

معالجة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية وفقا للتشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية

Addressing bad conditions in the Implementation of International trade contracts in accordance with Algerian legislation and international agreement

غري براهيم

المركز الجامعي نور البشير البيض (الجزائر) bi@cu-elbayadh.dz b.gher

تاريخ النشر: 2022/10/08

تاريخ القبول: 2022/09/18

تاريخ الاستلام: 2022/06/10

ملخص :

تتميز العقود التجارية الدولية بالتراخي، أي وجود فاصل زمني طويل بين إبرام العقد وتنفيذه، ويرجع ذلك إما إلى طول المدة أو إلى اتفاق الأطراف ورغبتهم في تحقيق استقرار معاملاتهم أو إلى طبيعة الأعمال المراد إنجازها، وبطول المدة قد يكون العقد عرضة لظروف خارجة عن نطاق المتعاقدين سواء بفعل الطبيعة كما حدث مع كورونا كوفيد 19، أو بفعل الإنسان أو بسبب ظروف اقتصادية أو صدور قوانين وغيرها من الأحداث الفجائية والتي تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا. وأمام هذا الوضع تبنت بعض التشريعات الوطنية حلول لمعالجة اختلال توازن العقد بسبب الظروف الطارئة عن طريق تعديل العقد إلى الحد المألوف عن طريق القاضي، وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري في المادة 107 من القانون المدني، في حين أن الاتفاقيات الدولية ومنها المعهد الدولي لتوحيد القانون الدولي الخاص unidroit كرس مبدأ شرط إعادة التفاوض hard ship لتعديل اختلال توازن العقد. أما اتفاقية فيينا لم تشر إلى نظرية الظروف الطارئة واكتفت بشرط وجود العائق الكلمات المفتاحية: الظروف الطارئة، الالتزام المرهق، التراخي، إعادة التفاوض، العائق.

Abstract:

International commercial contracts are characterized by laxity. the presence of a long time interval between the conclusion of the contract and its implementation, due either to the length of the period or to the agreement of the parties and their desire to achieve stability in their transactions, or to the nature of the work to be accomplished, and for the length of the contract, the contract may be subject to circumstances outside the scope of the contracting parties, whether By nature, as happened with Corona Covid 19, or by human action, or because of economic conditions, or the issuance of laws and other sudden events that make the implementation of the commitment cumbersome, not impossible.

Faced with this situation, some national legislation has adopted solutions to address the imbalance of the contract due to emergency circumstances by amending the contract to the usual extent by the judge, and this is what the Algerian legislator has done in Article 107 of the Civil Code, while international agreements, including the International

Institute for the Unification of International Law Private unidroit has dedicated the principle of a hard ship renegotiation clause to correct the contract imbalance. As for the Vienna Convention, it did not refer to the theory of emergency conditions and was satisfied with the condition of the existence of the obstacle.

Keywords: emergency conditions, burdensome commitment, laxity, renegotiation, obstacle

مقدمة

تعتبر العقود التجارية الدولية الأداة الفنية الأكثر شيوعاً في تبادل السلع والخدمات عبر الحدود، وهي من العقود غير المسماة التي لم تتناولها مختلف التشريعات الوطنية بالتنظيم الذي يلائم خصوصيتها، كما أنها عقود مركبة وتتميز بالتراخي، أي وجود فاصل زمني بين إبرامها وتنفيذها، ويرجع ذلك إما لاتفاق الأطراف ورغبتهم في تحقيق الاستقرار لمعاملتهم كما هو الشأن لعقود التوريد، أو إلى طبيعة العقد لذاته نظراً لضخامة الأعمال المراد إنجازها، كما هو الحال بالنسبة لعقود نقل التكنولوجيا، وإقامة شبكة طرق دولية وغيرها من العقود، بحيث تتطلب هذه العقود فترة من الزمن لكي يتمكن الأطراف من تنفيذ التزاماتهم¹.

إن طول مدة تنفيذ العقد التجاري الدولي، يجعله عرضة للتأثر بالظروف المحيطة به، والتي من شأنها أن تجعل من تنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقد مرهقة لأحد أطرافه، مؤدية إلى اختلال في توازن العقد إلى الحد غير المألوف بسبب ظروف طارئة، أو جعلها مستحيلة التنفيذ في أحيان أخرى بسبب قوة القاهرة².

والظروف التي ترتب على العقود التجارية الدولية التزام مرهق عديدة ولا يمكن حصرها، قد تكون بفعل الإنسان كالانقلابات العسكرية والحروب الأهلية وقطع العلاقات الدبلوماسية بين حكومة دولة طرف في العقد وبين حكومة دولة الطرف الآخر، مما يؤثر على تنفيذ التزام أحد الأطراف المنتمي إلى هذه الدولة أو الأخرى³، وقد تكون هذه الظروف بسبب انتشار وباء فيروس كورونا كوفيد 19 أدت إلى شلل مصانع إنتاج الدواء بشكل تام أو جزئي أو ارتفاع أسعارها مما يتعذر على المورد تنفيذ التزامه بالتوريد المتفق عليه في العقد أو غلق المطارات والموانئ بين الدول الأطراف في العقد التجاري الدولي. أو خروج العملة الصعبة، وقد تكون هذه الظروف بسبب صدور قانون يمنع الاستيراد والتصدير أو خروج العملة الصعبة، أو صدور قرار عن مجلس الأمن الدولي بإقرار عقوبات اقتصادية تتمثل في قطع العلاقات التجارية، وقد تكون الظروف بفعل الطبيعة فيضانات زلزال... الخ.

1- مارك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة الجزائر، 2014-2015، ص 3.

2- موكة عبد الكريم، اثر تغير الظروف الاقتصادية على استقرار عقود التجارة الدولية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة خنشلة، العدد العاشر، جوان 2018، ص 402.

3- أحمد الصالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، رسالة دكتوراه قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009، ص 170.

وبالرجوع إلى التشريعات القانونية الوطنية والاتفاقيات والمعاهدات الوطنية ، فإنها اختلفت في طرق معالجة اختلال التوازن العقدي بين الأطراف والذي يجعل تنفيذه مرهقا لا مستحيلا لأحد أطرافه بسبب الظروف الطارئة .

وبناء على ما تقدم ذكره، فإن موضوع بحثنا هذا يطرح الإشكالية الآتية : ما هي الآليات القانونية التي تبتتها التشريعات الوطنية والاتفاقيات والمعاهدات الدولية لمعالجة اختلال توازن العقد التجاري الدولي بسبب تغير الظروف ؟
وللإجابة على هذه الإشكالية اتبعنا كل من المنهج التحليلي والمقارن، من خلال الخطة التي تضمنت محورين على النحو الآتي:

المحور الأول : سبل معالجة الظروف الطارئة التي تلحق بالعقد في التشريع الجزائري.

المحور الثاني: تعديل عقود التجارة الدولية بسبب الظروف الطارئة وفق الاتفاقيات والمعاهدات الدولية.

المحور الأول: طرق معالجة اختلال التوازن العقدي بسبب الظروف الطارئة في التشريع الجزائري

تطرقت المادة 107 من القانون المدني الجزائري إلى سبل معالجة العقد الذي يختل توازنه بسبب الظروف الطارئة ، إذ نصت على أنه:

" غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".¹

ان التحديد الذي جاءت به المادة 107 كان مضيقا لسلطة الأطراف وموسعا لسلطة القاضي، حيث يتبين من خلالها أن القاضي كأصل عام لا يملك حق تعديل العقد ،لأن في ذلك مساس بقوته الملزمة، غير أنه إذا حدثت ظروف طارئة أدت إلى اختلال التوازن الاقتصادي ، فإن القانون منح للقاضي سلطة تقديرية بموجبها يقوم بتعديل العقد، حيث يراعي الظروف ويوازن بين مصلحة المتعاقدين، ويرد الالتزام المرهق إلى الحد المألوف²

¹ - الأمر 58-75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، ص 990 .

5 - كيفاجي ضيف، تنفيذ العقد بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة في ظل تأثير فيروس كورونا كوفيد 19، مجلة المعيار المجلد السادس والعشرون، العدد الثالث، لسنة 2022 ، ص 487 .

كما يتضح من نص المادة 107 المشار إليها أنفاً ، انه لا يجوز للأطراف الاتفاق أثناء إبرام العقد أو بعد إبرامه وقبل حدوث الظروف الطارئة على استبعادها وتحمل أحد الأطراف لتبعات تلك الظروف كاملة.

حيث أنه إذا سمح للأطراف بذلك، فسيعمد الطرف القوي إلى اشتراط وبصفة تلقائية على الطرف الضعيف ضرورة مواصلة تنفيذ العقد تحت أي ظرف كان، وتحمل كل ما يلحق بالعقد من ظروف طارئة.¹

أولاً: حالات تعديل الالتزام المهرق من قبل القاضي (المادة 107 من القانون المدني الجزائري)

أ- إنقاص الالتزام المهرق

ففي عقد التوريد مثلاً، يجوز للقاضي أن يحكم بإنقاص الكميات التي تعهد بها المورد، فلو تعهد المورد بتوريد المستشفى بكميات كبيرة من الأدوية، ثم وقع وباء كورونا كوفيد 19، تعذر عنها استيراد الدواء، أو إغلاق بعض مصانع الدواء أو العمل بنصف طاقتها ، فأصبح من العسير على التاجر المورد توريد جميع الكميات المتفق عليها، فهنا لا يلتزم هذا الأخير إلا بالكميات التي حددها القاضي في حكمه².

ب -وقف تنفيذ العقد

يمكن للقاضي أن يصدر حكماً بتوقيف العقد، حتى يزول الظرف الطارئ، إذا تبين له أن يوشك أن يزول ، وأن الدائن لم يلحقه ضرر كبير من جراء هذا الوقف المؤقت ، ومثال ذلك إذا تعهد مقاول بتشييد بناء وتسليمه في وقت محدد، ثم ارتفعت أسعار مواد البناء بسبب هذا الظرف الطارئ ، فانه يتعين على القاضي تأجيل التزام المقاول بالتسليم إلى حين زوال سبب ارتفاع الأسعار³.

ج- زيادة الالتزام المقابل للالتزام المهرق

وفي هذه الحالة يحكم القاضي بزيادة التزام الدائن لإحداث التوازن إلى الحد المعقول ، ومن ثمة رفع ثمن سعر التوريد عن الثمن المتفق عليه، وفي هذه الحالة لا يرفع القاضي السعر إلى حدود سعر السوق، لأنه لو فعل ذلك لتحمل الدائن عبء

⁶ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية، 2015 ، ص 531.

- كيفاجي ضيف، المرجع السابق ، ص 487 . 7

- عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 725 .³

الظرف الطارئ، وهذا غير جائز، اما يجري التعديل على نحو يتحمل فيه المدين الزيادة المألوفة في السعر، ثم يقسم ما زاد عنها من زيادة غير مألوفة في الالتزام، فيتحتملا معا عبء الظرف الطارئ في هذه الحدود¹.

د- فسخ العقد:

بالرجوع إلى المادة 107 فقرة 3 من القانون المدني الجزائري، نجد أنها لم تتطرق إلى فكرة فسخ العقد، ولم يتم النص عليه صراحة أو ضمنا كوسيلة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المألوف، ولكن استثناء تم النص عليه في حالات خاصة، كما هو الحال بالنسبة لعقد المقاولة وذلك في المادة 561 فقرة 3، وحق الارتفاق في المادة 881 من القانون المدني الجزائري.

ويرى غالبية الفقه، أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بفسخ العقد بسبب الظروف الطارئة، لأن القانون المدني منح للقاضي سلطة تعديل العقد لا فسخه وهذا ما يستدل عليه من نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري.

ثانيا: اتفاق الأطراف على تعديل أو إنهاء العقد المرهق (المادة 106 من القانون المدني الجزائري)

تنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري على إمكانية اتفاق الأطراف على تعديل العقد المبرم بينهما، وبالتالي فلا مانع للأطراف التي تعرضت التزامات أحدهما للإرهاق نتيجة الظروف الطارئة أن تتفق على تعديل العقد، طالما قبل بذلك التعديل الطرف الآخر.

فإذا كان لطرفي العقد الحق في إنهاء العقد بالتقاعيل فمن باب أولى يكون لهما كل الحق في تعديله بإدخال ما يراه الطرفين جديرا برفع الإرهاق الواقع على أحد طرفيه أو تعديله بصفة جذرية ليكون بمثابة عقد جديد، وهذا ما يسمى بتجديد الالتزام².

ويتجدد الالتزام حسب المادة 287 ق.م.ج في حالة ما إذا تم استبدال الالتزام الأصلي بالالتزام جديد كلي، وهو ما يقصد به تغيير الدين، وقد يتجدد أيضا بتغيير المدين أو الدائن.

فيمكن تصور تعديل العقد التجاري الدولي الذي اختل توازنه بسبب الظروف الطارئة، وذلك عن طريق التجديد، ومثاله الاتفاق على أن تحل شركة كبرى محل المدين الآخر الذي تعرض لصعوبات في تنفيذ العقد بسبب ظروف طارئة.

فالتجديد قد يتخذ صورا ثلاث:

9- عبد القادر اقصاوي، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدية، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الثاني العدد الثاني، ديسمبر 2018، ص 140.

10- محمد محيي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 380.

أ- التجديد بتغيير الدين:

قد يتغير الدين عن طريق التجديد، حسب المادة 287 ق.م.ج بتجديد أو تغيير المحل أو المصدر.

لا شك أن تغيير محل الالتزام في عقود التجارة الدولية بسبب تغير الظروف، يمكن أن يساهم في العديد من الأحيان في حل مشكلة الإرهاق التي قد تصيب أحد الأطراف لمختلف الأسباب، وتساهم بذلك في رفع الإرهاق.

وكمثال عن التجديد في محل الالتزام بين متعاقدين في عقد تجاري دولي، يمكن تصور إبرام عقد دولي بين طرفين من أجل تصدير الدولة أ إلى الدولة ب كمية من النفط المكرر، فيحدث أن تتعرض عدد من المصافي في الدولة أ، الدولة المصدرة لحادث مفاجئ طبيعي أو بفعل الإنسان، يجعل من تكرير النفط أمرا مرهقا للطرف الأول.

ومن أجل رفع الإرهاق وضمان استمرار تنفيذ العقد التجاري الدولي، يتفق الطرفان على تجديد الالتزام أو مجرد تعديله، لأن العقد هو ما يسمح بمعرفة ما إذا تم مجرد تعديل الالتزام أو تجديده، حسب قصد الأطراف احتراماً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

فهنا قد يتفق الطرفان مثلاً على زيادة كمية النفط المصدرة، على أن تكون خاماً كتعويض عن تصدير كمية أقل بشكل مكرر كما كان عليه الاتفاق في بداية الأمر، أو أن يتم الاتفاق على إنقاص الثمن.

ب- التجديد بتغيير الدائن :

حسب المادة 287 ق.م.ج فإن تجديد الدائن لا يكون إلا باتفاق جميع الأطراف المتعاقدة على ذلك، الدائن الأصلي والدائن الجديد و المدين.

لا يكفي أن يتفق الدائن الجديد مع الدائن القديم دون علم المدين، لأن المدين في العديد من الأحيان يفضل أن يبقى في علاقة تعاقدية مع دائن معين عوض دائن آخر.

وكمثال عن تغيير الدائن في عقد تجاري دولي، يمكن تصور وجود اتفاق بين شركة سياحة وشركة طيران أجنبية من أجل ضمان نقل مسافرين لعدة دول عبر العالم.

بعد مدة من إبرام العقد، تعرضت شركة الطيران إلى صعوبات مالية كبيرة بسبب جائحة كورونا التي أصابت العالم خصوصاً بعد إغلاق العديد من الدول لأجوائها، ما جعل من تنفيذ العقد أمراً مرهقاً لجميع الأطراف.

بعد مدة من المباحثات والبحث عن الحلول الكفيلة بمواصلة تنفيذ العقد، اقترحت شركة السياحة على شركة الطيران أن تتكفل بنقل زبائن شركة سياحة أخرى، خاصة أن وجهة زبائن شركة السياحة الثانية أجوائها مفتوحة ولم تتعرض للغلق.

ردت شركة الطيران بقبول الأمر، فتم بذلك تجديد العقد باتفاق الجميع، المدين (شركة الطيران)، الدائن الأول (شركة السياحة الأولى)، الدائن الجديد (شركة السياحة الثانية)، فلتجديد الدائن يجب قبول جميع الأطراف بذلك، وهو ما تم في هذه الحالة.

ج- التجديد بتغير المدين :

على عكس ما هو مشار إليه بخصوص تغيير الدائن الذي يفترض فيه موافقة جميع الأطراف، فإنه يمكن لتغيير المدين الاقتصار على موافقة الدائن والمدين الجديد الذي يحل محل المدين القديم حتى دون رضى هذا الأخير، والحكمة من ذلك أنه لا يؤخذ برضى المدين القديم بما أنه سيتم إعفاؤه من التزاماته ويتحملها مدين جديد وهو من يجب الأخذ بموافقته.

أما في حالة اتفاق مدين جديد مع المدين القديم فلا بد من موافقة الدائن الذي سيكون في علاقة تعاقدية مع المدين الجديد عوض المدين القديم، فلن يتصور إتمام ذلك دون موافقة الدائن.

ويمكن تصور تغيير المدين في إطار عقود تجارية دولية وفق التشريع الجزائري إذا كان هو المختص للفصل في النزاع الناتج عن ذلك، في حالة وجود عقد بين طرفين للتموين بمادة الفحم من أجل التدفئة مثلا، وتندلع حرب في جهة معينة ويصبح نقل الفحم أمرا مرهقا للمدين، ما دفعه للتوقف عن تموين الدائن بمادة الفحم.

ومن أجل ضمان تنفيذ العقد، يتدخل طرف آخر ويتفق مع الدائن على الحلول محل المدين القديم (الممول السابق بمادة الفحم)، ففي هذه الحالة يكفي الاتفاق بين الدائن والمدين الجديد (الطرف الجديد الذي يضمن التموين) دون الحاجة لرضى المدين السابق (الممول السابق بمادة الفحم الذي تعرض لإرهاق بسبب الحرب).

وقد يكون تحمل المدين الجديد للعقد رغم أجواء الحرب على سبيل الدعاية للشركة أو البلد خاصة إذا كان بلد الشركة الأم هو المتسبب في الحرب مثلا

ما يلاحظ على المادة 107 هو أن المشرع الجزائري قد منع في تحمل أحد الأطراف لتبعات الظروف الطارئة لوحده، إلا أنه لم يمنع اتفاق الطرفين على إنهاء العقد، فهذا يعد توزيعا لتبعات الظروف الطارئة على طرفي العقد بإرادتهما، وهذا ما يعرف بالتقاييل والذي هو حل للعقد باتفاق الطرفين، بعد أن يكون قد تم تكوين العقد صحيحا، فهو يتم بإيجاب وقبول صريحين أو ضمنيين يهدف المتعاقدان من ورائه حل الرابطة التعاقدية حتى دون وجود سبب ودون اللجوء إلى القضاء.¹

رغم أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على التقاييل، فإن المادة 106 ق.م.ج كانت صريحة وواضحة بخصوص إمكانية تعديل العقد أو إنجائه باتفاق الطرفين.

- علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص 286.

وعليه يمكن القول، أن العقد التجاري الدولي الذي صاحبه حوادث فجائية استثنائية بعد إبرامه وقبل تنفيذه ليس بالإمكان توقعها وليس في الوسع دفعها ، أدت الى اختلال التوازن الاقتصادي بين أطرافه، وتنفيذه بهذا الشكل يؤدي الى خسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف، فإذا ما تم إخضاعه للتشريع الجزائري طبقا لأحكام القانون الدولي الخاص ، فان القاضي وبحسب نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري وخروجا عن القاعدة العامة - عدم المساس بالقوة الملزمة للعقد- فانه يمكن له تعديل العقد وفق الصور المشار إليها سابقا، وذلك حالة ما إذا لجأ أحد أطراف العقد أو كلاهما إلى القضاء ، كما أنه لا يوجد ما يمنع اتفاق الأطراف على إنهائه أو تعديله بإرادتهما المشتركة بحسب نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري حتى بعد حدوث الظروف الطارئة التي تجعل من تنفيذ هذا العقد أمر مرهقا.

المحور الثاني: معالجة تنفيذ عقود التجارة الدولية بسبب تغير الظروف وفق الاتفاقيات الدولية.

حاول كل من المعهد الدولي لتوحيد القانون الدولي الخاص (unidroit) عن طريق المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عن طريق الأونسيترال والنصوص الصادرة عنها مثل اتفاقية الأمم المتحدة بشأن بيع البضائع الدولية، حاولت بكل الوسائل أن تضع مجموعة من القوانين قصد تسهيل تنفيذ عقود التجارة الدولية وحل كل المشاكل التي يمكن أن تنتج أثناء تنفيذها بما يتماشى مع الطبيعة الخاصة لعقود التجارة الدولية، لعل محاولة تعديل هذه العقود تفاديا لفسخها كان أهمها، وهذا ما سنحاول تبيينه.

أولا: معالجة تنفيذ عقود التجارة الدولية بسبب hardship وفق المعهد الدولي لتوحيد القانون الدولي الخاص (unidroit)

لقد أشارت مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الدولي الخاص unidroit بداية إلى ضرورة احترام قدسية العقد كمبدأ قانوني يحكم العقود، وذلك في مواجهة تزايد تأثير الممارسة العقدية في صياغة الأحكام العقدية، جاعلة من تغير ظروف تنفيذه مسألة استثنائية ترد على هذا المبدأ¹، حيث نصت المادة 6-2-1 على أنه: "على الأطراف تنفيذ التزاماتهم حتى ولو صارت مرهقة مع مراعاة الأحكام التالية والخاصة باختلال العقد."²

فيتضح جليا موقف المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بالأخذ بمبدأ القوة الملزمة للعقد في نصوصها المتعلقة بالمبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية لاسيما المادة 1.2.6 منه.

12- هني عبد اللطيف ، حدود الأخذ بفكرة التفاوض في العقد- دراسة مقارنة- أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، 2015-2016 ، ص 261 .

2 - les parties sont tenues de remplir leurs obligations ,quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse , sous réserve des dispositions suivantes relatives au hardship

ومع هذا، فإن مبدأ القوة الملزمة للعقد، لا يعتبر مبدأ مطلق، إذ أشارت المادة 1.2.6 إلى تطبيق إجراءات خاصة بالظروف الاستثنائية التي تؤدي إلى اختلال أساسي في توازن الأداءات، وتسمى هذه الظروف الاستثنائية وفقا لمبادئ **unidroit** باختلال العقد أو **hardship**.

وبالرجوع للمادة 2-2-6 من مبادئ **unidroit** فقد تضمنت مفهوم اختلال العقد أو **hardship**

ويظهر اختلال العقد وفقا للمادة المشار إليها أعلاه إما في زيادة التكاليف على أحد الأطراف عادة ما يكون المدين، والذي يلتزم بتنفيذ غير نقدي كالقيام بعمل أو تقديم خدمات فتؤدي الزيادة الفادحة في أسعار المواد الأولية إلى إرهاق في تنفيذ التزاماته، أو انخفاض مقابل التنفيذ، إذ يصبح التنفيذ غير ذي قيمة للدائن، كإنتفاء الغرض من شراء سلع اشترت من أجل إعادة تصنيعها وتصديرها إلى دولة معينة بسبب فرض عقوبات اقتصادية على الدولة المراد التصدير إليها مثلا.

وتنص المادة 2.2.6 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية الصادرة من **unidroit** على مجموعة من الشروط وجب توافرها من أجل الأخذ بالظروف الطارئة على النحو الآتي:

- وقوع الأحداث بعد إبرام العقد.

يجب أن يكون الحدث الذي تسبب في إرهاق المدين، وجعل من تنفيذ التزاماته أمرا شاقا قد وقع بعد إبرام العقد، أو علم به بعد إبرامه العقد.

فإذا كانت الأحداث قد وقعت قبل إبرام المدين للعقد ومعلومة لديه، فيكون بوسعه أن يأخذها بعين الاعتبار، أو أن يرفض إبرام العقد إن خشي أن تلحق به تلك الأحداث إرهاقا.

- عدم التوقع.

لا يكفي حدوث أحداث شاقة بعد إبرام العقد، كي يؤخذ بالظروف الشاقة كسبب من الأسباب التي تؤدي إلى إعفاء المدين من التزاماته، بل يجب أن يستحيل توقع هذه الأحداث.

فإبرام عقد توريد خاص بالنفط بين دولتين بعد اندلاع حرب أهلية في أحد الدول الأطراف أو حتى المحيطة، من المفروض أن يجعل طرفي العقد على دراية بالظروف الممكن حدوثها في المستقبل.

في بعض الأحيان قد لا يكون التغير جذريا ورغم ذلك تكون النتيجة النهائية غير متوقعة وبمثابة ظرف شاق، ومثاله العقد المبرم بين دولتين كانت إحداها تحت وطأة حرب أهلية، وبعد مدة من إبرام العقد سيطرت قوات منشقة على الحكم، فالظرف كان موجودا ومعلوما قبل إبرام العقد إلا أن سيطرة قوات معارضة على نظام الحكم أمر لم يكن متوقعا.

- عدم إمكانية السيطرة على الأحداث.

حسب الفقرة ج من المادة 2.2.6 فإنه يجب أن تكون الظروف الشاقة التي وقعت، خارجة عن سيطرة الطرف الذي تعرض لها، فإذا كان بإمكان الطرف الذي تعرض لمثل هذه الظروف السيطرة عليها والذي هو المدين، إلا أنه فضل الانتظار والتعرض للظرف الطارئ من أجل المطالبة بتعديل العقد فلا يؤخذ بذلك.

- عدم تحمل تبعه المخاطر.

لعل هذا الشرط هو من أهم الشروط الموجودة في عقود التجارة الدولية بخصوص الظروف الشاقة، والتي جاءت مخالفة للتشريع الجزائري الذي منع تحمل تبعه المخاطر، واستبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة، حيث لا يمكن حسب المشرع الجزائري سلب سلطة القاضي في تعديل العقد ولو كان هناك اتفاق مسبق من الطرفين، فتحمل تبعه الظرف الطارئ ممنوع في القانون المدني الجزائري، وهذا ما أشارت إليه المادة 107 ق.م.ج المتعلقة بالظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري.

وعلى العكس من القانون الجزائري، فإنه حسب الفقرة د من المادة 2.2.6، لا يمكن القول بوجود الظروف الطارئة إذا كان المدين (الطرف المتضرر) قد تحمل أثناء إبرام العقد تبعه تغير الظروف.

ويجب الإشارة إلى أن تحمل تبعه تغير الظروف قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، فتحمل التبعه الصريح هو ذلك الذي يكون بتضمين العقد بندا خاصا ينص على تحمل الأطراف لأي ظروف قد تنشأ بعد إبرام العقد.

وقد يستنتج تحمل المخاطر والظروف الشاقة غير الصريح من طبيعة العقد، حيث أن شركة التأمين التي تطلب أقساطا إضافية من أجل التأمين من حوادث الملاحة الناتجة عن مخاطر الحرب، تتحمل بشكل ضمني تبعه أي ظرف شاق ناتج عن الحروب.¹

وإضافة إلى الشروط المذكورة أعلاه، فإن المادة 3.2.6 من المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية **unidroit** حددت الآثار المترتبة عن اختلال توازن العقد وشروطه والمتمثلة أساسا في إعادة التفاوض من أجل تعديل وتحقيق التوازن العقدي، حيث نصت على أنه:

- للطرف المتضرر في حالة اختلال توازن العقد، المطالبة بإعادة التفاوض

- لا يجوز طلب إعادة التفاوض في حد ذاته للطرف المضروب من الطرف الشاق الحق في الامتناع عن التنفيذ.

- إذا لم يتم التوصل إلى اتفاق خلال مدة معقولة، فيحق لأي من الطرفين اللجوء إلى القضاء.

¹ - أمية علوان، محي الدين إسماعيل علم الدين، محمد حسام محمود لطفي، المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص 223.

- إذا توصلت المحكمة إلى توافر الظروف الشاقة، فيمكن لها أن تقضي ما دام ذلك معقولا ، باي مما يلي :

- إنهاء العقد في التاريخ ووفقا للشروط التي يتم تحديدها، أو

- تطويع العقد بالتعديل، بهدف إعادة توازن الأداءات".

ويلاحظ من المادة أن تعديل العقد كان آخر حل تم التطرق إليه، ربما لأن هناك رغبة واضحة في عدم إعطاء سلطة لأي طرف حتى ولو كان قاضيا في التدخل في عقد أبرمه أطراف يعينها وحدها بنود العقد.

ولعل هذا الأمر هو الذي دفع بعض المشرعين إلى التردد كثيرا في الأخذ بنظرية الظروف الطارئة مثل المشرع الفرنسي الذي لم يعترف بالنظرية إلا سنة 2016، وحتى لما تم التطرق إلى نظرية الاستحالة كان الفقه يتوقف عند الاستحالة المطلقة كسبب من أسباب فسخ العقد ولا يتم التطرق إلى الاستحالة النسبية (استحالة شخصية أو قانونية أو اقتصادية) إلا نادرا، حيث كان بعض الفقه ينادي بالأخذ بالعقد كله أو تركه كله، إما الفسخ أو التنفيذ.

ويكون تعديل العقد بتطويعه بهدف إعادة التوازن له حسب البند الرابع ب من المادة 2.6.3.

في حالة لم تتوصل الأطراف التي تعرضت لظروف شاقة أثناء مرحلة تنفيذ العقد إلى اتفاق حول إعادة التفاوض، فيمكن توجيه الطلب من أحد الأطراف إلى القضاء الذي يتخذ أمرين اثنين في حالة تأكده من وجود ظروف شاقة، إما إنهاء العقد أو تعديله.

ففي حالة تعديل العقد، ستحاول المحكمة القيام بتوزيع عادل للخسائر بين الأطراف حسب طبيعة الظروف الشاقة. وفي حال اتخذت المحكمة الإجراء الأخير يمكن أن يكون ذلك عن طريق تعديل الثمن، ومع ذلك ففي حالة محاولة توزيع الخسائر فليس من الضروري تغطية جميع الخسائر التي نتجت عن الظرف الشاق، فمن الممكن للمحكمة مثلا مراعاة ما إذا كان أحد الأطراف يملك من القوة الاقتصادية ما يسمح له برفع الإرهاق بمجرد إجراء بسيط كتأجيل التنفيذ، و ما إذا كان الدائن مازال مستفيدا من التنفيذ.¹

حيث أن إنهاء العقد أو تطويعه رغم توافر الظروف الشاقة hardship قد لا يكون السبيل الأنسب لإعادة التوازن للالتزامات المتعاقدين، ففي هذه الحالة لا سبيل للمحكمة سوى الطلب من الأطراف مواصلة إعادة التفاوض قصد الوصول إلى أرضية اتفاق أو مواصلة تنفيذ العقد بالصيغة الأولية التي تم إبرامه وفقها.

ونخلص إلى أن الحل الأمثل لمواجهة اختلال توازن العقد hardship حسب المبادئ التي جاء بها اليونيدروا وتحديدًا في مواده، يتمثل في إعادة التفاوض الذي يجب أن يتم وفق مبدأ حسن النية¹، ليأتي بعدها دور المحكمة في حالة فشل عملية التفاوض في الوصول إلى اتفاق بشأن تعديل العقد، إذ يمكنها أن تقضي بإنهاء العقد أو تعديله متى كان ذلك ممكناً، ومع هذا نجد أن بعض الفقه عارض مسألة اللجوء إلى المحكمة بدعوى أن فكرة التفاوض نشأت في الأصل نتيجة سعي متعاملي التجارة الدولية إلى تفادي الحلول في التشريعات الداخلية، ومن ثمة تفادي اللجوء إلى المحاكم²، وبذلك فإن فكرة التفاوض تعتبر حلاً موحداً يلائم خصوصيات العقود التجارية الدولية.

ثانياً: معالجة اختلال توازن عقود التجارة الدولية وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع

ويطلق على اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع باتفاقية فينا، حيث قامت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (اليونيسترال) بتشكيل مجموعة عمل لوضع قانون موحد للبيع الدولية، حيث أعدت المشروع الأولي للاتفاقية سنة 1976، وبتاريخ 11 أبريل 1980 تم التوقيع على اتفاقية فينا وقد وقعت عليها عشرون دولة³، كما أن اتفاقية فينا نص صراحة على تعريف لعقد البيع الدولي للبضائع، واكتفت بتحديد المعايير التي يعتبر من خلالها البيع دولياً. حيث نص المادة 79 من هاته الاتفاقية على أنه:

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

وباستقراء هذه المادة يتبين أنها لم تتناول مسألة اختلال التوازن العقدي أثناء التنفيذ بشكل واضح، كما أنها لم توضح مفهوم الإعفاء من المسؤولية بشكل مباشر، بل ورد فيها مصطلح العائق، حيث تضمنت الشروط الواجب توافرها لاعتباره سبباً للإعفاء من المسؤولية. كما أنها لم تعط مفهوماً محدداً لمعنى العائق أو تعريفاً له، بل اكتفت بذكر الشروط الواجب توافرها لوجود العائق، وهو ما فسره البعض بأن الاتفاقية عاجلت فقط الحالة المتعلقة بالآثار المترتبة عن عدم التنفيذ، أي الحالة التي يستحيل فيها على المتعاقد تنفيذ التزاماته.

16- زكريا بومخيلة، رفيقة قصوري، دور التحكيم في تحقيق التوازن العقدي داخل عقود التجارة الدولية (تداعيات فيروس كورونا كوفيد19 نموذجاً)، مجلة

الحقوق والعلوم السياسية جامعة حنشلة، المجلد التاسع، العدد الأول، لسنة 2022، ص 179.

- هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 269.²

- مرونك أحمد، المرجع السابق، ص 84.³

ويرى بعض الفقه أن العائق الذي جاء في صياغ المادة 79 من اتفاقية فينا، قادر على مواجهة الاضطراب في اقتصاديات العقد على اثر التغير في الظروف والتي تدخل ضمن إطار شرط إعادة التفاوض، ويرى جانب آخر على العكس من ذلك¹.

ويلاحظ أن الاتفاقية تحدثت عن عدم التنفيذ وانعدام مسؤولية الطرف الذي امتنع عن التنفيذ بسبب العائق، فهي في هذه الحالة وإن كانت تقصد الأخذ بنظرية القوة القاهرة، إلا أنه يفهم من إشارتها في ذات المادة إلى إمكانية أن يكون الإعفاء مؤقتا أنها أخذت بالاستحالة النسبية وهي في هذه الحالة أقرب ما تكون إلى الظروف الشاقة أو الظروف الطارئة منه إلى القوة القاهرة.

بالإضافة إلى أن ذات المادة لا تمنع الأخذ بالأحكام الأخرى للاتفاقية والتي نصت على إمكانية التعديل باتفاق الأطراف. حيث نصت المادة 23 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع على أنه:

- يجوز تعديل العقد أو فسخه برضا الطرفين.

- العقد الكتابي الذي يتضمن شرطا يتطلب أن يكون كل تعديل أو فسخ رضائي كتابة لا يمكن تعديله أو فسخه رضائيا بإتباع طريقة أخرى. غير أن تصرف أحد الطرفين يمكن أن يجرمه من التمسك بهذا الشرط إذا كان الطرف الآخر قد اعتمد على التصرف المذكور".

باستقراء المادة 23، نستنتج أن يمكن باتفاق الطرفين تعديل العقد أو فسخه، مع الإشارة إلى أنه في الحالة التي يكون هنالك بند في العقد يشترط أن يكون التعديل أو الفسخ كتابة فلا يمكن التعديل بطريقة أخرى غير الكتابة، إلا إذا قام طرف بطلب التعديل بطريقة أخرى غير الكتابة وتم قبول ذلك من الطرف الثاني بشكل صريح أو ضمني، فلا يمكن للطرف الأول أن يتحجج بضرورة شرط الكتابة.

وبهذا الخصوص، يمكن تصور عقد لنقل البضائع بين دولتين تعرض لظروف طارئة جعلت من تنفيذه أمرا مرهقا لأحد الأطراف، فيستند المدين على ذلك ويمتنع عن تنفيذ العقد، خصوصا إذا علم أن مسؤوليته ستتفتي، ولن يضطر لتعويض الطرف الآخر إذا أثبت وجود عائق غير متوقع طبقا للمادة 79.

ومن أجل تلافي ذلك، قد يقبل الدائن بالتنازل عن بعض الامتيازات وتطويع العقد بما يسمح للمدين المواصلة في تنفيذه دون تعرضه للإرهاق، فنكون بصدد تعديل للعقد إما كتابه إذا تم اشتراط ذلك في العقد أو حتى دون الكتابة، بل بمجرد إجراء تعديلات كتغيير مكان استلام البضاعة مثلا شفاهة إذا كان مكان التسليم الأولي هو الذي تسبب بجعل تنفيذ العقد

19- سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، دون دار النشر، بدون سنة، 1999، ص 345.

أمرا مرهقا كتعرض ميناء التسليم المتفق عليه في بداية الأمر إلى كارثة طبيعية منعت معه إمكانية استعمال الميناء، أو تعرض البلد لحرب تزداد معه مخاطر التسليم في ذلك البلد، فيتم تعديل العقد باتفاق الطرفين.

وبناء على ما تقدم ذكره، يمكن القول بأن اتفاقية فينا استبعدت نظرية الظروف الطارئة، وكذلك شرط إعادة التفاوض من حالات الإعفاء من المسؤولية، وجعلت من استحالة التنفيذ سببا في فسخ العقد، مستبعدة إمكانية تعديل العقد رغم تطرقها إلى الاستحالة المؤقتة التي تسمح بتوقيف تنفيذ العقد ريثما تزول الظروف التي استحال معها تنفيذ العقد، وبالتالي فإن المادة 79 من الاتفاقية لا تطبق في حالة ما إذا تعرض أحد طرفي عقد البيع أو كلاهما إلى توافر حالة من حالات الإرهاق أو الصعوبات في التنفيذ، ومع هذا الوضع تطبق أحكام المادة 7 فقرة 2 من هذه الاتفاقية¹، والتي تنص على أن: "المسائل التي تتعلق بالموضوعات التي تتناولها هذه الاتفاقية والتي لم تحسمها نصوصها، يتم تنظيمها وفق المبادئ العامة التي أخذت بها الاتفاقية، وفي حالة عدم وجود هذه المبادئ، تتسري أحكام القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص.

الخاتمة

يتبين من خلال استعراض الحلول التي اعتمدها الأنظمة القانونية على المستويين الداخلي والدولي لمعالجة اختلال توازن العقود الدولية والتي قد تبرز أثناء مرحلة تنفيذ العقد، بحيث تعددت وتباينت، فمنها ما يقرر إلزامية تنفيذ العقد على الرغم وجود هذا الاختلال، وهذا ما ذهب إليه التشريع الفرنسي في مجال العقود المدنية وبذلك كرس مبدأ سلطان الإرادة، ومنها ما يقرر الأخذ بنظرية الظروف الطارئة لتعديل العقد من قبل القاضي وهذا ما أكدته المادة 107 من التفتين المدني الجزائري، ومنها ما يقرر فسخ العقد أو تعديله من طرف شخص أجنبي عن العقد²، وكل هذا وذاك يعكس عدم ملائمة هذه الأنظمة لمواكبة التطورات الحاصلة في مجال العقود التجارية الدولية، مما دفع بممارسي التجارة الدولية إلى استبعاد الحلول التي تقدمها هذه الأنظمة، وابتداع مفاهيم جديدة تتلائم وخصوصيات العقود التجارية الدولية من بينها شرط إعادة التفاوض.

ونخلص في هذه الورقة البحثية إلى التوصية الآتية على النحو الآتي:

إن جعل المشرع الجزائري من نظرية الظروف الطارئة أمرا من النظام العام، وتمكين القاضي وحده من إمكانية تعديل العقد بسبب الإرهاق إلى الحد المألوف يسبب الظروف الطارئة وإبطال كل أمر مخالف لذلك، يمنع الأطراف من إدراج شرط إعادة التفاوض في العقد، لذلك نوصي بضرورة تعديل المادة 107 من القانون المدني وذلك بحذف الفقرة "....ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."، والسماح للأطراف من إمكانية إدراج شرط إعادة التفاوض كطريق لمعالجة اختلال توازن العقد بسبب الظروف الطارئة، وهذا هو الأصل في عقود التجارة الدولية.

- مروك احمد، المرجع السابق، ص 93. ¹

- المرجع نفسه، ص 122. ²

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

- أمية علوان، محي الدين إسماعيل علم الدين، محمد حسام محمود لطفي، المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015.
- علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.
- محمد محيي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2009.
- سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، دون دار النشر، بدون سنة، 1999

ثانياً: البحوث العلمية

- أحمد الصالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، رسالة دكتوراه قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009.
- مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة الجزائر، 2014-2015.
- هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة التفاوض في العقد- دراسة مقارنة- أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2015-2016.

ثالثاً: المقالات العلمية

- موكة عبد الكريم، اثر تغير الظروف الاقتصادية على استقرار عقود التجارة الدولية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة خنشلة، العدد العاشر، جوان 2018.
- عبد القادر اقصاصي، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدي، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الثاني العدد الثاني، ديسمبر 2018.

- زكريا بومخيلة، رفيقة قصوري، دور التحكيم في تحقيق التوازن العقدي داخل عقود التجارة الدولية (تداعيات فيروس كورونا كوفيد 19 نموذجاً)، مجلة الحقوق والعلوم السياسية جامعة خنشلة، المجلد التاسع، العدد الأول، لسنة 2022

رابعاً: القوامين والأوامر

- الأمر 58-75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975