثار التي يرتبها كل من القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض

الباحثة/ آلاء عاطف عبد السلام

باحثة لدرجة الدكتوراه- كلية الحقوق- جامعة القاهرة

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور/ أحمد فاروق وشاحي

أستاذ القانون التجاري- كلية الحقوق- جامعة القاهرة

(ISSN: 2537 - 0758)

القواعد التي تحكم إعادة التفاوض والآثار التي يرتبها كل من القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض

الباحثة/ آلاء عاطف عبد السلام

الملخص:

يُعد شرط إعادة التفاوض (Hardship Clause) أداة لحماية التوازن الاقتصادي للعقد عند تغير الظروف بشكل جوهري وغير متوقع. لا يشترط هذا الشرط استحالة التنفيذ كما في القوة القاهرة، بل يكفي حدوث اختلال جسيم يُرهق المدين. يشترط عادةً أن يؤدي الحدث إلى ضرر واضح وغير معقول لأحد الأطراف. يتنوع هذا الشرط من حيث الصياغة، فإما أن يكون عامًا مثل "اختلال التوازن الاقتصادي"، أو خاصًا يحدد عنصراً معينًا مثل الثمن أو تكلفة التمويل. كما يشترط إخطار الطرف الآخر عند وقوع الحدث، مع عرض حلول تفاوضية. وتتم إعادة التفاوض وفق معايير: موضوعية (استعادة التوازن الأصلي)، أو شخصية (رفع الضرر الفادح)، أو مختلطة تجمع بين العدالة والتوازن.

Abstract:

The Hardship Clause protects the economic balance of a contract when unforeseen and substantial changes occur. Unlike force majeure, it does not require impossibility, but rather significant hardship that affects the debtor. The triggering event must cause clear, unreasonable harm to one party. The clause may be formulated generally (e.g., "economic imbalance") or specifically (e.g., affecting price or financing). The affected party must notify the other and propose negotiation solutions. Renegotiation is based on objective criteria (restoring original balance), subjective criteria (relieving severe harm), or a mixed standard that combines fairness and contractual balance.

الباب الأول
القواعد التي تحكم إعادة التفاوض والآثار التي يرتبها كل من القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض
الفصل الأول
القواعد الشكلية التي تحكم إعادة التفاوض ومبدأ حسن النية في إعادة التفاوض ونتيجته
المبحث الأول
قبول وإعادة التفاوض والمعايير التي تتم على أساسها إعادة التفاوض

اعمال شرط اعادة التفاوض، يجب ان يؤدي الحدث الذي يواجهه الشرط المذكور الى خلق نوع من الاضطراب في اقتصاديات العقد، أي درجة معينة من الاختلال بالتوازن الاقتصادي للعقد. ولابد من الاشارة الى ان الاختلال يعد مرحلة وسط بين الاستحالة المطلقة في التنفيذ والتي يؤدي اليها عادة حدث القوة القاهرة، وبين مجرد التغيير البسيط او الطفيف الذي قد يطرأ على اقتصاديات العقد دون ان يجعل التنفيذ مستحيلاً او حتى مرهقاً بالنسبة للمدين.

هذا ويحرص المتعاقدون في ميدان التجارة الدولية، على اشتراط توافر درجة معينة من الخطورة والاضطراب التي تطال اقتصاد العقد في البنود التي ينظمون من خلالها شرط اعادة التفاوض. بعبارة اخرى، فأنهم يشترطون ان يكون التغير الذي يؤدي اليه الحدث المبرر لأعادة التفاوض جوهرياً يصاحبه اضطراب واضح في اقتصاد العقد، بحيث يؤدي الى ضرر ليس من المنطقي ان يتحمله احد الاطراف[١].

ورغم الوصف التعاقدي لشرط اعادة التفاوض مما يجعله متنوعاً من حيث اشكاله وطرق التعبير عنه من عقد الى آخر، فأن فقه التجارة الدولية يجمع على وجوب ان تؤدي الاحداث التي يواجهها شرط اعادة التفاوض الى اختلال توازن العقد بشكل يقدح في قدرة المتعاقد على تنفيذ التزامه[٢].

هذا ويبدو ان فكرة الاختلال في توازن العقد– بحد ذاتها– ليست غريبة عن النظم القانونية الوطنية، لاسيما تلك التي يعترف قانونها الداخلي او قضاؤها بنظرية الظروف الطارئة.

وتشير مبادئ اليونيدروا والتي تنظم شرط اعادة التفاوض الى عنصر الاختلال الذي ينجم عن الحدث الذي يواجهه الشرط. اذ تقضي م (٦–٢–٢) من المبادئ المذكورة بوجوب اعادة التفاوض عند وقوع احداث تهدم بشكل اساسي توازن الاداءات أما لأن

(ISSN: 2537 - 0758)

تكلفة تنفيذ الالتزامات قد ارتفعت، أو لأن قيمة الاداء المقابل قد انخفضت. كما وقد اعدت غرفة التجارة الدولية في باريس شرطاً نموذجياً بشأن مواجهة الاحداث غير المتوقعة وقد جاء فيه (في حالة وقوع احداث غير متوقعة من الاطراف تغير بشكل اساسي توازن العقد الحالي وتؤدي الى وقوع اعباء غير عادلة لأحد الاطراف اثناء تنفيذ التزاماته، فيجب ان يصار الى تعديل بنود العقد.....).

ولابد من الاشارة الى ان ليس كل اختلال في توازن العقد يعد مبرراً كافياً لإعمال شرط اعادة التفاوض. اذ ان هناك قدر من الاختلال الطبيعي الذي تسببه ما يسمى بالمخاطر العادية التي يجب ان يضعها كل متعاقد في حسبانه وقت التعاقد. لذلك فأن مجرد التغير في الاسعار أو في قيمة التكلفة أو في ثمن المواد الاولية الناتج عن التقلبات الاقتصادية المعتادة لايعد كافياً للقول بوجود اختلال في توازن العقد.

ويؤكد قضاء التحكيم على اهمية عدم الخلط بين الاختلال في توازن العقد ومجرد التغيير البسيط والطفيف في توازن الاداءات العقدية والذي لايتجاوز المخاطر العادية والمألوفة. ففي قضية تتلخص وقائعها في تعاقد شركتين على قيام الاولى بتوريد المشتقات النفطية الى الثانية وفقاً للاسعار العالمية (نايمكس)، وبعد مرور فترة من الزمن توقفت الشركة الموردة عن تنفيذ التزاماتها بدعوى وجود ارتفاع في اسعار البترول، مما يتطلب التوقف عن تنفيذ التزاماتها وتعديل العقد وفقاً للتغيرات الجديدة في الاسعار، رفضت هيئة التحكيم التي نظرت النزاع ادعاء الشركة الموردة، وقدرت ان مجرد ارتفاع اسعار البترول لايكفي لإعمال شرط اعادة التفاوض الذي يجب لتطبيق الاحكام الخاصة به وجود اختلال كبير وجذري في توازن العقد[٣].

بالاضافة الى ما تقدم، فأن اختلال التوازن يشهد تنوعاً كبيراً في اسلوب التعبير عنه في عقود التجارة الدولية. ويرى جانب من الفقه[٤] أن التعبير عن اختلال التوازن عند صياغة شرط اعادة التفاوض يتخذ، عموماً، **احدى صيغتين:**

١- **الصيغة العامة:** حيث يصف الاطراف اختلال التوازن من خلال استعمال مصطلحات عامة بعض الشيء في دلالتها، يعبرون من خلالها عن الاثر الذي ينتج من تغير الظروف اثناء تنفيذ العقد وقد يستعمل الاطراف تطبيقاً لذلك عبارة (انقلاب توازن العقد) أو عبارة (الاختلال في اقتصاد العقد) أو عبارة (اضطراب يغير بشكل كبير التوازن الاساسي للاداءات). كما قد يستعين الاطراف بمصطلحات تعبر عن مقدار الضرر الذي يلحق بأحد المتعاقدين جراء الاختلال في توازن العقد، من ذلك بعض الشروط التي ترد في عقود نقل التكنولوجيا عادةً والتي تنص على

انه (في حالة وقوع احداث غير متوقعة يكون من آثارها قلب الاساس الاقتصادي للعقد مسبباً ضرراً فادحاً لأحد الاطراف).

٢- **الصيغة الخاصة:** حيث يحدد الاطراف أي من مسائل العقد الجوهرية هي التي يجب ان يطالها الأختلال. وقد يكون هذا العنصر هو الثمن كالشرط الذي ينص على انه: (اذا وقعت احداث من شأنها ارتفاع تكلفة الحصول على النقد او الائتمان او تخفيض المبلغ الاساسي او الفائدة التي يمنحها البنك....) وكذلك الشرط الذي ينص على انه (..... اذا ادى التغيير الى تحقيق عائد غير كافٍ لتغطية تكلفة الصفقة...).

ويبدو لنا ان اعتماد الصيغة الخاصة للتعبير عن اختلال التوازن انما يحقق للمتعاقدين وقضاء التحكيم فائدة كبرى، اذ انه يمكنهم من تفادي الصعوبات المتعددة التي قد تنشأ من استعمال مصطلحات عامة قد يشوبها عيب الغموض أو النقص أو التفسير المتعدد.

تنص شروط القوة القاهرة أو شروط إعادة التفاوض بصفة عامة على أن المتعاقد المضرور من تغير الظروف، بإعتباره صاحب المصلحة الأولى في مراجعة العقد، يجب أن يخطر المتعاقد الآخر في أقرب وقت ممكن عن وقوع الأحداث التي أدت إلى التغير، ونطاق التغيرات التي حدثت، والوسائل التي يمكن أن تكون علاجاً لهذا الموقف.

يخضع الحق في التمسك بشرط إعادة التفاوض إلى إجراء شكلي يتمثل في إلتزام يقع على عاتق المدين المتعثر بأن يخطر دائنه بكل ما من شأنه إعاقة تنفيذ العقد، وكذلك الحلول المقترحة من جانبه إن اقتضى الأمر ذلك حتى يمكن للطرف الآخر المشاركة في عملية التفاوض وهو على علم بسياق الأحداث الملابسة للعقد، ليتسنى له أن يتخذ كل الإجراءات التي يتفادى بها الخسائر التي تصيبه من جراء عدم تنفيذ المدين لإلتزامه[٥]، وكذا المشاركة في عملية التفاوض وهو على علم بكل الظروف المحيطة بتنفيذ العقد مما قد يسمح بتبني أحد الحلول المقترحة[٦].

فضلاً عن ذلك فإن هذا الإشعار يرمي إلى إشاعة الطمأنينة لدى المتعاملين في التجارة الدولية حتى تقوم علاقاتهم على أسس واضحة المعالم وفي صدارتها مبدأ حسن النية الذي يفترض التعاون البناء والمثمر في العلاقات التعاقدية ليتمكن كل طرف من معرفة مصير الاتفاق الذي أبرمه وقدرة المتعاقد الآخر على تنفيذه والظروف المحيطة بهذا التنفيذ. وهذا يؤدي في النهاية بلا شك إلى استقرار المعاملات التجارية وازدهارها.

وإذا تم الإخطار نكون أما فرضين: إما أن يرفض المتعاقد الآخر الدخول في عملية التفاوض سواء أكان رفضه مبرراً أو غير مبرر، أو أن يقبل مبدأ التفاوض في العقد.

(ISSN: 2537 - 0758)

يكتسب رد المتعاقد على طلب المتعاقد الآخر بالدخول في التفاوض أهمية كبيرة، والأكثر أهمية في هذا الصدد هي المدة التي يجب أن يتم فيها هذا القبول. وتتأتي أهمية هذه المدة في الظروف المحيطة بعملية إعادة التفاوض. فإعادة التفاوض جاءت لتفادي الظروف الإستثنائية المتمثلة في التغيرات التي حدثت في الظروف المحيطة بالعقد، ولإيجاد حل مناسب لاستمرار تنفيذه. وتصف هذه الظروف دائما بالخطورة وترتب النتائج الضارة على المتعاقدين أو على أحدهما على الأقل. ودرءاً لهذه الآثار الضارة، يجب على المتعاقد أن يجيب طلب الطرف الآخر في أسرع وقت ممكن. فالتباطؤ في الرد قد يؤدي إلى تفاقم الأضرار(٧).

كما ترتبط أهمية المدة أيضا بطبعة عقود التجارة الدولية من حيث كونها تتسم بضخامتها، وأهميتها الكبيرة بالنسبة لعاقديها ودولهم. فتنفيذاً لهذه العقود يدخل الأطراف في علاقات كثيرة متشابكة مع المتعاقدين آخرين، والتأخير في الدخول في المفاوضات لتفادي عقبات التنفيذ سيرتب عليه سلسلة من الأضرار يتحملها كل المتعاملين مع المشروع الأصلي. ونظراً لأهمية التنفيذ في الميعاد المتفق عليه في هذه العقود، يجب أن تكون إجابة المتعاقد لطلب إعادة التفاوض في شأن العقد في أقرب وقت ممكن(٨).

والواقع أنه على الرغم من أهمية السرعة في إجابة المتعاقد على طلب إعادة التفاوض، فمن النادر أن يهتم الأطراف بتحديد مدة معينة يلتزمون فيها بإعطاء إجاباتهم.

عندما يجلس الأطراف إلى مائدة التفاوض يجب أن يتجه مقدصهم إلى تحقيق هدف معين. هل يقصدون من التعديل إعادة التوازن الأساسي للعقد الذي أختل بسبب تغير الظروف، بغض النظر عن الأضرار الشخصية التي أصابت أحدهما من جراء هذا التغير، أم أنهم يهدفون إلى رفع الضرر الفادح الذي تسبب فيه تغير الظروف حتى ولولم تؤد إلى اختلال بتوازن العقد. هذا ما نقصده بقولنا المعايير التي تتم على أساسها إعادة التفاوض.

وأياً كانت دقة صياغة شرط القوة القاهرة أو شرط إعادة التفاوض، فإنه من النادر أن يتفق الأطراف صراحة على اختيار معيار معين تتم على أساسه مراجعة العقد، فغالبية الشروط التعاقدية لا تولي هذه المسألة أهمية كبيرة، وتكتفي بالنص على إعادة التفاوض.

وبصفة عامة يمكن إجمال هذه المعايير في ثلاثة، المعيار الموضوعي، المعيار الشخصي، والمعيار المختلط.

أولاً: **المعيار الموضوعي**:

يشير هذا المعيار إلى الموقف التعاقدي الذي كان موجوداً وقت إبرام العقد وقبل اختلال التوازن العقدي. فإعادة التفاوض يجب أن تؤدي، وفقاً لهذا المعيار، إلى إعادة التوازن الأساسي لأداءات المتعاقدين إلى الحال الذي كان قائماً وقت إبرام العقد أو إلى توازن شبيه له[٩].

ولا يهتم الأطراف، وفقاً لهذا المعيار، بالموقف الشخصي لأحدهم، فالأضرار التي يتحملها أي منهم ليست محل اعتبار في عملية إعادة تعديل العقد، فالأطراف يعدون المراجعة على أساس حسابي بحت. ويأخذون في اعتبارهم أجزاء العقد التي تأثرت، ويقومون بإعادة تقييم لكل العناصر الموضوعية للعقد لكي يصلوا إلى التوازن التعاقدي الأصلي[١٠].

ومن أمثلة هذا المعيار في اتفاقات الأطراف، الشرط الذي ينص على أنه يجب أن يتم التعديل "بطريقة تضع الأطراف في وضع متوازن بالمقارنة بالوضع الذي كان موجوداً وقت إبرام العقد الحالي"[١١]. وكذلك الشرط الذي ينص على أنه "في حالة وقوع أحداث غير متوقعة يكون من تأثيرها قلب الأسس الإقتصادية للإتفاق الحالي يتفق الأطراف على عودة تلك الأساس التي كانت موجودة وقت إبرام العقد...."[١٢].

ثانياً: **المعيار الشخصي والمعيار المختلط**:

المبحث الثاني
مبدا حسن النية في إعادة التفاوض ونتيجته

بالرغم من أن مبدأ حسن النية مبدأ مستقر عليه في كافة النظم القانونية وفي كافة القواعد المنظمة للتجارة الدولية أياً كان شكلها، سواء كانت اتفاقيات دولية ما تعلق منها بتوحيد قواعد تنازع القوانين، أو ماكن منها متعلقاً بقواعد موضوعية، وكذلك الشروط العامة، والعقود النموذجية[١٣].

ومع ذلك لا يوجد تعريف عالمي لمبدأ حسن النية، لذلك كان موضوع حسن النية واحداً من أكثر الموضوعات التي أثارا جدلاً أثناء إعداد اتفاقية فيينا ١٩٨٠ بين وفود الدول التي شاركت في تلك الاتفاقية[١٤].

تؤكد أحكام التحكيم الدولية وأقوال الفقه[١٥] على أهمية مبدأ حسن النية، حيث يرى رأي في الفقه إن مبدأ حسن النية قاعدة أساسية يقوم عليها العقد الدولي في تكوينه وتنفيذه[١٦].

وتنقسم إعادة التفاوض إلى نوعين[١٧]: إعادة تفاوض مادية، وإعادة تفاوض نفسية أو معنوية. ويقصد بإعادة التفاوض المادية تبادل الأطراف المراسلات والتقابل والمشاركة

(ISSN: 2537 - 0758)

في المفاوضات. أما إعادة التفاوض النفسية أو المعنوية فيقصد بها أنه إلى جانب الحضور المادي للأطراف يجب أن يكون هدفهم الوصول إلى اتفاق مشترك، بأن يقدم كل منهما اقتراحات جادة يمكن أن يقبلها المتعاقد الآخر، وألا يعنت أو يتعسف في استخدام حقه في مواجهة الطرف الآخر. وبمعنى أوضح يجب أن يتصرف كل متعاقد وفقاً لحسن النية والامانة التي يجب أن تسود خلال فترة إعادة التفاوض.

وحسن النية في تنفيذ العقود مبدأ معترف به في كل الأنظمة القانونية، بل وتبني عليه هذه الأنظمة مبادئ أخرى كثيرة(١٨).

ويتناول قانوننا المدني هذا المبدأ في فرض تنفيذ العقد في المادة ١/١٤٨ منه والتي تنص على أن "يجب تنفيذ العقد وفقاً لما اشتمل عليه، وبطريقة تتنفق مع ما يوجبه حسن النية". ويطبق القضاء المصري بدروه هذا المبدأ بمعناه الواسع، سواء في القانون العام أو الخاص، أو القانون الداخلي أو الدولي، وسواء أكان هذا القضاء إدارياً أم مدنياً(١٩). ويعتبره الفقه مبدأ جوهرياً يهيمن على تنفيذ كل العقود(٢٠).

ويعتبر مبدأ حسن النية مبدأ معترفاً به أيضاً في علاقات التجارة الدولية(٢١) ولعب حسن النية دوراً هاماً في تنفيذ عقود التجارة الدولية وتتولد عنه إلتزامات عديدة منها الإلتزام بالتعاون وبالتشاور بين الأطراف عند وجود صعوبات جادة في التنفيذ، والإلتزام بالإخطار عند وقوع الحدث الذي أثر في التنفيذ(٢٢).

ومع اتفاق الفقه والقضاء في التجارة الدولية على أهمية الدور الذي يلعبه حسن النية في تنفيذ هذه العقود، فإنهم يعبرون عنه تعبيرات كثيرة، فقد يشيرون إليه بالإلتزام العام بالأمانة، أو بالإلتزام بالتعاون بين الأطراف، أو بواجب الحرص والاحتياط الذي يجب أن يكون عليه المتعاملون في التجارة الدولية.

الإلتزام بالتصرف بأمانة إلتزام عام يهيمن على كل مراحل العقد. فالأصل أن الأطراف عند إقدامهم على التعاقد قد أخذوا في اعتبارهم عامل الوقت وأثره على تنفيذ إلتزامهم التعاقدية، ومداه على الفائدة التي يرجونها من إبرام العقد. ولهذا يفترض أنهم قد تجنبوا هذه النتائج بإدخال الشروط المناسبة التي تحقق مصالحم الخاصة، ويبقى بعد ذلك أن كل طرف ينفذ إلتزامه كما هو منصوص عليها في العقد حتى تحقق هذه الشروط الفائدة التي من أجلها أدرجت في العقد.

ويعرف بعض فقهاء التجارة الدولية وقرارات التحكيم التجاري الدولي حسن النية بالإشارة إلى واجب الأمانه والشرف الذي يجب أن يعبر عنه سلوك الأطراف عند تنفيذ العقد.

ويرى أنصار هذه الفكرة أن الإلتزام العام بالأمانة هو إلتزام يفرض نفسه على المتعاقدين وينطبق دون النص عليه صراحة في العقد[٢٣]، وبمعنى هذا الإلتزام امتناع كل متعاقد عن كل سوء نية أثناء تنفيذ العقد، ويعني أيضاً أن ينفذ كل منهما إلتزامه بشكل يستفيد منه المتعاقد الآخر ولا يقف عند التنفيذ الحرفي لإلتزاماته، وإنما يجب أن يتم هذا التنفيذ بنية إفادة الغير[٢٤].

والإلتزام بالتنفيذ بحسن النية والأمانة إلتزام متبادل يلتزم به كل من الدائن والمدين. فالمدين ملتزم بتنفيذ إلتزاماته على الوجه الذي يحقق أكبر فائدة للدائن، فحسن النية والأمان التعاقديان يوجبان عليه أن يبذل قصارى جهده في توقع ما يعوق هذا التنفيذ، وأن يذلل كل الصعوبات التي قد تعرقل هذا التنفيذ أو تعوق استمراره. والدائن ملتزم هو أيضاً بأن يسهل لمدينه تنفيذ إلتزامه بتقديم المعلومات الضرورية والعون اللأزم لهذا التنفيذ[٢٥].

عند طلب إعادة التفاوض يجب أن يتحمل المتعاقدان المخاطر العادية في تنفيذ العقد، فحسن النية يمنع كلا منهما من أن يطلب إعادة التفاوض في العقد وتعديل أحكامه إلا فب حالة اختلال كبير في توازن العقد وإصابته بأضرار فادحة لا تتناسب البتة مع المكاسب التي ستعود عليه من تنفيذ هذا العقد[٢٦].

أما أثناء إعادة التفاوض فإن حسن النية يتخذ مدلولاً أخر، فعلى كل متعاقد أن يصيغ اقتراحات جادة وأمينة تهدف إلى الوصول إلى حل بين الطرفين وليس مجرد التسويف، وتعجيز الطرف الآخر عن الوصول إلى حل. وفي المقابل يتوافر حسن النية متى إلتزم المتعاقد بحسن النية حتى ولو لم يصل إلى اتفاق محدد مع المتعاقد الآخر.

ان الإلتزام بإعادة التفاوض الذي يرتبه شرط القوة القاهرة أو شرط إعادة التفاوض، هو إلتزام بوسيلة لا بتحقيق نتيجة، فكل ما على الأطراف هو تلبية الدعوة إلى التفاوض، وإلتزام حسن النية والأمانة أثناء التفاوض، ولكنهم لا يسألون عن عدم وصولهم بعد ذلك إلى نتيجة معينة، فقد تفشل المفاوضات كما يمكن أن تنجح. وسواء نجحت المفاوضات أو فشلت فإن هناك بعض الأحكام تترتب على ذلك. من هذه الأحكام ما يتعلق بمصير العقد الأصلي ومنها ما يتعلق بطبيعة الاتفاق الجديد.

يقصد بنجاح المفاوضات وصول الأطراف إلى نتيجة إيجابية هي تعديل العقد. وإذا كانت فكرة التفاوض نفسها تحتمل النجاح والفشل، فإن نجاح هذا التفاوض يعتبر النتيجة الطبيعية التي يجب أن تؤدي إليها التفاوض.

ووصول الأطراف إلى اتفاق بتعديل العقد لا يعني انتهاء كل المشكلات التي يمكن أن تثور بين الأطراف. فإذا كان الأطراف بتعديلهم للعقد قد تخطوا الصعوبات التي

(ISSN: 2537 - 0758)

واجهها تنفيذ عقدهم بما يسمح للعقد بالبقاء والاستمرار، فإن التعديل نفسه يثير تساؤلات عديدة تحتاج إلى أجوبة.

وبصفة عامة يمكن القول بأن الأطراف نادراً ما يتفقون على تحديد مصير العقد في حالة نجاح المفاوضات عند إبرام العقد أو حتى بعد ذلك[٢٧]. فالفرض الذي يهتم الأطراف به دائماً هو فرض فشل التفاوض بإعتباره أكثر الفروض تأثيراً على العقد وعلى استمرار العلاقة بين الأطراف.

وأياً كان الأمر، فأن المتعاقدين يلتزمون بأعادة التفاوض في العقد وفقاً لمبدأ حسن النية [٢٨]. اذ ان عملية التفاوض، ذاتها، تشتمل على عنصرين، الاول مادي ويقصد به القيام بكافة الاعمال المادية التي تتطلبها عملية التفاوض، كالخطابات والمراسلات والاجتماعات بين الاطراف. والثاني معنوي أو نفسي ويقصد به ان يتحلى كل طرف من الاطراف المتفاوضة بحسن النية والنزاهة والامانة طيلة فترة المفاوضات. بعبارة اخرى، فأن مبدأ حسن النية انما يجسد العنصر المعنوي لعملية التفاوض[٢٩]. ويتخذ التعبير عن حسن النية، في الواقع، اشكالاً متعددة تختلف وفقاً لما يستعمله الاطراف من مصطلحات للتعبير عن المبدأ المذكور عند تنظيمهم لشرط اعادة التفاوض، **ولعل ابرز تلك الاشكال هي:**

١- واجب التعاون بين الاطراف: يلتزم طرفا العقد بالتعاون البناء والمثمر بينهما بهدف الوصول الى اتفاق. ويعتبر واجب التعاون شكلاً من اشكال حسن النية في عقود التجارة الدولية التي تأبى استئثار أحد طرفي العقد بالفائدة على حساب الآخر. بل يجب ان يتعاون الطرفان سوياً للوصول الى اجدى وانفع اتفاق لكليهما[٣٠].

وتطبيقاً لواجب التعاون يلتزم الطرفان في مرحلة التفاوض بما يأتي:

أ- عدم التراخي في تحديد مواعيد لجلسات التفاوض، واحترام المواعيد المقررة.

ب- تحديد اماكن للتفاوض يكون يسيراً على المتعاقدين الوصول اليها.

جـ- ابداء المرونة الممكنة وعدم التصلب اثناء الاجتماعات والنقاشات وتقديم العروض.

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

هـ- اجتناب تقديم العروض المبالغ فيها بهدف دفع الطرف الآخر الى رفضها.

و- المبادرة الى تقديم كافة الوثائق والمستندات اللازمة الى الطرف الآخر، وعدم الامتناع عن ذلك دون مبرر مشروع.

ز- مواصلة التفاوض والاستمرار فيه لحين نجاح المفاوضات والتوصل الى صياغة بنود جديدة للعقد، او اعلان انهاء المفاوضات بسبب عدم قدرة الطرفين على التوصل الى اتفاق جديد[٣١]. ويعد الالتزام بالتعاون، على اختلاف صوره، التزاماً ببذل عناية. فيلتزم كل متعاقد ببذل العناية اللازمة في التعاون مع الطرف الآخر لغرض الوصول بالمفاوضات الى هدفها المنشود وهو التوصل الى اتفاق جديد[٣٢].

٢- **الالتزام بالاعلام:** ويسمى ايضاً الالتزام بالأخبار أو الالتزام بالتبصير، أوالالتزام بالأفصاح حيث يلتزم كل متعاقد بأعلام الطرف الآخر بكل ما لديه من بيانات ومعلومات وحقائق تتعلق بموضوع التفاوض، وذلك حتى يكون كل منهما على علم ودراية تامين بكل ما يطرأ على العقد من تغير بسبب الحدث المبرر لإعمال شرط اعادة التفاوض، فيتمكن من تقديم العروض الملائمة بغية التوصل الى اتفاق جديد[٣٣].

٣- **الالتزام بالسرية:** تأسيساً على الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض يلتزم الطرفان بالمحافظة على الاسرار التي يطلعان عليها اثناء التفاوض. فمن المتصور ان يطلع الطرفان على مجموعة من الاسرار الخاصة بهما أثناء التفاوض، لاسيما فيما يتعلق بالقدرة المالية لكل منهما، ومصادر الحصول على المواد الاولية واسواق تصريف الأنتاج والآلية المتبعة في ذلك. ولاشك في ان اطلاع الغير على تلك الاسرار قد يؤدي الى الحاق الضرر بالمتعاقد الآخر. كذلك، فأن قيام أحد الطرفين بأستغلال تلك الأسرار لحسابه الخاص دون موافقة الطرف الآخر يعد، ايضاً، اخلالاً بالالتزام بالسرية[٣٤].

اما اذا رفض المتعاقد الآخر اعادة التفاوض، فأن يعد مخُلا بالالتزام بأعادة التفاوض في العقد وفقاً لشرط اعادة التفاوض، وتطبق عندئذ الاحكام الخاصة بالاخلال بهذا الالتزام، وهذا ما سنبحثه فيما يأتي.

قد يرفض احد الأطراف اعادة التفاوض في العقد. وقد يتم ذلك صراحةً. أو قد يستعمل وسائل تسويفية لتحقيق هدفه. ويعود السبب في ذلك الى ان اختلال توازن العقد قد يؤدي الى تحمل أحد الطرفين ضرراً كبيراً، في حين يكون الطرف الآخر مستفيداً من هذا الأختلال فيرفض اعادة التفاوض في العقد إعمالاً لشرط اعادة التفاوض ففي عقد التوريد مثلاً، اذا طرأ حدث ادى الى ارتفاع كبير في الاسعار يكون من مصلحة البائع اعمال شرط اعادة التفاوض لأنه سيمنى بضرر كبير اذا ضل ملتزماً بتوريد البضاعة

(ISSN: 2537 - 0758)

بالسعر ذاته المتفق عليه في العقد وهو أقل من سعر السوق. أما المشتري فسيكون مستفيداً من هذا الأرتفاع في الاسعار، لذلك قد يرفض التفاوض من أجل تعديل بنود العقد. أما اذا ادى الاختلال الى انخفاض الاسعار، فسيكون المشتري هو من يسعى جاهداً لأعادة التفاوض في العقد.

وأياً كان الامر، فأن رفض اعادة التفاوض في العقد، على النحو المتقدم، أو عدم الالتزام بمبدأ حسن النية يعد اخلالاً بالألتزام بأعادة التفاوض. ورغم ان الاطراف هم من يتولى تنظيم شرط اعادة التفاوض، الا ان الاطلاع على الشروط التعاقدية يكشف جلياً ان من النادر ان يتولى الاطراف تحديد أو تنظيم الجزاء المترتب على الأخلال بالالتزام بأعادة التفاوض، وعليه، فأنه لا مناص من الرجوع الى الجزاءات التي تمليها القواعد العامة وضرورات التجارة الدولية.

وفي القانون المدني المصري تنظم م (١٦١) الدفع بعدم التنفيذ، حيث انه يشترط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ توافر التقابل في التزامات المتعاقدين في عقد ملزم للجانبين أي ان يكون التزام كل متعاقد مترتباً على التزام المتعاقد الآخر ومرتبط به.

الفصل الثاني

الآثار التي يرتبها كل من القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض

المبحث الأول

الإلتزام بالإخطار وأساسه القانوني وجوانبه الشكلية وجزاء الإخلال به

وقوع حدث تتوافر فيه خصائص القوة القاهرة بمفهومها الحديث أو خصائص شرط إعادة التفاوض يرتب آثاراً سيئة تمس تنفيذ العقد. فقد يؤدي الحدث إلى تعليق هذا التنفيذ فترة، أو يجعله مستحيلاً أو مرهقاً للمدين. والدائن ليس بالضرورةعلى علم بهذه الأحداث وبنتائجها حتى ولو كان على علم بها، فقد لا يكون على علم بناطقها وآثارها الحقيقية على إلتزام المدين. ولذا فإنه في غالبية عقود التجارة الدولية، يخضع الحق في التمسك بالقوة القاهرة أو شرط إعادة التفاوض إلى إجراء شكلي، يؤدي عدم احترامه، في بعض الحالات، إلى سقوط الحق في التمسك بأي منهما.

ويتمثل هذا الإجراء الشكلي في إلتزام يقع على عاتق المدين المتعثر بأن يخطر دائنه عن وقوع الحادث ونتائجه المحتملة والحقيقية على إلتزامه بالتنفيذ. فمنذ وقوع حدث القوة القاهرة أو الحدث الممثل لشرط إعادة التفاوض، وفي مواجهة المشكلات التي يخلقها هذا الحدث، يجب على الطرف المدين أن يخطر الطرف الآخر بكل ما من شأنه إعاقة تنفيذ العقد[٣٥].

ويسمح هذا الإخطار بأن يحيط الطرف الآخر علماً بكل الظروف المحيطة بالعقد حتى يستطيع أن يتخذ كل الإجراءات التي يتفادى بها الخسائر التي تصيبه من جراء عدم تنفيذ المدين لإلتزامه(٣٦).

أما بالنسبة للشروط التعاقدية المتعلقة بشرط "إعادة التفاوض" فتلاحظ أنه قليلاً ما يتفق الأطراف على إلتزام المدين بإخطار الدائن بوقوع الأحداث. وبفسر أحد الفقهاء ذلك بأن شرط إعادة التفاوض يواجه في الغالب، عندما يدرج في العقد، أحداثاً ذات طبيعة اقتصادية ومثل هذه الأحداث من السهل على الجميع معرفتها إذا وقعت بما فيهم الدائن. وبالتالي ليست هناك حاجة إلى الاتفاق على إلزام المدين بالإخطارعنها مادامت هذه الأحداث معروفة لدى الجميع(٣٧).

ومن الشروط التعاقدية الخاصة بشرط إعادة التفاوض، التي نصت على ذلك الإخطار، الشرط رقم ١٩ من الترخيص الصادر لوزير البترول في التعاقد مع الهيئة المصرية العامة للبترول وشركة إيوك كو إنك وهيئة التمويل الدولية في شأن البحث عن الغاز واستغلاله في منطقة مليحة (حفر عميق) بالصحراء الغربية. فقد نصت هذه المادة تحت عنوان "توازن العقد" على أنه في حالة ما إذا حدث، بعد تاريخ السريان، تغير في التشريعات أو اللوائح... حينئذ يخطر المقاول الهيئة بهذا التشريع أو اللأئحة"(٣٨).

على الرغم من الأهمية التي يمثلها الإخطار، سواء بالنسبة للعقد، إذ يوقف تنفيذه فترة من الوقت لحين تحديد موقف المدين من التنفيذ(٣٩)، أو بالنسبة للدائن حيث يحيطه بكل ما يعوق التنفيذ الطبيعي للعقد، الأمر الذي يمكنه من البحث عن بدائل أخرى للتنفيذ وتفادي الأضرار التي قد تنتج عن عدم التنفيذ(٤٠)، إلا أن كثيراً من النصوص القانونية الوطنية لا تنص عليه صراحة، كما أن القضاء الوطني قد يهمل الإشارة إلى في غالبية الحالات. وهذا ما يدعونا إلى التساؤل عن الأساس القانوني لهذا الإلتزام.

وفي الحالات التي يتفق فيها الأطراف على ضرورة هذا الإخطار أو توجيه بعض النصوص، فإنه يخضع لشكليات معينة من حيث المدة التي يجب أن يتم فيها، والشكل الذي يلبسه هذا الإخطار.

كثيراً ما توجب الشروط التعاقدية المتعلقة بالقوة القاهرة على المدين أن يخطر الدائن بكل الأحداث التي تنتج بعد إبرامه وتؤثر في تنفيذه، أما النصوص القانونية فالقليل منها هو الذي يفرض هذا الإلتزام صراحة. ويرى فقهاء التجارة الدولية أن هذا الإلتزام يجد أساسه في واجب التعاون بين أطراف العقد وفي مبدأ حسن النية الذي يحكم تنفيذ كل العقود.

(ISSN: 2537 - 0758)

لا تولي القوانين الوطنية أهمية كبيرة لمسألة إخطار المتعاقد الآخر الذي يواجه استحالة أو صعوبة في التنفيذ، المتعاقد الآخر بحالة القوة القاهرة أو بالظروف الطارئة. وإذا كانت النصوص القانونية تخلو غالباً من النص على هذا الإلتزام، كما أن القضاء الوطني يتجاهل الإشارة إليه في غالبية الحالات، فإن الفقه يتفق على أن المدين يلتزم بإخطار الدائن بكل الظروف التي من شأنها عرقلة تنفيذ العقد، سواء بجعل ها التنفيذ مستحيلاً أو مرهقاً[٤١].

ولا يعنى عدم وجود نص صريح عام يقرر هذا الإلتزام في القوانين الوطنية أن هذه القوانين تجهله كلية، فقد نجد لهذا الإلتزام تطبيقات في نصوص متفرقة في هذه القوانين. ومن ذلك نص المادة ٤٤٨ من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩[٤٢] المتعلقة بالكمبيالة حيث تنص الفقرة الرابعة من هذه المادة على أنه "وعلى الحامل أن يخطر دون إبطاء من ظهر له الكمبيالة بالقوة القاهرة وأن يثبت هذا الإخطار مؤرخاً وموقعاً منه في الكمبيالة أو في الوصلة وتتسلسل الإخطارات وفقاً للمادة ٤٤٠ من هذا القانون".

يرى بعض الفقه أن الإلتزام بالإخطار ولد في كنف اتفاقيات التجارة الدولية أولاً ثم ظهرت تطبيقاته بعد ذلك في القوانين الوطنية التي تأثرت بهذه الإتفاقيات[٤٣]، فعلى سبيل المثال تنص الفقرة الرابعة من المادة ٧٩ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع على أنه "يجب على الطرف الذي لم ينفذ إلتزاماته أن يوجه إخطاراً إلى الطرف الآخر بالعائق وأثره في قدرته في التنفيذ"[٤٤].

وينص الشرط النموذجي للقوة القاهرة والظروف الطارئة الذي أعدته غرفة التجارة الدولية عل هذا الإلتزام في البند الرابع وتحت عنوان "واجب الإخطار" على أن "على الطرف الذي يتمسك بإنتفاء من مسئولية أن يخطر الطرف الآخر، في أسرع وقت ممكن بعد علمه بالعائق وآثاره على موقفه من تنفيذ إلتزامه، بالعائق وآثاره على هذا التنفيذ"[٤٥].

وتنص كافة النماذج التي أعدتها اللجنة الإقتصادية لأوربا على واجب الإخطار سواء التي تتعلق ببيع المنتجات الصناعية[٤٦]، أو التي تتعلق ببيع المنتجات الزراعية أو الطبيعية[٤٧].

ونفس الأمر نجده في مبادئ Undroit الخاصة بعقود التجارة الدولية حيث تنص المادة ٧-١-٧ /٣ على إلزام المدين بأن يخطر الدائن بوجود العائق ونتائجه على موقفه من تنفيذ إلتزامه.

ويؤكد قضاء التحكيم بدوره على الإلتزام بالإخطار. ومن القرارات الصادرة في هذا الصدد قرار التحكيم السابق الصادر في القضية رقم ٢٤٧٨ لسنة ١٩٧٤[٤٨].

تلعب الشروط التعاقدية دوراً كبيراً ومؤثراً في خلق الإلتزام بالإخطار الذي يقع على عاتق الطرف المتعثر، فالأطراف يفضلون في العادة النص على هذا الإلتزام بدلاً من ترك الأمر للمبادئ القانونية العامة. وغالبية الشروط التي يتفق فيها الأطراف على تنظيم القوة القاهرة أو شرط إعادة التفاوض تنص على هذا الإلتزام[٤٩].

ويبدو أن القضاء يؤسس بدوره هذا الإلتزام استناداً إلى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وواجب الأمانة التعاقدية وذلك في حالة عدم وجود نص يلزم المدين به، ففي قرار التحكيم الصادر عام ١٩٨٥ سالف الذكر أكدت هيئة التحكيم على أنه " في حالة وجود ظروف غير متوقعة تعدل الشروط التي يجب أن ينفذ العقد خلالها، يجب على المدين أن يتصرف بشكل يحفظ مصالح الدائن وأن يخطره بكل الإجراءات التي يتخذها[٥٠].

لا تولي القوانين الوطنية القليلة التي تعالج مسألة الإخطار اهتماماً كبيراً بالشكل الذي يجب أن يتخذه هذا الإخطار، فالمادة ٤٤٨ من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ المتعلقة بالكمبيالة لم تتطلب شكلاً معيناً يتم فيه الإخطار المنصوص عليه في الفقرة الثانية من هذه المادة.

وإذا انتقلنا إلى الاتفاقيات والشروط النموذجية الخاصة بالتجارة الدولية نجدها قد سارت على نفس المنوال الذي انتهجته القوانين الوطنية في عدم تطلب شكل معين في الإخطار. فالفقرة الرابعة من المادة ٧٩ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع (فيينا ١٩٨٠) تحدثت فقط عن ضرورة إخطار الدائن بوقوع ظروف القوة القاهرة، دون أن تلزم الطرف مقدم هذا الإخطار بأن يراعي شكلاً معيناً عند قيامه به[٥١].

ولم يتحدث الشرط النموذجي للقوة القاهرة والظروف الطارئة الذ أعدته غرفة التجارة الدولية عن شكل معين عن الإخطار الذي تطلبته الفقرة الرابعة منه. وإنما تحدث فقط عن مدة هذا الإخطار، إذ نصت على أن يتم في أسرع وقت ممكن[٥٢].

أما بالنسبة لأتفاقيات التجارة الدولية والشروط العامة النموذجية المتعلقة بها فلم تستخدم مصطلحاً واحداً للتعبير عن المدة المطلوبة لتمام الإخطار. وإن كانت تتفق على ضرورة القيام به في أسرع وقت ممكن. فعلى سبيل امثال استخدمت اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع (فيينا ١٩٨٠) تعبير "مدة معقولة"[٥٣]، وعبر الشرط النموذجي للقوة القاهرة والظروف الطارئة الذي أعدته غرفة التجارة الدولية لسنة ١٩٨٥ عن سرعة تمام الإخطار بقوله "بقدر الأمكان"[٥٤].

(ISSN: 2537 - 0758)

يعكس الواقع التعاقدي، بصفة عامة، أهمية أن يتم الإخطار عن تغير الظروف، أياً كانت صورته، بأسرع وقت ممكن بعد علم المدين بوقوع الحدثث. وفي تحديدهم لهذا الوقت يستخدم الأطراف مصطلحات متعددة، فقد يحددون مدة معينة من الأيام وقد يعبرون عن سرعة الإخطار دون تحديد عدد معين من الأيام(٥٥).

المبحث لثاني

الإلتزام بتخفيف الضرر والأجراءات التي تتخذ لتخفيف الضرر وجزاء عدم الوفاء به

عند وقوع حدث القوة القاهرة أو حدث شرط إعادة التفاوض وفي الفترة ما بين توقف سريان العقد بسبب هذا الحدث وحتى العودة إلى التنفيذ العادي مرة أخرى أو فسخ العقد، يجب أن يعلم المتعاقدان بالتبادل، بالوقائع التي حدثت وأثر هذه الوقائع على تنفيذ العقد، وتطورات هذه النتائج، والإجراءات الجديدة التي اتخذها كل منهما في سبيل تفادي هذه النتائج.

يتمثل واجب المدين بالإخطار في أمرين: أولاً يجب أن يخطر الدائن في أسرع وقت ممكن بوقوع الحدث نفسه وبنتائجه وبكل الظروف التي تعوق تنفيذ العقد، سواء بجعله مستحيلاً أو بالإخلال بتوازنه الأساسي.وبذلك فإن المدين يجب أن يعلم الدائن ببداية وقوع الحدث وبنهايته(٥٦).

وبالآثار الحالة التي يرتبها الحدث على تنفيذه لإلتزامه وكذلك الآثار المتوقعة لهذا الحدث. وتكمن حكمة الاستعجال في هذا الإجراء، في تمكين الدائن من اتخاذ الإجراءات السريعة المناسبة لهذا الموقف. ثانياً على المدين أن يقدم للدائن كل الإثباتات والمستندات التي تؤكد حقيقة ما حدث، أي حقيقية وقوع الحدث وكذلك آثاره على تنفيذ العقد. والسرعة ليست لها اولوية كبيرة عند القيام بهذا الإجراء الثاني، فما يهم الدائن في هذه الحالة هو تقديم المستندات والوثائق الصحيحة التي لا شبهة فيها والتي تؤكد صدق المدين في ادعاء وجود الحادث.

نجد أن اتفاقيات التجارة الدولية وكذلك الشروط العامة المتعلقة نلاحظ اهتماماً بتحديد بعض العناصر التي يجب أن يتضمنها إخطار المدين بالظروف، وإن اختلفت هذه العناصر من اتفاقية لأخرى. فاتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع تحدد هذه العناصر بوجود العائق وأثره في قدرته على التنفيذ(٥٧). ونفس هذا البيان هو الذي تحدث عنه الشرط النموذجي للقوة القاهرة والظروف الطارئة الذي أعدته غرفة التجارة الدولية عام ١٩٨٥(٥٨).

عدم قيام المدين بتنفيذ إلتزامه بالإخطار يحرك مسئوليته التعاقدية ويعرضه للجزاء. الجزاءات التي يمكن تصورها في حالة مخالفة هذا الإلتزام متعددة منها: الحق في التعويض عن الإضرار التي سببها تخلف الإخطار، وسقوط الحق في التمسك بوقوع الحدث، سواء للتخلص من المسئولية، أو لإعادة التفاوض في التعقد بهدف تعديله. وقد يتفق الأطراف على توقيع جزاء معين، وقد يتركون تحديد هذا الجزاء للقواعد العامة في المسئولية حسبما تراه المحكم أو القاضي مناسباً.

قد يتفق الأطراف في عقدهم على توقيع جزاءات مرنة[٥٩] على الطرف الذي لم ينفذ إلتزامه بالإخطار أو يهمل فيه، وقد يتفقون، على العكس من ذلك، علة توقيع جزاءات متشددة على هذا الطرف. ويقصد بالجزاءات المرنة تلك التي لا تفقد هذا الطرف حقه في الأستفادة من وقوع الحدث، سواء بالتخليصه كلية من المسئولية، أو بطلب مراجعة العقد عن طريق التفاوض، وتحافظ في نفس الوقت على حق الطرف الآخر بضمان تعويضه عن الأضرار التي يسببها غياب الإخطار. وتعتبر هذه الجزاءات مرنة بالمقارنة بالجزاءات الأخرى المتشددة التي تفقد الطرف المدين حقه في التمسك بالحدث الذي لم يخطر عنه المتعاقد الآخر.

أولا: الجزاءات المرنة:

أ- الحق في التعويض:

يتمثل هذا الخيار في أن يتحمل المدين الذي لم ينفذ إلتزامه بالإخطار تعويض الدائن عن الأضرار التي تسبب في وقوعها تخلف الإخطار. فوفقاً لهذا النوع من الجزاءات يستطيع المدين أن يتمسك بحدث القوة القاهرة لنفي مسئوليته أ، بحدث شرط إعادة التفاوض لإعادة التفاوض في أحكام العقد. ويسأل في المقابل عن تعويض الدائن عن الضرر الناتج عن تغيب الإخطار.

وتساند اتفاقيات التجارة الدولية هذا الجزاء. ومن تطبيقاته ما نصت عليه المادة ٤/٧٩ من اتفاقية فيينا ١٩٨٠ للبيع الدولي للبضائع التي تنص على أنه "...إذا لم يصل الإخطار إلى الطرف الآخر خلال مدة معقولة بعد أن يكون الطرف الذي لم ينفذ إلتزامه قد علم بالعائق أو كان من واجبه أن يعلم به، فعندئذ يكون مسئولاً عن التعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم الإخطار المذكور". وتنص مبادئ Unidroit على هذا الجزاء أيضاً في مادتها ٧-١-٧ الفقرة الرابعة.

ويميل قضاء التحكيم إلى تقرير جزاء التعويض في حالة تخلف الإخطار. فقد أكدت هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الروسية في القضية رقم ١٦ لسنة ١٩٧٥ أن غياب

(ISSN: 2537 - 0758)

الإخطار لا يستبعد إمكانية التمسك بأحكام القوة القاهرة، ولكنه يعد أساساً للمطالبة بالتعويض[٦٠].

ب- عدم التمسك بالحدث إلا من وقت القيام بالإخطار:

يتمثل النوع الثاني من الجزاءات التي من الممكن أن يختار من بينها الأطراف في عدم الاعتراف للمدين بالحق في التمسك بوقوع الحدث، أياً كانت طبيعته، إلا من اللحظة التي يتم فيها الإخطار. ويقصد بهذا الجزاء أن يظل المدين مسئولاً عن عدم تنفيذ العقد في فترة ما بين علمه بوقوع الحدث ونتائجه، وإخطار الدائن بهذا الحدث، وفيما يلي هذه الفترة يستطيع الإستفادة من وقوع الحدث أي أنه يستطيع التمسك بأحكام القوة القاهرة أو بأحكام شرط إعادة التفاوض. وتطبيقاً لذلك يلتزم بتعويض الدائن عن الأضرار التي تصيبه من جراء عدم تنفيذ إلتزامه في الفترة السابقة عن الإخطار[٦١].

ثانياً: الجزاء المتشدد: سقوط الحق في التمسك بوقوع الحدث:

على الرغم من قسوة وشدة هذا الجزاء إلا أن بعض الشروط التعاقدية[٦٢] تنص عليه، وكذلك تتبناه بعض الشروط العامة للبيع الدولي CEE/ UNU في الفقرة (أ) من المادة ٧٩ على هذا الجزاء بقولها "وفي غياب الإخطار لا يستطيع أن يتمسك بها (أي القوة القاهرة)، إلا إذا عاقت القوة القاهرة القيام بالإخطار أيضاً".

إذا لم يحدد الأطراف جزاءً معيناً في عقدهم، فيذهب جزء كبير من الفقه[٦٣] بحق إلى مسألة المدين عن الأضرار التي يسببها عدم القيما بالإخطار أو التأخير فيه بالنسبة للدائن دون أن يفقد المدين حقه في التمسك بالحدث.

يسعى الأطراف عند إبرام العقد إلى تنفيذه بكل ما يحتوى عليه من إلتزامات. ويحقق هذا التنفيذ الكلي الحد الأقصى لحاجات ومتطلبات كل طرف. وفي الفرض الذي لا ينفذ فيه أحد الأطراف إلتزاماته بسبب وقوع حادث خارج عن إرادته، فإن الطرف الآخر سوف يتحمل بلا شك ضرراً معيناً أو على الأقل ستقل الفائدة التي يحققها له العقد، لأن العقد سيكون عاجزاً في هذه الحالة عن تلبية كل متطلبات هذا الطرف.

وإذا كان التعاون بحسن نية يفرض على الرطف المدين المتعثر إخطار الدائن بوقوع الظروف وآثارها، فهو يفرض على الدائن إلتزاماً مقابلاً ببذل قصارى جهده للقيام بالإجراءات المتاحة له كي يقلل من نطاق الواقع عليه. وهذا ما يطلق عليه "الإلتزام بتخفيف الضرر"[٦٤].

يجد الإلتزام بتخفيف الضرر أساسه في أكثر من مصدر، فينص عليه عدد من القوانين الوطنية، ونصوص اتفاقيات التجارة الدولية والشروط النموذجية المتعلقة بها، والشروط التعاقدية[٦٥]، بالإضافة إلى قضاء التحكيم التجاري الدولي[٦٦].

الإلتزام بتخفيف الضرر يبدو للوهلة الأولى كإلتزام عام يفرضه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، وإن كان يعتبر، كما يقول البعض، تطبيقاً خاصاً للنظرية العامة للإلتزامات(٦٧).

تحرص اتفاقيات التجارة الدولية على النص صراحة على هذا الإلتزام رغم كونه تطبيقاً لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد ولا يحتاج إلى نص صريح لتقريره، ومن الاتفاقيات التي تنص على هذا الإلتزام اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع ١٩٨٠ حيث تنص في مادتها ٧٧ على أن "يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة، بما فيها الكسب الذي فات. وإذا أهمل القيام بذلك، فللطرف المخل أن يطالب بتخفيف التعويض بقدر الخسارة التي كان من الممكن تجنبها"(٦٨).

وتنص المادة ٨-٤-٧ من مبادئ Unidroit على أن "لا يلتزم المدين بتعويض الضرر في الحالة التي يستطيع فيها الدائن تخفيف هذا الضرر بطرق معقولة، يمكن للدائن أن يستعيد النفقات المعقولة التي أنفقها بغرض تخفيف الضرر".

إذا كان الإلتزام بتخفيف الضرر إلتزاماً مؤكداً في اتفاقيات التجارة الدولية' وفي واقع عقود التجارة الدولية، وتتواتر عليه قرارات التحكيم التجاري الدولي، فإن مضمون الإجراءات التي يجب أن يتخذها الدائن تنفيذا لهذا الإلتزام غير محدد. وتقدير هذه الإجراءات أمر متروك للمحكمين الذي يقدرونها وفقاً لظروف كل حالة على حدة(٦٩) أما الشروط التعاقدية واتفاقيات التجارة الدولية فتقتصر على التذكير بهذا الإلتزام فقط دون تفاصيل.

هوامش ومراجع الدراسة:

(١) د. شريف محمد غنام، مصدر سابق، ص١٣٨.

(٢) د. نرمين محمد محمود الصبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٣، ص٢٦٨، د. ناجي عبد المؤمن، مصدر سابق، ص١١٥، د. عادل محمد خير، عقود البيع الدولي للبضائع من خلال اتفاقية فيينا، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص١٢٢ص١٤٧.

(٣) انظر القضية رقم (٣٩٥٢) مشار اليه لدى شريف محمد غنام، مصدر سابق، ص١٤٤.

(٤) انظر:

J. Mestre (J.), op.cit, p.704 in jurisprudence francaise en matieve de droit civil, RTD civ,1986, p.704.

د. جميل الشرقاوي، صعوبات تنفيذ العقود الدولية، بحث مقدم الى مؤتمر الانظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الاعمال الدولي، القاهرة، ١٩٩٣، ص٢٨، د. حمزة

(ISSN: 2537 - 0758)

احمد حداد، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٥، ص٣٨٧.

(5) ALISSE (J), L'obligation de reseignement dans les contrats, these, Paris, II, 1975, P, 670. CADEAS, L'obligation de négocier, Revue trimestrielle de droit commercial et écononmique, 1985, P, 266.

(6) BARBIERI (J-J), Op, cit, P, 448.

(7) CABAS (F), Op, cit, P, 94.

(8) Ibid.

(9) CABAS (F), Op, cit, P, 96.
FONTAINE (M), Op, cit, P, 268.

(10) CABAS (F), Op, cit, P, 96.

(11) Ibid.

(12) FONTAINE (M), Op, cit, P, 269.

(١٣) د. وائل حمدي أحمد علي، حسن النية في البيوع الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٨، ص ٢٠٧.

(14) Disa- Sim, the Scope and Application of good faith in the Vieena convention on contracts of international sale of goods P.L.Sch. inst.t. of, L, com, L, September, 2001, P, 11.

(15) FILALI OSMAN, "les principles généraux de la mercatoria contribution á letude d'un order juridique anational Paris L.G.D.I, 1992, P, 37.

(16) PAUL.J. POWERS, Defining the undefinable good faith and C.I.G.J.L and com. 1999. P, 359.

(17) FABRE (R), Op, cit, P, 19.

(18) GAILARD (E), Arbitrage commercial international, Sentence arbitrale, Droit applicable au fond de litige, J- CI, Dr, int, Fasc, 586- 901, 1991.

(19) EL SAYED ARAFA (M), La bonne foi en droit international privé Egyptien, Rapport Egyptien sur la theme " La bonne foi dans les rélations internationals, Droit international privé, Droit international public" présenté aux journéés Louisianaises se 18 á 22 mai 1992, organiséés par I Association Henri CAPITANT, Paris, Litec, 1992, P, 532.

د. السيد البدوي، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، رسالة، القاهرة، ١٩٨٩.

(٢٠) د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٣٦٢.

(٢١) المادة ١/٧ من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع. وكذلك المادة ١-١/٧ من مبادئ Undroit. وكذلك الشرط النموذجي الذي أعدته غرفة التجارة الدولية.

(22) DERAINS (Y), Les tendencies de la jurisprudence arbitrale international, JDI, 1993, P, 812.

(23) MAYER (P), Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international, in, mélanges Pierre LAIVE, 1993, P, 545.

(24) PICOD (Y), L'obligation de cooperation dans l'execution du contrat, JCP, éd, G, 1988,1, Doct, 3318.

(25) PICOD (Y), Op, cit, P, 104.
(26) Op, cit, P,225.
(27) CABAS (F), Op, cit, P, 137.
(٢٨) يعد مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود مبدء مسلماً به في الانظمة القانونية الداخلية وفي اتفاقيات التجارة الدولية على حد سواء. انظر م (١/١٤٨) مدني مصري والمادة (٣/١١٣٤) مدني فرنسي، والمادة (١/٧) من اتفاقية فيينا والمادة (١-٤-١) من مبادئ اليونيدروا.
(٢٩) د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مبدا حسن النية واثره في التصرفات القانونية، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٧، ص٣٩- عبد الجبار ناجي صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مطبعة اليرموك، بغداد، ١٩٧٤، ص٩.
(٣٠) انظر حسام الدين كامل الاهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل اعداد العقد الدولي، تقرير مقدم الى ندوة الانظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الاعمال الدولي، القاهرة، ١٩٩٣، ص١٠.
(٣١) د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد، مجلة الحقوق الكويتية، س٢، ع١، الكويت، ١٩٩٦، ص١٦٤.
(٣٢) د. وفاء حلمي ابو جميل، الالتزام بالتعاون، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص١٧٥.
(٣٣) د. محمد السيد عمران، الالتزام بالاخبار، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، ١٩٩٤، ص٢٧، السيد البدوي الفزاري، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٩، ص١٠٩.
(٣٤) د. احمد عبد الكريم سلامة، العقد الدولي الطليق في القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، المرجع السابق ص١٠٤ ومابعدها.
(35) DE JUGLART (M), L'obligation de renseignement dans les contrats, RTD, civ, 1945, P,1.
ALISSE (J), L'obligation de ransegiment dans les contrats, th, Paris, 11, 1975, P, 670.
(36) BULISSON (M), La négociation de marches internationaux, Op, cit, P, 222.
LARROUMET (CH), Droit civil, les obligations, Op, cit, n◦374, P, 312.
(37) PHLIPPE (D), Op, cit, P, 222.
(٣٨) الجريدة الرسمية، العدد ١٨ تابع (ج)، ٩ مايو ١٩٩٦، ص١٤٤.
(39) ABDUL MUNIM H (A), Op, cit, P, 375.
(40) RUDDEN (B), Le juste et l'inefficace pour une non-devoir de renseignement, RTD, civ, 1985, P, 91.
(٤١) د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص ٤٤١.
(٤٢) هذا القانون منشور في الجريدة الرسمية، العدد ١٩ مكرراً- الصادر في ١٧ مايو ١٩٩٩.
(43) KAHN (PH), La vente international, op, cit, P, 144.
(٤٤) المادة ٤/٧٩ من الاتفاقية.
(٤٥) راجع ص ٩ من هذا الشرط، وانظر في التعليق عليه، البند ٩، ص ١٦.
(٤٦) المواد ٢/٢٥ من الشرط رقم ١٨٨ (A). ونفس المادة من الشرط رقم ٥٧٤ (A)، والمادة العاشرة من الشرطين رقم ١٨٨ و٥٧٤.
د. أحمد الحداد، رسالة سابقة، ص ٣٥٩.

(ISSN: 2537 - 0758)

(٤٧) المادة ٣/١٣ من الشرط رقم ٣١٢ والمادة ٢/١٨ من الشرط رقم ٤٢٠.
د. أحمد الحداد، رسالة سابقة، ص ٣٦٦.
(٤٨) قرار غرفة التجارة الدولية، وارد في المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٣٣ ومابعدها.
(49)KAHN (PH), Force majeure et contrats internationaux, Op, cit, P, 477 et 478. LE ROY (D), Op, cit, P, 674.
(50)JARVIN (S), L'obligation de coopérer de bonne foi, Exemples d'application du plan de l'arbitrage international, in l'apport de la jurisprudence arbitrale, seminaries des 7 et 8 avril, 1986, C,C,I, Paris, 1986, P, 167 et 168.
(51)AUDIT (B), Op, cit, P, 184.
(٥٢) الفقرة الرابعة من هذا الشرط، خاصة ص ٩.
(٥٣) انظر الفقرة الرابعة من المادة ٧٩ من هذه الاتفاقية. وقد استخدمت مبادئ Unidroit المتعلقة بالتجارة الدولية نفس التعبير. انظر الفقرة الثانية من المادة ٧-١-٧ من هذه المبادئ.
(٥٤) البند الرابع من هذا الشرط، ص٨.
(55) LE ROY (D), Op, cit, P, 748 et 755 et 760. FONTAINE (M), Op, cit, P,223.
(56) KAHN (PH), Force majeure et contrats internationaux, op, cit, P, 479.
FONTAINE (M), Op, cit, P,223.
(٥٧) المادة ٤/٧٩ من هذه الاتفاقية.
(٥٨) البند الرابع من هذا االشرط.
(59) FONTAINE (M) Op, cit, P, 224.
(60) LE ROY (D), Op, cit, P, 689.
(61) FONTAINE (M), Op, cit, P, 224.
(62) LE ROY (D), Op, cit, P, 756.
FONTAINE (M), Op, cit, P, 225.
(63) FONTAINE (M), Op, cit, P, 225.
ABDUL MUNIM H (A), Op, cit, P, 375.
BULISSON (M), La négociation de marches internationaux, P, 222 et 223.
(٦٤) قرار التحكيم الصادر في القضية رقم ٢٢٩١ لسنة ١٩٧٥، وارد في المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٧٤ وما يليها.
DERAINS (Y), L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale, RD, aff, int, 1987, P, 375 et s.
(65)LOQUIN (E), L'amiable composition en droit compare et international, La réalité des usages du commerce international, these, Dijon, 1978, P,177.
(٦٦) المجموعة الأولى من القرارات، ص ١٣٦ وما بعدها.
(67)NANOTIAV (B), Regime Juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les orders juridiques nationaux et le droit du commerce international, RD. aff, int, 1987, P,393.
(68)HORSMANS (G), L'exécution du contrats et le comportement des parties, RDT. Civ, 1979– 1980, P, 315.
(٦٩) القرار الصادر في القضية رقم ٢٤٠٤ لسنة ١٩٧٥، وارد في المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٨٠. والقرار الصادر في القضية رقم ٣٣٤٤ لسنة ١٩٨١، وارد في المجموعة الأولى من القرارات، ص ٤٤٠.