



الجمهورية العربية السورية

جامعة دمشق

كلية الحقوق

قسم القانون العام

شرط إعادة التفاوض في العقود الإدارية الدولية

بحث أعدّ لنيل درجة الماجستير في العلوم الإدارية والمالية

إعداد الطالب

حسن هاشم صالح

إشراف الدكتور

عيد قريطم

مدرس في قسم القانون العام

العام الدراسي

١٤٤١ هـ / ٢٠١٩ م

استناداً إلى قرار مجلس البحث العلمي والدراسات العليا رقم / ٢٤٢ / الذي اتخذه في جلسته رقم / ٣ / التي انعقدت بتاريخ ٢١ / ١٠ / ٢٠١٩م في شأن تأليف لجنة الحكم على رسالة الماجستير للطالب : حسن صالح

بعنوان: شرط إعادة التفاوض في العقود الإدارية الدولية

وبعد المناقشة العلنية التي تمت بتاريخ ٥ / ١٢ / ٢٠١٩م نفيكم علماً بأن الطالب قد قام بإجراء كافة التعديلات وأخذ بجميع الملاحظات التي طلبتها اللجنة وبالتالي يمكن طباعة الرسالة/ الأطروحة بصيغتها النهائية وعليه نوقع نحن أعضاء اللجنة:

الدكتور نجم الأحمد

الأستاذ في قسم القانون العام بكلية الحقوق/جامعة دمشق

عضواً

الدكتور عيد قريطم

المدرس في قسم القانون العام بكلية الحقوق/ جامعة دمشق

عضواً مشرفاً

الدكتور خالد المحمد

المدرس في قسم القانون العام بكلية الحقوق/ جامعة دمشق

عضواً

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

((وَاللَّهُ أَكْبَرُ فَضْلًا وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا نَعْمًا))

صدق الله العظيم (النساء: ١١٣)

المصداق

إلى الجبلين الأشميين اللذين لم أعرف طعم النجاح لولا رضاها ولم
أسلك درب التوفيق لولا دعائهما والدي حفظهما الله

إلى العزوة والسند أحبة القلب وأشقاء الروح إلى من لم يخلوا
عليّ بمساندتهم ودعمهم طوال العمر ... إختي وفقهم الله

إلى الفراشتين اللتين نثرنا البهجة والفرحة في أرجاء بيتنا إلى
النّوارتين اللتين أنارتا دارنا ببراءتهما وطهرهما ... آدم وهيلين
أبناء أختي

إلى الأشجار الباسقة التي لطالما اتكأت عليها وتفيأت بظلّها في
رحلة الحياة الطويلة فكانوا خير رفيقٍ وخير نصير ... أصدقائي

إلى مشاعل النور وأمثلة الفداء وعنوان الكرم والإباء الذين لولا
طهر دمائهم ما تمتّعنا اليوم بريح الكرامة وعزّة الحياة ... الشهداء
قدّيسي وطننا الغالي

إلى حماة الأرض والعرض إلى حصون الأمن والأمان إلى جنود الله
على أرضه وحفظة عبادته من بعده ... إلى جيشنا العربيّ السّوري
الأشم
أهدي هذا العمل المتواضع

شكر وتقدير

كلُّ الشُّكر والامتنان والثناء والعرفان إلّى من شَرَّفني بقبول إشرافه عليّ لاستزید من علمه وأتعلَّم من أناته وحكمته وصبره حضرة الدكتور عيد قريطم، بارک الله به وجازاه الله عني كلَّ خير .

كذلك أُنقَدِّم بأسمى آيات الشُّكر والاعتراف بالفضل إلى حضرة الأستاذ الدكتور نجم الأحمد، الذي لطالما كان نجماً مضيئاً في سماء القانون في بلادنا، لتكفّله عناء قراءة هذه الرسالة وتصويب أخطاءها رغم كثرة مشاغله وضيق وقته وعظيم مسؤولياته ، فعسى الله أن يثقل هذا العمل بميزان حسناته يوم القيامة .

والشُّكر الموصولُ بكلِّ امتنان إلى حضرة الدكتور خالد المحمّد، الذي تكرّم عليّ بأن يكون عضواً في لجنة المناقشة، ليجود عليّ بمفيد ملاحظاته وغزير تصويباته، متجشّماً عناء قراءة هذه الرسالة على حساب الكثير من مشاغله، فله منّي كلُّ الشُّكر والثناء عليّ أصيب بشكري هذا جزءاً يسيراً من حقّه .

ولا يسعني أيضاً إلّا أن أتوجّه بعميق الشُّكر إلى المدرسة العلميّة العظيمة جامعة دمشق التي تشرفت بأن أكون واحداً من آلاف طلابها، وأخصّ بالشُّكر كليّة الحقوق في جامعة دمشق بمدرّسيها و إداريّها الأعزاء فلهم منّي كلُّ التقدير والعرفان .

مقدمة

إنّ سياسات تحرير الأسواق والانفتاح الاقتصاديّ وخاصّةً في العقد الأخير من القرن العشرين، فضلاً عن المنافسة المحتدمة بين الدّول النّامية والمتقدّمة لجذب الاستثمارات الدّاخلية والخارجية على حدّ سواء، وتعزيز دور القطاع الخاص، هو ما أدّى بدوره إلى تفعيل دور هذا القطاع في تحقيق التّمية والقيام بعبء المشاريع الضّخمة في هذه الدّول، بعد أن آثرت الدّول المختلفة التّحول من دور الفاعل إلى دور الموجه والمُشرف في المجال الاقتصاديّ، فكان من هذه الحلول على سبيل المثال لا الحصر عقود البناء والتّشغيل والتّحويل ال B.O.T وعقود تسليم المفتاح، وهما بطبيعة الحال نماذج من العقود الإداريّة الدّولية والتي تتصدّر المشهد العالمي في التّأطير القانونيّ العقديّ لحركة رؤوس الأموال على الصّعيد الاقتصاديّ الدّوليّ .

لكن وبالمقابل فإنّ هذه الحركة الواضحة والنّشطة على صعيد الاقتصاد الدّوليّ كان لا بدّ من أن تُنتج وسائل هامةً وجديدةً، يمكن الركون إليها لمعالجة مسألة اختلال التّوازن العقديّ، وخاصّةً في العقود الضّخمة كالعقود الإداريّة الدّولية. وكان من أهمّ ما أنتجته هذه الممارسات العقديّة هو شرط إعادة التّفاوض كوسيلةٍ مهمّةٍ رائعةٍ شديدة الفعالية ذات طابعٍ توفيقيّ، ومن أهمّ ميزاتها أنّها تُمثّل نقطةً وسطاً بين الحلول التي تستخدمها الإدارة بإرادتها المنفردة والمتّسحة بطابع القانون العام والسّلطة العامة، وبين الحلول الودّية الأخرى كالّتوفيق والصّلح والوساطة، فضلاً عن أنّ من ميّزات هذه الوسيلة أنّه يتمّ تفعيلها من قبل أطراف العقد وحدهم، دون اللجوء لطرفٍ آخر على صيغة رابح رابح لطرفي العقد الإدارة والمستثمر الأجنبيّ، خاصّةً إذا ما أدركنا أنّ

طرفي العقد يضعان نصب عينيهما الوصول بالعقد إلى برّ الأمان؛ نظراً لأن انتهاءه بطريقة مبتسرة من شأنه أن يكون ذا أثر سلبي كبير جداً على طرفي العقد، وقد يتعداه إلى أطراف أخرى .

كما أنّ شرط إعادة التفاوض كوسيلة لمعالجة اختلال التوازن العقدي للعقود الإدارية الدولية هو وسيلة ناتجة عن الممارسات العقدية الدولية، فضلاً عن أنه نتاج النظام الاقتصادي الدولي، ولن يكون هناك بدّ من صعوبة مزاحمة هذه الوسيلة للأساليب التقليدية العريقة المتبعة في النظم القانونية الداخلية لمعالجة مسألة اختلال التوازن العقدي.

من هنا فإنّ هذه الدراسة المتواضعة تعمل على تسليط جانب من الضوء على هذه الوسيلة الحديثة، والعمل على التمييز بينها وبين ما يشابهها من وسائل معالجة اختلال التوازن العقدي في النظم القانونية الداخلية، فضلاً عن دراستها من الجوانب الشكلية والموضوعية كافة وتبيان آثارها وميزاتها ومدى قابلية تطبيقها في التشريعات الداخلية، مع إلقاء نظرة على أبرز أحكام التحكيم الدولي التي أسست لاستعمال هذه الوسيلة الفعالة والمميّزة.

لطالما كانت المفاهيم القانونية قابلة للتطور والتغير بصورة دائمة بما يتلاءم مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية في المجتمع، ولطالما ظهرت وسائل وآليات قانونية مستجدة مواكبة لهذه الظروف والأحوال، هذا ولا تخرج العقود الإدارية الدولية عن هذا الإطار فهي مفهوم قانوني حديث، ظهر في إطار العولمة الاقتصادية التي انتشرت بشكل كبير في النظام العالمي.

وتتسم العقود الإدارية الدولية بأنها عقود ذات طبيعة مرنة توفيقية، تتوسط بطبيعتها بين العقود الإدارية العادية التي تتسم بطابع السلطة العامة الصّارم والحاد، وبين عقود التجارة الدولية التي تخضع لأحكام القانون الخاص ولا تضع أي اعتبار لطبيعة المرفق العام وخصوصيته وأهميته السيادية.

إننا في إطار حديثنا عن شرط إعادة التفاوض في العقود الإدارية الدولية، كان لا بدّ لنا من إيضاح مفهوم هذه العقود وتبيان طبيعتها بشيء من الإيجاز، كون هذا البحث يركز على دراسة شرط إعادة التفاوض في هذه العقود بشكل أساسي.

أولاً - تعريف العقود الإدارية الدولية:

في حقيقة الأمر فإنّ العقود الإدارية الدولية ذات خصوصية وتميّز عن غيرها من النظم العقدية، حيث إنّها تمخّضت عن الأساليب الحديثة لإشباع حاجات المرافق العامة، وعن حركة رؤوس الأموال والبضائع على الصّعيد الدولي، وخاصةً في إطار إنشاء البنى التحتية للدول الداخلة في طور النّموّ، ويُعدّ هذا النوع من العقود عنصراً توفيقياً مهماً وخطيراً بين مصالح الدول ورغبتها في إنشاء بنى تحتية متطورة، وبين مصالح الشركات العابرة للقارات في إنشاء المشروعات ذات التكنولوجيا العالية والمحتكرة من قبلها في دول العالم كافة.

ونظراً لحدائثة مفهوم العقود الإدارية الدولية، كان لا بدّ من أن تتمايز التعاريف الخاصة بهذا النموذج العقديّ الفريد، حيث عرّفها البعض بأنّها: ((عقود تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة أو أحد الأشخاص المعنوية

العامة التابع لها، مع شخص طبيعي أو معنوي أجنبي، بقصد استغلال الثروات الطبيعية للدولة، يترتب عليها انتقال الأموال والخدمات عبر الحدود باعتبارها ترتبط بمصالح التجارة الدولية)).^(١)

في حين عرفها البعض الآخر بأنها: ((عقود تبرمها الدولة أو الأجهزة التابعة لها، مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي، تتعلق بمباشرة الأنشطة التي تدخل في خطط التنمية الاقتصادية للبلاد)).^(٢)

وكان لبعض الفقه رأي آخر بتعريفها بأنها: ((عقود مبرمة بين شركة وطنية تأخذ شكل مشروع عام وشركة تجارية خاضعة للقانون المدني الأجنبي، محلّه لا ينصبّ على العمليات التجارية العادية كونه يلزم الشركة الخاصة صاحبة الامتياز على القيام باستثمارات ضخمة، وإقامة منشآت لها طابع الدوام، متضمنة شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص كالمعاملة الضريبية الخاصة للشركات المتعاقدة)).^(٣)

من خلال ما سبق يمكننا أن نعرف العقد الإداري الدولي بأنه عقد يتم إبرامه بين جهة عامة وأحد الأشخاص أجنبي الجنسية، يرتبط بتسيير مرفق

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دراسة تحليلية في ضوء أحكام مجلس الدولة، ط١، بيروت، بلا دار نشر، ٢٠٠٦، ص ٥ .

(٢) د. عصام الدين القسبي ، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ١٠ .

(٣) تعريف المحكم Cavin في إطار قضية Sapphire مُشار إليه عند د. محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، ط١، القاهرة، دار النهضة العربية، عام ٢٠٠٠، ص ٥٥ .

عام، مُتضمناً شروطاً استثنائيةً خارجةً عن المألوف في إطار القانون الخاص، ويكون على ارتباطٍ بمصالح التجارة الدولية مُتضمناً انتقالاً للأموال والبضائع عبر الحدود .

إذاً وبعد الانتهاء بصورةٍ موجزةٍ من توضيح مفهوم العقود الإدارية الدولية، سنعمل بشيءٍ من الاختصار على بيان أطراف هذه العقود الحساسة والمهمة.

ثانياً_ أطراف العقود الإدارية الدولية:

تتميّز العقود الإدارية الدولية بالتفاوت وعدم التساوي في المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة، فمن ناحية الجنسية هي عقودٌ مبرمةٌ بين شخصٍ وطنيٍّ وشخصٍ أجنبيٍّ، أمّا من الناحية الاقتصادية فالقدرة المالية للشركات المتعددة الجنسيات ضخمةٌ جداً وميزانياتها تفوق ميزانيات العديد من الدول.

١_ الدولة كطرفٍ أولٍ في العقود الإدارية الدولية:

حتى تستطيع الدولة إبرام العقود الإدارية الدولية يجب أن تكون مُتمتعةً بدايةً بالشخصية القانونية الدولية على المستوى الدولي، فالدولة بالتعريف هي: ((مؤسسةٌ سياسيةٌ قانونيةٌ تقوم حين يقطن مجموعةٌ من السكان بصفةٍ دائمةٍ في إقليمٍ معيّن، ويخضعون لسلطةٍ عليا تمارس عليهم سيادتها)).^(١)

(١) د. محمد عزيز شكري، المدخل إلى القانون الدولي العام، دمشق، جامعة دمشق، ١٩٩٥، ص ٦٩.

أما بالنسبة إلى العقود التي تبرمها الدولة فإن القانون هو الذي يُحدّد الشخص الذي يبرمها بالنيابة عنها، والذي تختلف درجته الوظيفية حسب قيمة العقد.

ويتولّى إبرام العقود نيابةً عن الجمهورية العربية السورية الوزير المختص باختصاص عام، وذلك استناداً لنص المادة الأولى من القانون رقم /١٣/ الصادر في ٥ / ٤ / ٢٠١٨ " يتولّى الوزير المختص صلاحية تصديق العقود التالية:

أ _ العقود المتعلقة بالإنفاق الاستثماري التي لا تتجاوز قيمتها /٤٠٠/ مليون ليرة سورية.

ب _ العقود المتعلقة بالإنفاق الجاري التي لا تتجاوز قيمتها /١٥٠/ مليون ليرة سورية.

وكذلك ينوب عنها المدير العام في الجهات العامة المتمعة بالاستقلال الإداري والمالي كالشركة السورية للاتصالات على سبيل المثال .

ولابدّ من الإشارة في هذا الإطار إلى أنّ الدولة قد تقوم بإبرام العقود الإدارية الدولية عن طريق أحد الأجهزة التابعة لها والتي تعمل لحسابها، وهي الأجهزة الخاضعة إلى تبعية الدولة وسيطرتها حيث يظهر ذلك من خلال القانون أو القرار المنشئ لها، أو من خلال سيطرتها على رأسماله فيما لو

كانت في صورة شركة مساهمة، مع التأكيد على أنّ هذه الأجهزة تعمل على الحفاظ على تحقيق أهداف الدولة الاقتصادية والاجتماعية^(١).

وعلى الرغم من أنّه قد نشأ خلافٌ فقهيّ كبير حول كون العقود التي تُبرم من قبل أحد الأجهزة التابعة إلى الدولة عقوداً إداريةً دوليةً مُبرمةً من قبل الدولة^(٢)، إلّا أنّ الرأي الرَّاجح في الفقه قد استحسن الأخذ بالاتّجاه الموسّع للعقود الإدارية الدولية، والذي يعدُّ جميع العقود المبرمة من قبل الدولة أو من قبل أشخاص تابعين لها من العقود الإدارية الدولية، وذلك فيما لو استوفيت بالطّبع الشّروط الأخرى فيها، ذلك أنّ هذه الأجهزة تخضع إلى سيطرة الدولة ولو بصورة غير مباشرة وتنفّذ سياساتها^(٣).

٢_ الطّرف الأجنبيّ المتعاقد مع الدولة:

إنّ الطّرف الأجنبيّ المتعاقد مع الدولة قد يكون شخصاً طبيعياً وقد يكون شخصاً اعتبارياً، وكون الشّخص المتعاقد مع الدولة شخصاً طبيعياً لا يثير أيّ مشكلاتٍ بطبيعة الحال، لكن يمكننا القول إنّهُ بنسبة (٩٠%) من العقود الإدارية الدولية يكون الطّرف المتعاقد مع الدولة هو شخصٌ اعتباريٌّ أجنبيّ^(٤).

(١) د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدّول والأشخاص الأجنبيةّ، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠١، ص ٧٠.

(٢) المرجع السّابق ص ٣٧.

(٣) المرجع السّابق ص ٣٧.

(٤) فانتن سيروان، العقود المبرمة بين الدّول والأشخاص الأجنبيةّ، بحث دبلوم، جامعة دمشق كلية الحقوق، ٢٠٠٥، ص ٢٤.

وبعد أن بيّنّا بإيجاز طبيعة أطراف العقود الإداريّة الدوليّة فإنّه لا بدّ لنا الآن أن نعطي بعض الأمثلة عن أبرز صور العقود الإداريّة الدوليّة.

ثالثاً _ أبرز صور العقود الإداريّة الدوليّة:

١ _ عقد تسليم المفتاح:

عقد تسليم المفتاح هو ذلك العقد الذي يتولّى فيه الطرف الأجنبيّ القيام بالأعمال الإنشائيّة الكاملة لمعملٍ أو منشأة ضخمة ومتطوّرة تكنولوجياً، فضلاً عن عمليّات تركيب الآليّات والمعدّات، سواء أكانت كهربائيّة أم ميكانيكيّة ليقوم بعد ذلك بتسليم الإدارة المنشأة بصورتها النهائيّة جاهزةً للعمل على المفتاح^(١).

طبعاً إنّ الإدارة في مثل هذا العقد تتعاقد مع مقاولٍ رئيس يتولّى القيام بالأعمال كافة بذاته، أو قد يقوم بالتعاقد مع مقاولين من الباطن كلّ في تخصّصه، وذلك لإنجاز الأعمال في صورتها النهائيّة وتسليمها في مواعيدها المحدّدة^(٢).

٢ _ عقد ال B.O.T الإنشاء والتشغيل والتّسليم:

تُعرّف عقود ال B.O.T بأنّها تلك العقود التي تعهد بها الإدارة إلى طرف آخر من أشخاص القانون الخاص، غالباً ما يكون شخصاً اعتبارياً لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابه مدّة من الزّمن، ليقوم بعد فترة زمنيّة محدّدة بإعادة

(١) د. محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الأشغال الدوليّة، ط١، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣، ص ٤٥.

(٢) د. محمد عبد المجيد اسماعيل، مرجع سابق، ص ٤٥ .

تسليمه إلى الإدارة بعد أن يقوم باستيفاء ما أنفقه من تكاليف فضلاً تحقيق قدرٍ مُعيّن من الربح^(١).

هذا ويمكننا القول إنّ عقود ال B.O.T على وجه الخصوص يُمكن أن تُستخدم في الكثير من المجالات لعلّ أبرزها:

أ_ مشروعات البنية التحتية المتعلقة بالمرافق العامة:

وهي المشروعات التي كانت الدولة تتولّى القيام بها تاريخياً، لكنّ ارتفاع تكاليفها، فضلاً عن ازدياد أعباء مهام الدولة بشكلٍ كبير، هو الذي أفسح المجال للدول للاعتماد على القطاع الخاص في أداء هذه المشروعات كالمطارات والطرق السريعة ومحطات الكهرباء ومحطات الطاقة النووية^(٢).

ب _ المجمّعات الصناعيّة:

لعلّ من أبرزها المُجمّعات المُتعلّقة بالصناعات التكنولوجيّة المتطوّرة والعلاقة أو الصناعات الثقيلة التي يصعب وجودها في الدول النامية، كصناعات الطائرات والسفن والمركبات الفضائية مثلاً^(٣).

(١) د. جابر جاد نصّار، عقود البوت، ط١، القاهرة، دار النهضة العربيّة، ٢٠٠٠، ص٣٨.

(٢) د. جابر جاد نصّار ، المرجع السابق، ص٣٨.

(٣) د. جابر جاد نصّار ، مرجع سابق، ص ٣٨.

وبعد أن تحدّثنا بشيء من الإيجاز عن العقود الإداريّة الدوليّة التي هي الميدان الملائم لإعمال شرط إعادة التّفاوض كوسيلة نموذجيّة لفضّ المنازعات العقديّة، لابدّ لنا الآن من أن ندخل في دراسة تفصيليّة معمّقة لشرط إعادة التّفاوض.

أهمية البحث:

تتمثل أهمية هذا البحث في دراسة دور شرط إعادة التفاوض كوسيلة ودية لتسوية منازعات العقود الإدارية الدولية الضخمة، والتي تُعتبر العقود الإنشائية من أهمها.

إنّ اعتماد وسيلة شرط إعادة التفاوض لفضّ المنازعات العقدية ليدلّ على صدق الدولة المضيفة للاستثمار في خلق بيئة استثمارية آمنة، وهو أشدّ ما نحتاجه في مرحلة إعادة الإعمار في الجمهورية العربية السورية في المرحلة القادمة، فضلاً عما توفّره هذه الوسيلة من جهدٍ ومالٍ ووقتٍ بالمقارنة مع الوسائل الأخرى. بالإضافة إلى أنّها مستقاة من حقيقة أهمية الوصول بالعقود الإدارية الدولية إلى برّ الأمان، وهي الغاية التي يسعى لها أطراف العقد بمختلف الظروف.

إشكالية البحث:

تعدّ العقود الإدارية الدولية من أهمّ أنواع العقود على صعيد التجارة الدولية، ومن أكثرها ضخامةً وثقلاً اقتصادياً وتكلفةً، ورغم كلّ ذلك قلّما قبلت أطراف هذه العقود وخاصةً الشركات العابرة للقارات بسلوك الطرق التقليدية مساراً لحلّ ما ينجم عن هذه العقود من منازعات ، وكان مما تمخّضت عنه الممارسات العقدية شرط إعادة التفاوض كوسيلة لتسوية هذه المنازعات، نعمل من خلال هذا البحث على إيضاح العديد من الأمور المرتبطة بشرط إعادة التفاوض، بغية العمل على رسم الملامح القانونية لهذه الوسيلة الحديثة من وسائل التسوية الودية لمنازعات العقود الإدارية الدولية .

وتتثير هذه الإشكالية عدداً من التساؤلات، أهمها:

_ ما هي مبررات اللجوء لشرط إعادة التفاوض؟

_ ما هي العناصر التي تميزه عن غيره من وسائل فض المنازعات العقدية؟

_ ما المكاسب التي يمكن تحقيقها باللجوء لشرط إعادة التفاوض ولا تحققها غيره من الوسائل؟

_ ماهي أحكام إعمال شرط إعادة التفاوض؟

_ ما هي الجزاءات المترتبة على الإخلال بالعمل به من قبل أحد أطراف العقد؟

منهج البحث:

لقد عملنا خلال هذا البحث على اللجوء إلى المنهج الاستقرائي التحليلي والمنهج المقارن، عبر دراسة القرارات التحكيمية التي ارتبطت بمنازعات عقدية اشتملت على شرط إعادة التفاوض، والعودة للأصول التي ظهر من خلالها هذا الشرط، ثم قمنا بتحليل هذه الأحكام التحكيمية، بغية تحليل شرط إعادة التفاوض والعمل على رسم ملامح واضحة له، فضلاً عن اللجوء للمقارنة في بعض مواضع لإظهار التميز الذي يتمتع به الشرط عن بعض وسائل إعادة التوازن المالي للعقد .

مخطط البحث:

مقدمة

تمهيد: العقود الإدارية الدولية

أولاً : مفهوم العقود الإدارية الدولية

ثانياً: أطراف العقود الإدارية الدولية

ثالثاً: بعض صور العقود الإدارية الدولية

الفصل الأول: فكرة إعادة التفاوض وتغير ظروف تنفيذ العقد

المبحث الأول: العقود الإدارية الدولية المجال الحيوي لإعمال

شرط إعادة التفاوض

المطلب الأول: مبررات استحداث فكرة إعادة التفاوض

المطلب الثاني: تمييز فكرة إعادة التفاوض عن المفاهيم المشابهة

المبحث الثاني: الإطار التفاوضي

المطلب الأول: شروط إعمال الالتزام بإعادة التفاوض وطبيعة

الحدث المُخلّ بتوازن العقد

المطلب الثاني: القواعد التي تحكم عملية إعادة التفاوض

الفصل الثّاني: آثار ومكانة فكرة إعادة التّفاوض

المبحث الأوّل: آثار أعمال فكرة إعادة التّفاوض

المطلب الأوّل: الالتزامات المترتبة على أطراف العقد أثناء سير عملية إعادة التفاوض

المطلب الثّاني: وقف تنفيذ العقود الإداريّة الدوليّة والنتائج النّاجمة في حال نجاح أو فشل عملية إعادة التّفاوض.

المبحث الثّاني: أثر الإخلال بالالتزام بإعادة التّفاوض وإمكانية تبني الشرط في التشريعات الداخليّة

المطلب الأوّل: الإخلال بالالتزام بإعادة التّفاوض

المطلب الثّاني: نحو تبني فكرة إعادة التّفاوض في التشريعات الداخليّة

خاتمة.

الفصل الأول

فكرة إعادة التفاوض وتغير ظروف تنفيذ العقد

إنّ طبيعة العقود الإدارية الدوليّة وتميّزها عن غيرها من النّظم العقديّة الداخليّة فضلاً عن طول مدّة تنفيذ هذه العقود، بالإضافة إلى أثرها الاقتصادي والاجتماعي في الدول المضيفة للمشروع، اقتضى اللجوء إلى شرط إعادة التفاوض كوسيلة نوعيّة ومميّزة تولّدت من رحم العقود الإدارية الدوليّة، وجاءت تعبيراً متميّزاً عن الطّابع الودّي الذي تسعى إليه أطراف هذه العقود لتسوية منازعاتها، حيث إنّ التّجارب قد بيّنت أنّ اتباع الأساليب التقليديّة خصوصاً أسلوب التحكيم التقليدي في تسوية النزاع لا يخلو من مثالب تتعلّق بالوقت والتّكلفة ، وضرورة إقناع الخصوم بصحة الحكم وعدالته. ^(١)

لذلك سنتحدّث في هذا الفصل عن مبررات استحداث فكرة إعادة التفاوض والعوامل التي دفعت بمتعاقدي العقود الإدارية الدوليّة اللّجوء إلى هذه الوسيلة، ثمّ إيضاح الخصائص المميّزة لهذه التّقنيّة عن غيرها من وسائل إعادة التّوازن الماليّ للعقد، والعناصر التي دفعت بمتعاقدي العقود الإدارية الدوليّة إلى تبنيها مفضّلين إيّاها عن غيرها، ثمّ شروط إعمال شرط اعادة التفاوض و العناصر المهيّئة للعمل به .

(١) د. نجم الأحمد ، التحكيم في العقود الإدارية الدوليّة، ط١، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٨، ص ٣٧٢.

المبحث الأول

العقود الإدارية الدولية المجال الحيوي لإعمال شرط إعادة

التفاوض

اصطبغ هذا العصر بنظام العولمة السياسية والاقتصادية وتالياً القانونية، كان لابد في ظل هذه الحركية والديناميكية على صعيد تبادل البضائع وحركة رؤوس الأموال والسعي المحموم إلى جذب رؤوس الأموال من قبل مختلف دول العالم، من العمل على البحث عن وسائل تساير المرونة والحركية التي تنتقل بها رؤوس الأموال هذه، مع ضرورة أن تكون وسائل معالجة اختلالات العقود الإدارية الدولية على قدر ذاته من المرونة والديناميكية، إضافةً تفضيل الشركات العابرة للقارات كافة الابتعاد عن الوسائل التقليدية المتبعة من قبل النظم القانونية الداخلية لمواجهة اختلالات العقود الإدارية الدولية، فعلى سبيل المثال وعلى الرغم من أن التحكيم من أكثر الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة لفضّ منازعات عقودها الإدارية الدولية، لكن مع ذلك لا يمكنها اللجوء إليه من دون ضوابط أو شروط ، حيثُ يجب التوفيق بين التحكيم كمطلب وما توقّره نظرية العقد الإداري للإدارة من امتيازات في مواجهة المتعاقد،^(١) وكذلك الحال بالنسبة إلى شرط إعادة التفاوض .

وسنقوم بإيضاح الميزات التي يتمتع بها شرط إعادة التفاوض عن غيره من وسائل معالجة اختلال التوازن العقدي للعقود الإدارية الدولية، وماهي الخصائص والعناصر التي أدت إلى ظهور هذا الأسلوب المنفرد، وما هي

(١) د. نجم الأحمد، مرجع سابق ، ص ١٩٠ .

العناصر التي تجعله متفوقاً عليها حتى بدأ يُزاحمها مكانتها في طرائق معالجة
اختلالات العقود الإدارية الدولية.

المطلب الأول

مبررات استحداث فكرة إعادة التفاوض

إنّ ولادة شرط إعادة التفاوض كآلية تسمح بإعادة التوازن للعقد الإداري الدولي عند اختلاله نتيجة تغيير ظروف تنفيذه، تعود في حقيقة الأمر إلى طبيعة العقد الإداري الدولي، ذلك أنّ هذا النوع من العقود يتميز عن غيره من العقود الداخلية بطول مدة تنفيذه، وطبيعة محلّه المركّبة، فضلاً عن أنّه يختلف أساس الالتزام بإعادة التفاوض بالنظر لوجود شرط يقضي به من عدمه.

الفرع الأول

طبيعة العقد الإداري الدولي

إنّ الصّفتين الإداريّة والدوليّة للعقد الإداري الدولي لا تخرجانه بطبيعة الحال من إطار النظريّة العامّة للعقد في القوانين الداخليّة، إلّا أنّ ما يميّز به هذا العقد من امتداد تنفيذه عبر الزمن، فضلاً عن خصوصيّة محلّه، يُوجب أن يخضع إلى أحكام خاصّة به، ذلك لأنّ قواعد العقود الداخليّة لا تتسجم تماماً مع هذا النوع من العقود.

أولاً _ طول مدة تنفيذ العقد الإداري الدولي:

إنّ النظريّة التقليديّة للعقود تدور حول فكرة أنّ العقد يمتدّ لفترة محدّدة من الزمن، لذلك فإنّ احتمالات تعرّض العقد الإداري الدولي إلى الاختلالات أثناء

التنفيذ تمسّ توازن الأداء العقديّ الخاصّ بالأطراف تظهر بشكلٍ أكثر أهميّة ممّا هي عليه في العقود الداخليّة، ذلك أنّ تنفيذ العقود الإداريّة الدوليّة في مجملها يتراخى بمرور الزمن إمّا لاتّفاق الأطراف وإرادتهم بتحقيق قدرٍ من الاستقرار في تعاملاتهم^(١)، أو نتيجة طبيعة العقد ذاته وضخامة الأعمال المتعلّقة به كعقود الطّاقة والتّصنيع وإنشاء المنشآت الضخمة والعلاقة، مما يخلق صعوباتٍ جمةٍ في رسم ملامح واضحةٍ للعقد، حيث يتعذّر بمكان أن يتمّ الفصل الكلّي بين مراحل تنفيذ العقد وتكوين هذا العقد من هنا تتجلّى أهميّة الزمن كعنصرٍ جوهريٍّ في اقتصاد العقد^(٢).

إنّ النّظريّة التقليديّة للعقود والتي تقسمها من حيثُ عنصر الزمن إلى عقودٍ فوريّة وأخرى زمنيّة، تبقى في حقيقة الأمر قاصرةً عن الإحاطة الكاملة بمختلف خصائص هذه العقود الإداريّة الدوليّة المتراخية في الزمن، حيث إنّها تكون معرّضةً لخطر تغيّر ظروف التنفيذ بشكلٍ أكبر، ما يجعلها تصطدم بمبدأ القوّة الملزمة للعقد والذي يعدّ أحد أهمّ ركائز العقد، وهو ما يتباين بوضوحٍ مع طبيعة العقد الإداريّ الدوليّ الذي من الصّعوبة بمكان إخضاعه كلياً إلى هذا المبدأ^(٣).

(١) د. شريف محمد غنام، أثر تغيّر الظروف في عقود التجارة الدوليّة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ط١، ٢٠٠٧، ص ١.

(٢) د. هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، رسالة دكتوراه، تلمسان، جامعة أبي بكر بلقايد، ٢٠١٦، ص ١٣.

(٣) هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ١٣.

من هنا يمكننا القول إنّ مرحلة تنفيذ العقد في العقد الإداري الدولي تكتسي أهمية خاصة، نتيجة ما قد تحمله هذه المرحلة من اختلالات في توازنه أثناء تنفيذ العقد نتيجة أحداث غير متوقعة لا يد للأطراف فيها^(١).

فضلاً عن أنّ طول مدّة تنفيذ العقود الإدارية الدولية يجعلها معرضة أكثر للعديد من الاختلالات في التنفيذ، بالإضافة إلى إمكانية ظهور مشكلات تقنية عديدة تواجه المتعاقدين، خاصة في ظلّ هذه الفترة الزمنية من القرن الحادي والعشرين والتي أظهرت انتشار الفوضى وغياب الاستقرار عن العديد من المناطق في العالم وعلى رأسها منطقتنا العربية، والتي أصابها ما يُسمّى بالزّبيع العربي، ما يقتضي بالضرورة إلى اعتماد سلوكيات معبّرة بشكل حقيقي عن حسن النية من جانب أطراف العقد في تنفيذ هذا النوع المهم من العقود.

هذا وتكتسي مرحلة تنفيذ العقد في العقود الإدارية الدولية أهمية خاصة ليس بسبب طبيعة الالتزامات المترتبة على عاتق الطرفين المتعاقدين وحسب، ولكن أيضاً بسبب الرغبة الحقيقية لأطراف هذه العقود في تحقيق مشروعهم المشترك، والذي يتميز بطبيعة الحال عن المشروع المراد تحقيقه في العقود الداخلية^(٢).

ثانياً _ طبيعة محلّ العقد الإداري الدولي:

يتّسم العقد الإداري الدولي فضلاً عن طول مدّة تنفيذه بالطبيعة المعقّدة والمركّبة لمحلّه، وهذا العامل هو جوهر ما يضيفي الأهمية على المفاوضات

(١) P.ACCAOUÏ-LORFING, The renegotiation of international contracts, Thesis PhD, Paris, 2008 , p17.

(٢) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ١٤.

في إطار هذا النوع من العقود التي تتعلّق بمشروعات اقتصادية ضخمة وعملقة، حيث يكون من الصعب بمكان على أطراف هذه العقود أن يقوموا بتحديد شروط تنفيذ العقد أو الالتزامات العقدية على وجه التحديد بصورة كاملة ونهائية عند إبرام العقد، مما يدفعهم إلى استكمال هذه الشروط أثناء المراحل المتلاحقة لتنفيذ العقد^(١)؛ بغية مواجهة الظروف المستجدة ومعالجة الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد، وهو ما يختلف بشكلٍ صريحٍ عما هو عليه الحال في العقد الداخليّ، حيثُ يجب أن يبرم الأخير في إطار محدّد ودقيقٍ وواضحٍ لشروط تنفيذ العقد والالتزامات المترتبة على عاتق الأطراف، وهو ما يسعى إليه مبدأ الأمن القانوني وحفاظاً على استقرار المعاملات القانونية.

فخصوصية العقد الإداري الدولي التي تأتي من طول المفاوضات الخاصة بإبرامه فضلاً عن طول مدّة تنفيذه، تقتضي عمل هذه الأطراف على اتمام هذا المشروع في إطارٍ من التعاون والتضامن الذي يجعل من مصلحة أطراف هذا العقد العمل على تحقيق الهدف العقدي^(٢)، نتيجة المصالح المشتركة لأطراف العقود الإدارية الدولية والتي تعدّ سمةً مميزةً لها عما هو عليه الحال في العقود الداخلية والتي تعبّر عادةً عن مصالح متناقضة، خاصّة في ظلّ عالم اليوم الذي بات يتميّز بتشابك المصالح بشكلٍ كبيرٍ على مستوى العالم عموماً وعلى مستوى مجال المال والأعمال خصوصاً، حيثُ إنّ فشل مشروعٍ ضخمٍ لإحدى

(١) M.Fontaine and F.Dely, International contract law, Bruylant, Brussels, p323.

(٢) M.Trouchu, The intervention of the notion of time in successive international contracts in the internationalization of the law mixtures in honor, Won Loussouarn, 1994, p 373.

الشركات الأمريكية العملاقة في آسيا على سبيل المثال قد يهوي بأسهمها بشكل كبير في بورصة "ول ستريت".

من هنا تتجلى أهمية العلاقة القائمة بين طبيعة محل العقد المتعلق بمشروعات اقتصادية عملاقة وضخمة وبين العلاقات القائمة بين أطراف العقد، ذلك أنّ التعاون بين أطراف هذه العقود يجب أن يكون سمة أساسية تتصف بها هذه العقود بدءاً من مرحلة المفاوضات العقدية، وصولاً إلى مرحلة التنفيذ، وانتهاءً بمرحلة إنجاز العقد بصورته النهائية؛ ذلك أنّ مصلحة أطراف هذا العقد تقتضي تحقيق المشروع الاقتصادي لأهدافه^(١).

من هنا نستطيع القول إنّ إنهاء هذا العقد نتيجة ظروف غير متوقعة استجدت أثناء تنفيذ العقد يعدّ حلاً غير مجدٍ وغير فعّال، بحيث يكون الإنهاء هو آخر وسيلة يلجأ إليها هؤلاء الأطراف.

من خلال ما سبق يمكننا القول إنّ خصوصية تنفيذ العقد الإداري الدولي تقتضي وجود أحكام تتلاءم مع هذه الخصوصية، وفي هذا الإطار نشأت فكرة إعادة التفاوض، والتي تقتضي أنّه في حالة تغيير ظروف تنفيذ العقد نتيجة ظروف مستجدة غير متوقعة و خارجة عن إرادة الأطراف، والتي من شأنها أن تؤدي إلى الإخلال بتوازن العقد، فإنّ ذلك يقتضي من الأطراف الالتقاء من أجل مناقشة مصير العقد^(٢) وسبل معالجة المشكلات المستجدة أثناء التنفيذ،

(١) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ١٦.

(٢) P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit, p17.

مع أكبر قدرٍ من المرونة وصولاً لأكثر السبل فاعليّة لتحقيق الغاية المنشودة من العقد.

فإعادة التفاوض هي تقنية قانونية استحدثتها متعاملوا التجارة الدولية كنتيجة لعدم ملائمة الحلول المستخدمة في إطار القوانين الداخلية لمعالجة الظروف الخاصة في حياة العقد، وذلك لتباينها في معالجة تغيّر ظروف تنفيذ العقد^(١)، حيث إنّ هناك بعض القوانين التي لا تعترف إلاّ بمبدأ القوة الملزمة للعقد، بحيث يجب على الأطراف احترام ما ورد في العقد حتّى ولو اختلفت تنفيذه، ما لم يوجد شرطٌ فيه ينظّم هذه الحالة، في حين أنّ بعض القوانين الأخرى قد سمحت للقاضي بالتدخل لمعالجة هذا الوضع، إلاّ أنّها اختلفت في تنظيم هذا التدخل ودوره.

وفي حقيقة الأمر فإنّه يمكننا القول إنّ معالجة مشكلة تغيّر ظروف تنفيذ العقد استناداً إلى قواعد الإسناد في القانون الدوليّ الخاص من شأنه أن يؤدّي إلى خلق حلول شديدة التباين بشأن العقد الواحد. من هنا فإنّ اختلاف أساليب القوانين الوطنية في معالجة مشكلة تغيّر ظروف تنفيذ العقد بطريقة تتلاءم مع طبيعة العقود الإدارية الدولية، كانت سبباً في إثارة القلق لدى محرّري هذه العقود، وهو ما دفعهم إلى استحداث آلياتٍ أخرى كفيلة بحماية مصالحهم العقدية والاقتصادية والتي كان على رأسها إعادة التفاوض^(٢).

(١) PH,Khan Lex Mercatoria and the practice of international contracts in the international economic contract, Bruylant pedon, 1975.

(٢) R. ALACHKAR, Hardship clause and amicable clause composition, PhD thesis, Paris II, 2010, p28.

ففكرة إعادة التفاوض تُعبّر برأينا بكلّ وضوح عن قدر كبير من الانسيابية والمرونة والديناميكية لإفساح المجال للتسوية الودية للمشكلات التقنية والتّفيذية التي تعترض دورة حياة العقد الإداري الدولي.

بمعنى آخر يمكننا القول إنّ عملية إعادة التفاوض هي نتاج للنظام الاقتصادي العالمي الحالي المتمثل بمجموعة كبيرة من المصالح المتشابكة لآلاف من الشركات العابرة للقارات عبر العالم، والتي يمثل الفشل لأيّ منها في مشروع معيّن من بقاع الأرض انتكاسةً وانخفاضاً بالأصول في موضع آخر.

فأساس فكرة إعادة التفاوض يتمثل في تحمّل أطراف العقد سويةً ما يترتب على تغيير ظروف تنفيذ العقد من تكاليف لم تؤخذ في الحسبان وقت إبرامه، نتيجة أحداث غير متوقّعة قد تكون سياسية أو اقتصادية أو طبيعية أو حتى اجتماعية .

وقد عرّف بعض الفقه فكرة إعادة التفاوض كتقنية قانونية لمعالجة تغيير ظروف تنفيذ العقد الإداري الدولي بأنها "إعادة تفاوض الأطراف من جديد بشأن عقد في مرحلة تنفيذه من خلال التشاور والبحث المشترك عن اتفاق يهدف إلى جعل سلوك الأطراف مساهماً لمصالحهم التي قد تكون مشتركة أو مختلفة أو متناقضة"^(١).

(١) P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit, p8.

فإعادة التفاوض هي تقنيةٌ حديثةٌ برزت أول الأمر في شكل شروطٍ عقديةٍ يتضمنها العقد، حيث برز الاهتمام بالعقود الإدارية الدولية بصورةٍ مكثفةٍ في بداية السبعينات^(١).

وكانت أولى الدراسات القانونية التي أبرزت فكرة إعادة التفاوض على الصعيد الدولي هي الدراسة التي قامت بها مجموعة عملٍ برئاسة الأستاذ Fontaine والتي نُشرت عام ١٩٧٦^(٢)، ليتجه قضاء التحكيم بعد ذلك على الصعيد الدولي إلى الاعتراف بإعادة تفاوض أطراف العقد حتى في ظلّ عدم وجود شرطٍ مسبق في العقد يقضي بذلك، وذلك كاستجابةٍ لواقع التجارة الدولية ومقتضياتها، خاصةً في ظلّ غموض الاتفاقيات المنظمة لها، حيث إنّ هذا الغموض الذي شاب الاتفاقيات المنظمة للتجارة الدولية قد دفع محرري العقود الإدارية الدولية إلى استحداث آليات قانونيةٍ كفيلةٍ بالاستجابة إلى متطلبات التجارة الدولية التي تعالج مسألة تغيير ظروف تنفيذ العقد الإداري الدولي^(٣)، حيثُ كان شرط إعادة التفاوض هو أحد أبرز هذه الوسائل؛ ذلك أنّ العقد لم يعد ذا طبيعةٍ جامدةٍ لكنّه صار ميداناً لتغييراتٍ دائمةٍ.

من هنا ظهرت فكرة إعادة التفاوض في صورة شروطٍ عقديةٍ تُسمى شروط إعادة التفاوض، والتي عرّفها الأستاذ OPPETIT بأنها "اتفاق الأطراف على إمكانية تعديل العقد في حالة تغيير الظروف بشكلٍ يمسّ العناصر

(١) M.Fontaine and F.Dely Op.Cit, p494.

(٢) M.Fontaine, Unpredictability in long-term international contracts, 1976, p 42.

(٣) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ٢٢.

الأساسية للعقد عما تم الاتفاق عليه عند إبرام العقد، ما يُخلُّ بتوازنه ويسبب ضرراً جسيماً لأحد المتعاقدين"^(١).

هذا ويمكننا القول إنَّ فاعليَّة شروط إعادة التَّفاوض ترتبط بصورةٍ أساسيةٍ في وضوح تحريرها ودقَّته، ذلك أنَّ غموض هذه الشُّروط من شأنه إثارة المزيد من الخلافات بين المتعاقدين، وهو الأمر الذي تسعى هذه الشُّروط إلى تفاديه بطبيعة الحال، لكن وفي المقابل فإنَّ إعادة التَّفاوض في العقود الإداريَّة الدوليَّة لا تنتج فقط عن إعمال شروطٍ عقديَّةٍ تقضي بها، حيثُ يمكن للمتعاقدين اللجوء لإعادة التَّفاوض ولو لم يتضمَّن العقد شروطاً حول ذلك، وهو ما يدفعنا بطبيعة الحال إلى البحث في أساس الالتزام بإعادة التَّفاوض في إطار العقود الإداريَّة الدوليَّة.

(^١) Oppetit, The adaptation of international contracts changing circumstances, The hardship clause, J.D, 1974.

الفرع الثاني

أساس الالتزام بإعادة التفاوض في العقود الإدارية الدولية

يختلف أساس الالتزام بإعادة التفاوض في العقود الإدارية الدولية بين حالة وجود شروط عقدية تقضي به، وحالة عدم وجود شروط تقضي به، ذلك أن أطراف العقد قد لا يتوقعوا عند إبرام العقد أن يضطروا لإعادة مناقشة بنوده نتيجة ظروف مستجدة أثرت على تنفيذ العقد.

أولاً - أساس التفاوض عند وجود شرط إعادة التفاوض:

يرجع أساس الالتزام بإعادة التفاوض في حال وجود شرط إعادة التفاوض في العقد إلى مبدأ سلطان الإرادة، حيث يُطلق على هذا النوع من إعادة التفاوض بإعادة التفاوض المتوقع^(١)، والذي يرجع بطبيعة الحال إلى ضرورة احترام التنظيم الاتفاقي للعقد، ذلك أن إرادة أطراف العقد هي التي تُحدّد محتوى هذه العقود وطبيعتها ما يجعلها تتباين وتختلف تنظيمياً من عقدٍ لآخر^(٢).

لكنّ تحليل بنية هذه الشروط هو ما يساعد في استيعاب أساسها الإرادي، فكما لاحظت مجموعة العمل الدولية التي ترأسها الأستاذ FONTAINE والتي قامت بدراسة حوالي ال (٥٠) شرطاً من شروط إعادة التفاوض^(٣)، أن شروط إعادة التفاوض وإن اختلفت من حيث الشكل إلا أنها من حيث

(١) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٢٦.

(٢) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٣٦.

(٣) M.Fontaine, Op.Cit, p 7.

المضمون تنقسم جميعها إلى إطارين، الأول هو الفرض ويقصد به الحدث المخلّ بتوازن العقد في مرحلة التنفيذ، أمّا الإطار الثاني فيمثل أحكام الشرط الذي سيطبق في حالة تحقق الحدث محلّ الشرط أي إعادة التفاوض بشأن الظروف المستجدة التي أثّرت على تنفيذ العقد.^(١)

إضافةً إلى ذلك يرى الفقه أنّ تحليل الأحداث المخلّة بتوازن العقد والموضوعة في شروط إعادة التفاوض لا تخرج عن احتمالين اثنين ألا وهما: أن يميل المتعاقدون في الاحتمال الأول أكثر إلى توقّع الظروف المؤدية إلى تغيير ظروف تنفيذ العقد، بينما يميل البعض الآخر من المتعاقدين إلى التركيز على مدى اختلال توازن العقد نتيجة تغيير ظروف تنفيذه.^(٢)

ثانياً_ أساس التفاوض عند غياب شرط إعادة التفاوض:

استناداً لجدولٍ إحصائي أعدّه الأستاذ Walde للعقود الدولية التي تمّ التفاوض بخصوصها بين عاميّ ١٩٦٧ و ١٩٧٧، فلقد ظهر أنّه من أصل (٤٣) عملية إعادة تفاوض بشأن عقودٍ بترولية تبيّن أنّ (٤) عملياتٍ فقط تمّت اعتماداً على وجود شرطٍ مسبقٍ لإعادة التفاوض، في حين أنّ (٣٩) عملية أخرى تمّت في غياب هذا الشرط.

وبالتالي يمكن القول إنّ الالتزام بعملية إعادة التفاوض في غياب الوجود المسبق لشرط إعادة التفاوض في العقود الإدارية الدولية لا يعود إلى إرادة الأطراف ولكن إلى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الذي يعدّ مبدأً جوهرياً في

(١) M.Fontaine, Op.Cit, p 7.

(٢) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٢٦.

قوانين العقود في النظم القانونية المختلفة^(١)، حيث تتدرج ضمنه القوانين وتُشتقّ منه العديد من النّقيّات القانونيّة والأساليب المبتكرة، ذلك أنّ مبدأ حسن النّية يُوجب على المتعاقدين التّعامل بحسن نية أي ليس فقط الالتزام بما نصّ عليه العقد وحسب، ولكن أيضاً الالتزام بما توجبه العدالة والممارسة والقانون وفقاً لطبيعة الالتزام^(٢).

من هنا يمكننا القول إنّه يجب على المتعاقدين أن يعملوا على تنفيذ التزاماتهم العقدية بحسن نية، بمعنى عملهم المشترك على تجاوز المشكلات التي تواجه تنفيذ عقدهم والتي أتت نتيجة ظروف غير متوقّعة، أي أنّ حسن النّية يقتضي عدم استفادة أحد المتعاقدين من التغيّر الحاصل في ظروف تنفيذ العقد على حساب المتعاقدين الآخرين، ذلك أنّ هذا المبدأ يعبر في حقيقة الأمر عن الالتزام الأخلاقي المنطقي الذي يجب أن يلتزم به أطراف العقود الإدارية الدوليّة تجاه بعضهم البعض، بالنظر إلى المصالح المشتركة التي تجمع بينهم، والتي تقتضي منهم العمل على إيصال العقد إلى وجهته النهائيّة بإتمام تنفيذه على أفضل وجه، وبالتالي يقتضي بالضرورة أن يُنفذ هذا العقد بالاستناد إلى روحه أيضاً وليس فقط إلى حرفيّة بنوده، حيثُ تبرز التزامات جديدة على عاتق الأطراف فضلاً عن الالتزامات التي تمّ الاتفاق عليها بموجب العقد.

واستناداً لذلك فإنّه يمكننا القول إنّ مبدأ حُسن النّية يفرض على المتعاقدين التزاماً كاملاً بالتّعاون فيما بينهم من أجل تحقيق الهدف التّعاقدّي المشترك،

(١) عبد المنعم موسى إبراهيم، **حسن النّية في العقود**، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، عام ٢٠٠٦، ص ٢.

(٢) P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit , p8.

وهذا ما يقتضي - كما أشارت إلى ذلك الكثير من القرارات التحكيمية - التعاون الفعال من جميع المتعاقدين من أجل العمل على تجاوز جميع المشكلات التي تواجه تنفيذ العقد بصورة حسنة، ومن ذلك ما قضت به غرفة التجارة الدولية في باريس عام ١٩٩٢ في قرارها رقم (٥٠٣٠) ^(١) بأنه "استناداً إلى القواعد المشتركة بين القوانين الوطنية يعدّ الالتزام بالتصرف بصدق في العلاقات التعاقدية بطبيعته مبدأً أساسياً في العلاقات الاقتصادية الدولية... ذلك أنّ الطبيعة الخاصة للمتعاقدين والأهمية الاقتصادية للصفقة المبرمة وطبيعة عقد التعاون المبرم بين الدول السائرة على طريق النمو يُوجب على المؤسسات الحذر والإعلام والاستعلام، والتي لم تُحترم في قضية الحال وهو ما أدّى بصورة مباشرة إلى ظهور معوّقات منذ إبرام العقد".

كذلك وفي حكم آخر لغرفة التجارة الدولية صادر في العام ١٩٨٩ ^(٢) أكدت فيه على ارتباط مبدأ حسن النية بالتعاون بين أطراف العقد، حيث جاء في الحكم : "إنّ أحد آثار المبدأ المُشار إليه في القانون المدني لدولة ساحل العاج هو أنه يجب أن تُنفذ العقود بحُسن نية، ويتجسّد ذلك في وجوب تعاون أطراف العقد بحُسن نية من أجل تحقيق الأهداف التي أبرم من أجلها العقد، ذلك أنّ مبدأ حسن النية والصدق يجبران كلّ متعاقدٍ على ضرورة العمل على تسهيل عمل المتعاقد الآخر".

فمن خلال هذه القرارات التحكيمية يظهر لنا أنّ مبدأ حسن النية يُوجب على أطراف العقد التعاون في أداء التزاماتهم العقدية، حتّى ولو تغيّرت ظروف

(١) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٢٨.

(٢) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٢٩.

تنفيذ العقد، حيث إنّ ذلك يقتضي منهم الالتقاء من أجل مناقشة الحدث المفاجئ الذي أدّى إلى اختلال توازن العقد أثناء تنفيذه، قصد تحقيق الغاية الاقتصادية التي وجد من أجلها العقد. وفي هذا السياق لا يمكننا إلا وأن نُعرِّج على قرار غرفة التجارة الدوليّة رقم (٦٢١٩)^(١) الذي كان عنوان إحدى فقراته "الالتزام بالتفاوض بحُسن نية" حيث جاء فيه أنّه "بوجود شبه توقّف للدفع الخارجي من الدولة (أ) كان يتوجّب على (ب) البحث بحسن نية مع مدينتها عن الطّرق والوسائل لتسوية معوّقات مديونيّتها، حيثُ يجد هذا الالتزام مصدره في مصطلحات العقد أولاً ثمّ في المبادئ العامّة لقانون التجارة الدوليّة ثانياً... والتي تفرض على المتعاقدين في حال حدوث مشكلاتٍ تعيق تنفيذ العقد التّشاور والتّعاون الإيجابي من أجل بحث سبل تجاوزها...، ذلك أنّ الأزمة البالغة للديون الدوليّة في بداية الثّمانينات والتي عانت منها الدّول السّائرة في طريق النّمو، قد دفعت بدائنيها مهما كانت طبيعتهم وطبيعة ديونهم وبنجاحاتٍ متفاوتةٍ إلى إجراء عدّة عمليّات إعادة تفاوضٍ و عقد عدّة اتفاقاتٍ في سبيل تمديد آجال ديونهم".

من خلال كلّ ما سبق نستطيع القول إنّ إعادة التفاوض يمثّل سلاحاً فعّالاً بيد المتعاملين الدّوليين لمواجهة الصّعوبات والمشكلات التي تواجه تنفيذ عقودهم، لكن بالتّأكيد فإنّ هذه التّقنية المميّزة ليست هي التّقنية الوحيدة لمواجهة تغيّر ظروف تنفيذ العقود، ذلك أنّ هناك العديد من التّقنيّات المشابهة والتي سنقوم في المطلب القادم من هذا البحث بدراستها، بغية إيضاح الفوارق

(١) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٣٠.

بينها وبين شرط إعادة التفاوض ونقاط القوة التي تميز هذه التقنية عن غيرها من التقنيات.

المطلب الثاني

تمييز فكرة إعادة التفاوض

يعدُّ شرط إعادة التفاوض استثناءً على مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإدارية الدولية، وهو بذلك يقترب من بعض المفاهيم المشابهة التي ترتبط بهذه العقود، لعل أبرزها شروط القوة القاهرة و باقي شروط تعديل العقد، والتي يقترب منها في بعض النقاط، و يتميز عنها في نقاط أخرى.

الفرع الأول

إعادة التفاوض والقوة القاهرة

يقترب شرط إعادة التفاوض من شرط القوة القاهرة و ذلك في الشروط الواجب توفُّرها في الحدث المؤدي إلى إعمالهما، ويتباين هذا الاقتراب نظراً للتطورات التي طرأت على مفهوم القوة القاهرة، وذلك ما بين القوة القاهرة بمفهومها التقليدي السائد في العقود الإدارية، والقوة القاهرة بمفهومها الحديث الذي بدأ يتبدى في عقود التجارة الدولية.

أولاً- تقارب مفهومي إعادة التفاوض والقوة القاهرة:

على الرغم من المسافة الواسعة التي تباعد بين مفهومي شرط إعادة التفاوض وشرط القوة القاهرة في إطارها التقليدي، إلا أن نقاط التشابه اقتربت كثيراً بين الشرطين، وخاصة مع المفهوم الحديث للقوة القاهرة، ما اقتضى

ضرورة العمل على ايضاح الحدود الفاصلة بين المفهومين، مع أهمية الآثار المترتبة على هذا التمييز.

١ _ إعادة التفاوض والمفهوم التقليدي للقوة القاهرة:

إن المفهوم التقليدي للقوة القاهرة في العقود الإدارية الدولية كما هو الحال في العقود الداخلية، يكاد يكون مفهومها واحداً في كل من القوانين الإدارية والقوانين المدنية في الفقه المقارن. فالقوة القاهرة هي حادث مفاجئ خارجي مستقل عن إرادة الأطراف يستحيل دفعه ويؤدي إلى استحالة التنفيذ للعقد^(١).

وقد استخدمت عدة مصطلحات للتعبير عن مفهوم القوة القاهرة في الاتفاقيات الدولية، من ذلك ما أخذت به اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع عام ١٩٨٠ في مادتها ٧٩، واتفاقية لاهاي للقانون الدولي الموحد للبيع الدولي عام ١٩٦٤ في مادتها ٧٤، حيث استعملنا مصطلح الإعفاء^(٢).

في حين أخذت غرفة التجارة الدولية بمصطلح القوة القاهرة في شرطها النموذجي لعام ٢٠٠٣، وكذلك الحال بالنسبة إلى مبادئ القانون الموحد Unidroit من خلال المادة ٧.١.٧ تحت عنوان "القوة القاهرة" والتي نصت في فقرتها الأولى على أنه: "يعفى من أثر عدم التنفيذ المدين الذي يثبت أن ذلك يعود إلى حدث خارج عن نطاق توقعه والذي من غير المعقول

(١) د.محمد الحسين و د. مهند نوح، العقود الإدارية، ط١، دمشق، منشورات جامعة دمشق، عام ٢٠٠٥، ص ٣٣١. د. عبدالله طلبية، مبادئ القانون الإداري_ الجزء الثاني، ط٦، دمشق، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٧، ص ٣٤١. القانون السوري (٥١) الخاص بنظام العقود للجهات العامة لعام ٢٠٠٤، المادة (٥٣).

(٢) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٣٣.

أن يأخذه بعين الاعتبار عند إبرام العقد، أو أن يتوقعه أو يتجاوزه أو يتوقع أو يتجاوز آثاره^(١)، حيث بيّنت هذه المبادئ أن أخذها بمصطلح القوة القاهرة يعود إلى شيوع استعمالها في الممارسات التجارية الدولية، كذلك فقد تبلور هذا المفهوم التقليدي للقوة القاهرة في العديد من الشروط العقدية، كالشرط الذي قضى بأنه "تعدّ قوة قاهرة أو حدثاً مفاجئاً كل حدث غير متوقع ومستقل عن خطأ المتعاقد من شأنه جعل تنفيذ الالتزامات التعاقدية مستحيلة، ويستبعد من ذلك الأحداث التي تجعل تنفيذ العقد صعباً أو أكثر إرهاقاً"^(٢).

و استناداً إلى ذلك فإنّ القوة القاهرة بمفهومها التقليدي تختلف عن شرط إعادة التفاوض، حيث إنّها تضع شروطاً صارمة حول عدم قدرة المتعاقد على تنفيذ التزاماته العقدية، بخلاف فكرة شرط إعادة التفاوض التي تقوم على اختلال توازن العقد الذي لا يرقى إلى درجة استحالة التنفيذ.

كما أن المفهوم التقليدي للقوة القاهرة يختلف في أساسه القانوني عن أساس فكرة إعادة التفاوض، حيث إنّ الدراسة أظهرت أن أساس فكرة إعادة التفاوض يتمثّل في إرادة الأطراف المُعبّر عنها في الشروط التعاقدية، بينما يركز المفهوم التقليدي للقوة القاهرة على النصوص القانونية سواء أكانت وطنية أم اتفاقيات دولية أم قرارات تحكيمية، حيث قضت غرفة التجارة الدوليّة ICC في أحد قراراتها أنّه:

(١) مبادئ Unidroit المادة ٧.١.٧، الترجمة العربية، ٢٠١٤، ص ٤٢.

(٢) V. P. KHAN, Force majeure and long-term international contracts, J.D.I, 1975, p.470.

" أ_ لما كانت التهديدات التي تحتجُّ بها الشركة المُدَّعى عليها لانتفاء مسؤوليتها عن عدم تسلمها المنتجات النفطية لا تتوافر فيها شروط القوَّة القاهرة، وذلك لغياب شرطيَّ عدم التوقع واستحالة الدفع،..... _إضافةً إلى أنَّ المشروع الوطني قد أثبتَّ بالأدلة الكافية أنَّه في نفس الفترة التي لم تتسَلَّم فيها الشَّرْكة المُدَّعى عليها المنتجات مخافة التهديدات التي مارستها عليها الشركات التي كان لها امتياز على هذه المنتجات بشكل منتظم"^(١).

وكنتيجة لما تقدَّم يتسع مجال التفرقة بين القوَّة القاهرة وشرط إعادة التفاوض من ناحية المفهوم ليشمل الآثار المترتبة عنهما، إذ يترتب على أعمال المفهوم التقليدي للقوة القاهرة انتفاء مسؤولية المدين ما يؤدِّي إلى إنهاء العقد، بينما تكرّس فكرة إعادة التفاوض سعي المتعاقدين إلى الحفاظ على العلاقة العقدية من خلال السَّعي إلى تعديل العقد إذا ما طرأت ظروف تقتضي ذلك.

من هنا يتكرّس الفرق الجلي بين القوَّة القاهرة كوسيلة لمواجهة استحالة تنفيذ العقد، والتي تجد أساسها القانوني في القوانين الداخلية للدول، وبين شرط إعادة التفاوض الذي وُلد من صميم تعاملات التجارة الدوليَّة وفي إطار العقود الإدارية الدوليَّة، لمواجهة اختلال التوازن المالي الذي يصيب هذه العقود، مع ما ينسجم به من مرونة مستمدَّة من روح هذه العقود و بيئة إبرامها، وضرورة تقتضي إعادة العدالة إلى هذه العقود إلى نصابها إذا ما انحرفت عن مسارها بفعل الظروف.

(^١)V. Sentence ICC, N° 2142, 1974, Rec. Arb.sen., de la ICC, 1974-1986, (version anglaise), p.7.

٢- تقارب مفهومي إعادة التفاوض والقوة القاهرة بمفهومها الحديث:

إنَّ ضرورات التجارة الدوليّة دفعت المتعاقدين إلى إضفاء مرونة أكبر على مفهوم القوة القاهرة سعياً إلى الحفاظ على العلاقة العقدية، حيث لم يعد قائماً في ميدان التجارة الدوليّة مفهوم الاستحالة المطلقة للتنفيذ، استناداً إلى وجود صعوبات مطلقة لا يمكن تحملها^(١).

وفي ضوء ذلك يظهر من جديد أهميّة الممارسات العقدية في ترتيب الأحكام القانونيّة للعقود الإداريّة الدوليّة، على نسق ما تمت دراسته في مبررات استحداث فكرة إعادة التفاوض، وذلك انطلاقاً من أن عدم قدرة أحد المتعاقدين على تحمل تبعات القوة القاهرة بشقّها الاقتصادي، يدفع بطرفي العقد إلى العمل معاً في إطار من التعاون حفاظاً على الاتفاق العقدي نظراً لما يُمثّله من أهميّة لكلّ منهما^(٢)، ويترجم بعض الفقه^(٣) هذا التضامن بالتعاون بين أطراف العقد في تخطي عقبة القوة القاهرة بالنظر إلى الظروف المحيطة بالمتعاقدين المتضررين، وذلك استناداً للمادة (٧٩) من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ والتي نصّت على "وأنّه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يؤخذ العائق في الحسبان وقت انعقاد العقد". على الرغم أنّ هذه المادة نظّمت القوة القاهرة في إطار استحالة التنفيذ إلّا أنها أشارت إلى ضرورة أخذ الظروف المحيطة بالمتعاقدين المتضررين في الحسبان.

(١) د. عصام الدين القسبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، القاهرة، دار النهضة العربية، عام ١٩٩٣، ص ١٣٢.

(٢) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٣٦.

(٣) R. ALACHKAR, Op.Cit.، مرجع السابق، مشار إليه عند عبد اللطيف هني، مرجع السابق، ص ٣٦.

واستناداً لذلك يعمل أطراف العقود الإدارية الدوليّة على تهذيب مفهوم القوّة القاهرة في تفاهماتهم العقدية والتخفيف من آثارها في إطار من التعاون^(١).

فلم يعد مفهوم القوة القاهرة قاصراً على عدم تحمّل تبعات الحدث، ولم تعد نتائجها تؤدّي مباشرة إلى إنهاء العقد، بل تتيح الفرصة لإمكانية تعديل العقد بما يواءم ضرورة الحفاظ على العقد في ظل الظروف المستجدة^(٢).

و كنتيجة لذلك يقترب المفهوم الحديث للقوّة القاهرة من مفهوم شرط إعادة التفاوض من حيث الغاية، حيث تسعى كلا الآليتين إلى المحافظة على العقد. حيث أصبح المفهوم الحديث للقوة القاهرة يتّجه إما إلى وقف تنفيذ العقد أو إعادة التفاوض بشأنه، والسبب الرئيس في ذلك يتمثّل في الإرادة الحقيقيّة لأطراف العقود الإداريّة الدولية للسّير بعقودهم نحو برّ الأمان، بغضّ النظر عن أي صعوبات تواجههم أثناء التنفيذ.

أ_ وقف تنفيذ العقد:

قد يعمل أطراف العقد الإداري الدولي على تجاوز آثار القوّة القاهرة من خلال إيقاف تنفيذ العقد الإداري الدولي، حيث إنّ ذلك لا يؤثر في قيمة العقد وأهميته، فلا مجال للموازنة بين الصفة المؤقتة للقوة القاهرة وطول مدّة تنفيذ

(١) V. P. KHAN, Op.Cit, p.476

(٢) R. ALACHKAR, Op.Cit

مُشار إليه عند د. هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ٣٧.

العقد الإداري الدولي، وذلك مسايرةً لمتطلبات التجارة الدولية، حيث تبدو كقاعدة سلوكية لمواجهة بعض الظروف الصعبة التي قد يمرُّ بها العقد^(١).

و لقد أظهرت الممارسات العقدية في إطار التجارة الدولية العديد من الأمثلة عن شروط القوة القاهرة التي تفيد هذا المعنى:

- " في حالة القوة القاهرة..... أجل التوزيع أو إرجاع الملف التقني يمتدُّ بما يتناسب مع فترة القوة القاهرة^(٢)."
- " سوف يُوقف تنفيذ العقد طيلة مدة القوة القاهرة حتى عودة الأوضاع العادية^(٣)."
- " يوقف تنفيذ التزامات المتعاقدين في هذا العقد عندما يواجهون باستحالة تمنعهم من تنفيذ هذه الالتزامات^(٤)."

يظهر لنا من هذه الأمثلة مدى توجّه إرادة أطراف العقود الإدارية الدولية إلى جعل شروط القوة القاهرة، شروط مراجعة جزئية للعقد وليست شروط إنهاء له.

كذلك فإنّ مسألة وقف تنفيذ العقد بسبب حدث القوة القاهرة بصورة مؤقتة بانتظار وضع أفضل قد تعرّض لها قضاء التحكيم، وكذلك أشارت لها غرفة التجارة الدولية ICC في أحد أحكامها ذي الرقم (١٧٠٣) لعام ١٩٧١، حيث

(١) د. شريف محمد غنام ، مرجع سابق، ص ٣٢٣.

(٢) V. P. KHAN, Op.Cit, p.480.

(٣) د. شريف محمد غنام ، مرجع سابق، ص ٣٢٣.

(٤) د. شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص ٣٢٣.

إنَّه لا يترتب على حدث القوَّة القاهرة إعفاء المدين من تنفيذ التزاماته العقديَّة وفقاً لهذا الحكم، إنَّما إيقاف تنفيذ العقد بصورة مؤقتة حتى زوالها، نظراً لما تُمثِّله هذه العقود من أهميَّة كبيرة على مستوى التجارة الدوليَّة^(١).

كذلك فقد تضمن الشرط النَّمذجي للقوَّة القاهرة الذي أعدَّته غرفة التجارة الدوليَّة هذا الأثر، حيث نصَّت الفقرة السادسة منه على أنَّه: "في حالة ما إذا كان أثر العائق أو الحدث المُثار مؤقتاً، فإنَّ الآثار المذكورة في الفقرتين (٤) و(٥) لا تُطبَّق إلا طيلة فترة حصول القوَّة القاهرة التي منعت الطرف الذي يثيرها من تنفيذ التزاماته"^(٢).

ولقد تضمَّنت مبادئ القانون المُوحد الـ Unidroit وضع قيد زمني للقوَّة القاهرة، حيث نصَّت المادة (٧.١.٧) الفقرة (٢) على أنه: "في حالة الحدث المؤقت يسري الإعفاء خلال أجلٍ معقول مع الأخذ في الحسبان آثار هذا الحدث على تنفيذ العقد"^(٣).

وبالتالي فإنَّنا نجد أنَّه في إطار عقود التَّجارة الدوليَّة أن الاستحالة المؤقتة لتنفيذ العقد تُعدُّ القاعدة العامَّة، بخلاف ما هو عليه الحال في إطار القوانين الداخليَّة، والتي تُرتَّب إنهاء العقد كأثر عام للقوَّة القاهرة على تنفيذ العقود.

(١) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٣٨.

(٢) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٣٩.

(٣) المادة (٧-١-٧) الفقرة (٢): "عندما يكون العائق مؤقتاً فقط، يكون للإعفاء أثره في فترة معقولة تراعي عواقب العائق على أداء العقد. "مبادئ Unidroit المادة (٧.١.٧) الترجمة العربية عام ٢٠١٤، ص ١٦٥.

ب _ إعادة التفاوض كأثر للقوة القاهرة:

يعدُّ إعادة التفاوض في العقد كأثر للقوة القاهرة الحديثة في عقود التجارة الدولية مظهراً من مظاهر اقتراب هذه الأخيرة من شرط إعادة التفاوض، حيث يهدف المتعاقدان إلى الحفاظ على العقد إذا ما طرأت أثناء تنفيذه قوة القاهرة من خلال إعادة التفاوض بشأنه. فمن المعلوم أنَّ وقف تنفيذ العقد نتيجة القوة القاهرة في العقود الإدارية الدولية يؤدي إما إلى إعادة التفاوض بشأن العقد أو إنهائه.^(١)

وتشير شروط القوة القاهرة في العقود الإدارية الدولية إلى تبني المتعاقدين خيار إعادة التفاوض بشأن العقد، حيث قضى شرط من شروط القوة القاهرة بأنه: "في حالة القوة القاهرة إذا لم يستطع صاحب المشروع أو المفاوض تنفيذ الالتزامات كما نصَّ عليها العقد خلال ستة أشهر، فيتمُّ تشخيص آثار الحدث على العقد بالأخص فيما يتعلَّق بالثمن والآجال المطلوبة لتنفيذ الالتزامات"^(٢).

بالمقابل أقرَّت القرارات التحكيمية هذه الممارسة العقدية الخاصة بالقوة القاهرة، حيث قضت غرفة التجارة الدولية في قرارها رقم (٢٧٦٣) لعام ١٩٨٠ بخصوص النزاع بين شركة تركية (B) وشركة بلجيكية (A) ، حيث قامت شركة تركية بالتعاقد مع الحكومة الليبية لبناء جزءٍ من ميناء طرابلس عام ١٩٧٢، لتقوم بعد ذلك بإبرام عقد مقابلة لبعض جوانب المشروع المعهود به إليها مع الشركة البلجيكية (A) ، وبعد العثور على كمية كبيرة من الألغام

مُشار إليه عند: د. هني عبد اللطيف ، مرجع سابق، R. ALACHKAR, Op.Cit^(١) ص ٤٠.

(٢) V. P. KHAN, Op.Cit, p, 483

أكثر مما توقعه الطرفان في عقدهما، أثر ذلك في التزامات (A) التي طالبت بإنهاء العقد الأمر الذي رفضته محكمة التحكيم، حيث إن المحكمة وإن أقرت بوجود قوة القاهرة إلا أنها قضت بأنه يجب ألا يؤثر حدث القوة القاهرة سلباً على تنفيذ العقد مقرر (١) بأنه: "في هذا الإطار لا يمكن القول إن (A) مذنبه بانتهاكات جدية للالتزامات العقدية، بطريقة تُبرر إنهاء العقد من قبل (B)، فمن جهة في ظلّ عدم اكتشاف الألغام المغمورة أسفل الميناء، والذي تعرّض لعدة عمليات قصفٍ أثناء الحرب، الأمر الذي يُشكّل ظرفاً متوقعاً، لكن أهمية وكمية الألغام المكتشفة كانت أكبر مما توقعه الأطراف، وهذا يبدو جلياً من خلال مراسلة الأطراف والحكومة الليبية أو ممثليها، وكذلك من خلال أول اللقاءات التي جمعت الأطراف بالمهندس الاستشاري، والذين أكدوا عدّة مرات على طابع القوة القاهرة لاكتشاف الألغام، ومن جهة أخرى، وفي سبيل حلّ الاشكال المطروح من قبلهم في اكتشاف وإزالة الألغام، فإن (A) أثبتت أنها قامت بعملها وفق اجتهاد واتباع لتعليمات المهندس الاستشاري، التي قدمها في عقدٍ لشركة متخصصة، والتي تسمح بإزالة عوائق التجريف في أجلٍ مقبول، وبناء على ذلك ليس ل (A) فسخ العقد في هذا الإطار" (٢).

كما أنّ التوجه العصريّ في تقريب مفهوم القوّة القاهرة الحديثة من مفهوم إعادة التفاوض قد لقي قبولاً من الفقه، فقد عمل بعض الأساتذة على تصنيف شروط القوّة القاهرة في الخانة نفسها مع شرط إعادة التفاوض لدى دراستهم الشروط المنظمة لمسألة تغيير ظروف تنفيذ العقد الإداري الدولي، حيث يرى

(١) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٤١.

(٢) Sentence ICC N° 2763, Rec. Arb.sen., de la ICC, 1974-1986, version anglaise.

الأستاذ Pascal أنَّ تقسيم الشروط الخاصة بهذه المسألة يجب أن يتمَّ على أساس الإجراء الذي اتَّفَق أطراف العقد على إعماله من أجل الاستمرار في تنفيذ العقد في حالة تغيُّر ظروف تنفيذه مما يسمح بتمييز ثلاثة أنواع من الشروط: ^(١)

- الشروط التي هدفها إعادة التفاوض بشأن العقد.
- الشروط التي من أثرها إعادة التفاوض بشأن العقد.
- الشروط التي هدفها تعديل العقد من دون اللجوء إلى إعادة التفاوض ^(٢).

ولقد عدَّ ضمن النوع الأول من الشروط شرطيَّ إعادة التفاوض Hardship والقوَّة القاهرة، حيث يعتقد أنَّ شروط إعادة التفاوض تعتبر الميدان الأبرز الذي تتجلَّى فيه فكرة إعادة التفاوض، تليها شروط القوَّة القاهرة، على فرض أنَّ " القوَّة القاهرة يمكن أن تقترب من إعادة التفاوض من خلال الآلية المتوخاة للحفاظ على العقد من قبل أطراف العقد، وهذا ما يُترجم عن طريق إعادة التفاوض، إما عقب القوَّة القاهرة التي تُسبب استحالة التنفيذ أو في حالة استمرار هذه الاستحالة ". ^(٣)

وعلى الرغم من تقارب المفهوم الحديث للقوَّة القاهرة من شرط إعادة التفاوض من حيث الآثار المترتبة على كلٍّ منهما، إلا أنَّ الفقه لازال يفرق بينهما من خلال عدد من النِّقاط التي سنتناولها في الفقرة الآتية.

(١) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٤٢.

(٢) P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit,p131.

(٣) P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit,P132.

ثانياً_ أوجه الاختلاف بين القوّة القاهرة وشرط إعادة التفاوض.

على الرغم من تقارب المفهوم الحديث للقوّة القاهرة من مفهوم شرط إعادة التفاوض تلبيّة للحاجات المُتجدّدة للتجارة الدّولية، فقد سعى الفقه للبحث عن أساسٍ نظريٍّ للتفرقة بينهما، والارتكاز في ذلك على الممارسة التحكيمية في هذا الشأن.

١_ الأساس النظريّ للتفرقة بين القوة القاهرة وإعادة التفاوض:

في الحقيقة لقد بيّن الأستاذ Reine أنّ التفرقة النظرية بين المفهومين تستند إلى كلّ من أثر الحدث على العقد، والهدف الذي تسعى إليه كلّ من القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض.^(١)

أ_ التفرقة على أساس أثر الحدث على العقد:

يرى الأستاذ P.Van Ommeslaghe أنّ التقارب بين مفهومي إعادة التفاوض والقوّة القاهرة يعود إلى التّوسّع المُستحدث في مفهوم القوة القاهرة، ما يقتضي ضرورة وضع ضوابط لدراستها، حيث إنّ إطار شروط القوّة القاهرة يتضمن فرضيات أنّ الحدث خارج عن مجال رقابة والأطراف وتوقعهم، ما يؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مستحيلاً، بينما شرط إعادة التفاوض Hardship يسعى إلى ضبط الآثار المتغيرة والعميقة للشروط الاقتصادية التي اختلفت توازنها في العقد.

(١)R. ALACHKAR, Op.Cit,P73.

مُشار إليه عند د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٤٤.

وفي الحقيقة لمن المهم التفرقة تفرقةً صحيحةً بين أسلوبَي القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض، من خلال التعريفات المختلفة لشروط تطبيقهما من جانب، ومن جانب آخر آثارهما المختلفة على العلاقات بين الأطراف، لذا فإنَّ العديد من العقود الإدارية الدولية تميز بين الأسلوبين وتخضعهما إلى شروط مختلفة.^(١)

واستناداً لذلك فإنَّ القوة القاهرة تُوقف استمرارية تنفيذ العقد من دون المساس حتماً بتوازن الأداءات العقدية كقاعدة عامة، بغضِّ النظر عن خاصية استحالة التنفيذ الناتجة عنها سواء كانت دائمةً أو مؤقتةً، حيث يرى الأستاذ Reine " إنَّ شرط القوة القاهرة يمنع حتماً استمرار تنفيذ العقد من دون أن يؤدي بالضرورة إلى الاخلال بتوازن الأداءات المتقابلة، فالأصل أنَّ مجال شرط القوة القاهرة لا يجب أن يشمل إلى جانب استحالة التنفيذ المطلقة، الحالة التي يصير فيها التنفيذ مرهقاً فقط.... أما شرط إعادة التفاوض Hardship لا يمثل حالة عدم التنفيذ بل حالة معالجة صعوبات التنفيذ".^(٢)

وما يعزّز هذه التفرقة النظرية بين القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض، التفرقة التي أقامتها غرفة التجارة الدولية ICC في شروطها النموذجية المنظمة لمسألة تغيير ظروف تنفيذ العقد لعام ٢٠٠٣، حيث خصّصت لكلِّ

(١) P. VANOMMESLAGHE, The clauses of force majeure and hardship in international contracts, R.I.D.C, 1980,P73.

(٢)R. ALACHKAR, Op.Cit,P73 مُشار إليه عند د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٤٥.

من القوة القاهرة و شرط إعادة التفاوض فصلاً منفصلاً عن الآخر، وقد حمل دليل هذه الشروط عنوان " شرط القوة القاهرة وإعادة التفاوض" ^(١).

فضلاً عن أنَّ مبادئ القانون الموحد Unidroit عند تناولها لمفهومي القوة القاهرة وإعادة التفاوض وضعتهما في إطار نظامٍ قانونيٍّ منفصل، حيث تناولت القوة القاهرة عبر الفقرة (٠٧) المعنونة بعدم التنفيذ، أما شرط إعادة التفاوض فقد تناولته من خلال نص المادة (٠٦) تحت عنوان شرط إعادة التفاوض.

وفي الحقيقة إننا نؤيد هذا الرأي الذي يقول إنَّ الحدث المُسبب للقوة القاهرة هو الذي من شأنه أن يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزامات العقدية، في حين أن الحدث المؤدّي إلى إعمال شرط إعادة التفاوض هو الحدث الذي من شأنه إخلال التوازن الاقتصادي للعقد، وهو تمييز تقتضيه منا دراستنا وتوصيفنا القانوني للحدث بغض النظر عن البعد الذي يأخذه بالنسبة إلى أطراف العقود الإدارية الدولية.

بـ هدف كل من القوة القاهرة وإعادة التفاوض:

في الحقيقة إنَّ الممارسات التعاقدية في مجال التجارة الدولية هي التي أدت إلى التقريب بين مفهومي شرط إعادة التفاوض و شرط القوة القاهرة، حيث عملت على توسيع مفهوم القوة القاهرة في سبيل الحفاظ على العلاقة العقدية، لأهمية ما تُمثّله هذه العلاقة من ثقل اقتصادي ^(٢).

(^١) ICC 2003, force majeure clause, hardship clause, Pub. ICC 2003.

(^٢) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٤٥.

لكنّ ذلك لا يتعارض مع حقيقة أنّ دراسة القوة القاهرة لا تخرج من إطار دراسة المسؤولية عن عدم التنفيذ، وهو ما توضّحه النصوص المنظمة للتجارة الدوليّة، ومن ذلك ما جاءت به اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ بصريح نص المادة (٧٩) والتي تناولت حالات الإعفاء بسبب عدم تنفيذ الالتزامات لظروف غير متوقّعة،^(١) كذلك فإن مبادئ القانون الموحد Unidroit نصّت من خلال المادة (٧.١.٧) على مسألة عدم خروج القوة القاهرة عن نطاق الإعفاء لعدم تنفيذ الالتزامات، حيث جاء في النص : " يُعفى من آثار عدم التنفيذ المدين الذي يثبت أنّ ذلك يعود إلى حادث خارج عن نطاق رقابته، والذي من غير المعقول أن يأخذه في الحسبان وقت انعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه توقعه أو تجاوزه أو توقع أو تجاوز آثاره ".^(٢)

وتعزيزاً لما تقدّم فقد أشار الفقه إلى ظهور ميل في قانون التجارة الدوليّة إلى استخدام مفهوم " أسباب الإعفاء " كبديل لمفهوم القوة القاهرة، حيث وفي إطار مُلتقى خاص بمعالجة مشكلة طول عقدٍ دولي،^(٣) والذي ورد فيه شرط قوّة قاهرة كالتالي " البند (١٠) حالة القوّة القاهرة:

(١) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٤٦.

(٢) V. Unidroit principles, Rev.dr.unif, 2004/1. p. 165

(٣) عُقد هذا المُلتقى لمناقشة " كَيْفِيَّةُ التفاوض في عقد دولي طويل الأجل "، وذلك من خلال مناقشات عدة أساتذة لبنود عقد تموين مبرم لمدة (٥) سنوات بين JONSON وSONSMITH CHEMIE الخاص بتوريد حمض السلفريك How to negotiate a long-term international contract, DPCI, T.5, p.16 مُشار إليه عند د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٤٧.

" ١٠.١ _ في جميع حالات القوة القاهرة أو الحالات المُشابهة والتي تطرأ في فترة التعاقد يُعفى الطرف المعني من أي مسؤولية، ويوقف تنفيذ التزاماته طيلة مدة تأثير هذه القوة القاهرة، وعلى الطرف الذي يستحيل عليه تنفيذ التزاماته جرّاءها أن يخطر الطرف الآخر فوراً عن طريق رسالة موصى عليها.

١٠.٢ _ تُعدّ في مفهوم هذا العقد قوّة قاهرة إضافة إلى الحالات التي يُقرها القضاء، الأزمات السياسية الاقتصادية الاجتماعية التي تشهدها الدول المُنتجة أو الدول المستوردة والتي تؤدي إلى وقف أو عدم كفاية التموينات العادية الخاصة بالطاقة، أو النقل لأي سبب سواء كان غلقاً أو إضراباً كلياً أو جزئياً، وسواء كان ذلك بسبب المستخدم أو الشركات أو بسبب ممّونها، فضلاً عن الحوادث العامة أيّاً كانت سواء تعطلّ الآلات أو التجهيزات أو الحرائق أو الانفجارات أو حوادث النقل أو أي حادث مشابه خارج عن إرادة الأطراف أو تأثيرهم، من شأنه عرقلة السير الحسن لعملية التمويل أو عملية الإنتاج أو التوزيع.

١٠. ٣ _ تُوقف آثار العقد طيلة فترة القوة القاهرة حتى العودة إلى الحالة الطبيعيّة، على ألا يتمّ تمديد فترة وقف التنفيذ أكثر مما هو مُفترض.

١٠. ٤_ إذا لم تستطع شركة Jonsons في حالة القوّة القاهرة الالتزام بتوزيع حمض السلفريك، فإنّها تتعهد مع مصانع أخرى من أجل توفير الكميات اللازمة ضمن شروط يُتفق عليها مع هؤلاء^(١).

ويعلّق الأستاذ Reine على ذلك بقوله: " إذا كان شرط القوّة القاهرة يصلح لأن يكون قاعدة لإعادة التفاوض بشأن العقد فإنه قبل ذلك يكون شرط إعفاء، في حين تُعدّ شروط إعادة التفاوض ال Hardship شروطاً تقضي إلى إعادة التفاوض بامتياز، فهدف هذه الأخيرة هو خلق التزام بإعادة التفاوض بسبب حوادث جديدة، في حين أنّ شرط القوّة القاهرة وإن كان لا يطرح إشكالاً بخصوص ازدواجيّة التطبيق في حال ترتيبه للالتزام بإعادة التفاوض، فإنّه يطرحه في الحالات المؤسّسة للقوّة القاهرة، حيث إنّ المفهوم المرن للاستحالة لا ينفي الحالات الموصوفة بالصعوبة"^(٢).

بناءً على ما سبق فإنّ مسألة تقارب مفهومي القوّة القاهرة وإعادة التفاوض، تؤدي إلى التساؤل عن كيفية التفرقة بين التنفيذ المرهق المؤدي إلى القوّة القاهرة والتنفيذ المرهق المؤدي إلى إعادة التفاوض؟ ، لابل إنّ أهمية التفرقة تبرز أكثر برأي الأستاذ Reine فيما تمنحه حالة التقارب بين المفهومين لأحد أطراف العقد من حريّة المفاضلة للتمسك بأحدهما،^(٣) حيث

(^١)How to negotiate a long-term international contract, DPCI, T.5, مُشار إليه عند د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٤٨.٠٢٤

(^٢)R. ALACHKAR Op.Cit,P76 مرجع هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٤٩.

(^٣)R. ALACHKAR, Op.Cit P76.

مُشار إليه عند د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٥٠.

يقول: " إنَّ المسألة تصعب أكثر في حالة الغياب المطلق للتفرقة بين نوعي التنفيذ المرهق، أي المؤسس للقوة القاهرة والمؤسس لإعادة التفاوض، حيث يمكن أن يؤدي ذلك إلى إساءة استعمال الشرطين، حيث يُخشى من أنَّ الطرف المتضرر من حالة تغيّر ظروف تنفيذ العقد يحاول إثارة حدث ال Hardship لأجل أعمال إعادة التفاوض، بينما يعمل الطرف المستفيد من هذا التغيّر للحفاظ على الامتيازات مُطالباً بوقف تنفيذ العقد بسبب القوة القاهرة.^(١)

وهو ما لاحظته أيضاً الأستاذ TROCHU بشأن عقد التموين السابق ذكره والمبرم بين شركة JONSONS وشركتي Sonsmith-Hernnchmie، حيث لاحظ خطأً في بنوده بين شرط القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض، حيث نصَّ الشرط^(٢) على أنّه: "في حالة ما إذا طرأت حوادث غير متوقّعة أو ليست كما توقّعها الأطراف كالتغيير في الرسوم أو الحقوق أو التكاليف، مهما كانت طبيعتها طبقاً للفقرة (٤.١.٧)، والتي تؤدي إلى الإخلال بالأسس الاقتصادية لهذا العقد مسببةً ضرراً لأحد الأطراف، فعلى الأطراف الاتفاق وطبقاً لنفس الروح التي أبرم فيها العقد على إقرار

مُشار إليه عبد اللطيف، هني، مرجع سابق، ص 77، R. ALACHKAR, Op.Cit,P77^(١)
٥٠.

^(٢) سبق تبين هذا الشرط في الصفحة السابقة.

التعديلات الضرورية، و في حالة عدم الاتفاق يتمّ اللجوء إلى التحكيم من غير المساس بالأحكام المبينة أدناه الخاصة بالقوة القاهرة^(١).

فمن خلال المقارنة التي أجراها الأستاذ TROCHU خلص إلى أنّ الخلط بين شرطيّ القوة القاهرة وإعادة التفاوض، سيؤدّي إلى مطالبة الطرف المتضرّر من تغيّر ظروف تنفيذ العقد لإعمال إعادة التفاوض، بينما يتمسك الطرف المستفيد من هذه الوضعيّة بمفهوم القوة القاهرة^(٢).

فضلاً عن أنّ الحديث عن معيارٍ مرجعيّ للفرقة بين المفهومين، والمُستند إلى أنّ القوة القاهرة تعتمد على الوقف الجزئيّ لتنفيذ العقد، بينما إعادة التفاوض يقوم على مفهوم اختلال توازن العقد، يؤدي إلى جدلٍ عقيم، حيث إنّ الوقف الجزئيّ يكون نتاج اختلال توازن العقد.

في الحقيقة و رغم ما يتبدّى من صعوبة التمييز في بعض الحالات، بين الحوادث المؤسّسة للقوة القاهرة والحوادث المؤسّسة لشرط إعادة التفاوض، إلّا أنّنا نعتقد أنّ حل هذه المشكلة يتمثّل بصورة أساسيّة، في حُسن ودقّة صياغة العقود الإداريّة الدوليّة، والتأكيد على أنّ الحوادث المُنشئة للقوة القاهرة هي التي من شأنها أن تؤدي إلى استحالة استمرارية التنفيذ بشكل كامل، وأن يكون ذلك بيّناً وصريحاً في نصوص العقد، أما إذا أدى الحادث لاختلالٍ

(^١)How to negotiate a long-term international contract, DPCI, T.5, مُشار إليه عند د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٥٠ p26

(^٢)M,TROCHU, Intervention on 'The problem of the long term', in 'How to negotiate a long-term contract', p.150.

بالتوازن الاقتصادي للعقد اختلالاً كبيراً متجاوزاً الحدود المعقولة، فيعدُّ باعثاً لإعادة التفاوض.

وهذا ما يؤدي إلى أنَّه نتيجةً لعدم وضوح التفرقة بين مفهوم القوَّة القاهرة وإعادة التفاوض كونهما نتاج الممارسة العقدية، فلا بُدَّ من الرجوع للقرارات التحكيمية الصادرة في هذا الشأن لاستجلاء هذا الغموض وهو ما سنقوم به تالياً.

٢_ التفرقة بين القوَّة القاهرة وشرط إعادة التفاوض على أساس الممارسة التحكيمية:

تكرّس الممارسة التحكيمية التمييز بين مفهومي القوَّة القاهرة وشرط إعادة التفاوض،^(١) حيث تعمل على عدم الخلط بين اختلال اقتصاد العقد من جهة وحالة إعفاء المدين من أداء التزاماته من جهة أخرى، وذلك استناداً إلى صفة متعاملي التجارة الدولية وخبرتهم الكبيرة في هذا الميدان.

أ_ عدم الخلط بين مفهومي القوَّة القاهرة وإعادة التفاوض:

إنَّ الممارسة التحكيمية توضّح احترام قضاء التحكيم لإرادة أطراف العقد الصريحة، وذلك للحكم وفق شرط إعادة التفاوض أو وفق شرط القوَّة القاهرة^(٢)، مبيّنة أنَّ التمييز بينهما يتمُّ من خلال التعرُّض إلى مفهوم القوَّة القاهرة. حيث نصّت غرفة التجارة الدولية في قرارها رقم (٢٦٧٣) على

مُشار إليه عند د. هني عبد اللطيف، مرجع R. ALACHKAR, Op.Cit,P78^(١) سابق، ص ٥١

(٢) المرجع السابق، ص ٥١.

المفهوم الضيق للقوة القاهرة، وذلك استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة حيث أشارت إلى أن: "ضرورة احترام استقرار المعاملات التجارية يتعارض مع مراجعة العقد بسبب أحداثٍ تلي إبرامه، مالم تتعلق هذه الأحداث بقوة القاهرة." (١)

نفهم من هذا القرار أنّ الطرف المضرور من تغيّر ظروف تنفيذ العقد، لا يستطيع أن يحتجّ في هذه المسألة بدعوى القوة القاهرة مالم يؤدّ ذلك إلى استحالة تنفيذ التزاماته، فلا يستطيع الاعتماد بصيرورة التنفيذ مرهقاً بناءً على القوة القاهرة، أما إعادة التفاوض كشرطٍ قانوني لا تقوم على استحالة التنفيذ.

كذلك وضّحت غرفة التجارة الدوليّة مفهوم استحالة التنفيذ كأثرٍ للقوة القاهرة في قرارها (٢٢١٦)، وذلك في خلافٍ حاصلٍ بين شركة نرويجية وإحدى الدول المصدّرة للنفط عام ١٩٧٤، حيث فصلت الحدث المؤسس للقوة القاهرة على أنه: "من المتعارف عليه أنّ حدث القوة القاهرة هو حدث تتوافر فيه صفات عدم التوقع... وعدم التحمّل..." (٢)، أي عدم امكانية تحمّله ما يؤدي لاستحالة التنفيذ.

وبالتالي نستنتج أنه وفي غياب تعبيرٍ صريحٍ من المتعاقدين فإن قضاء التحكيم يعدّ مفهوم القوة القاهرة مستنداً على فرض استحالة التنفيذ، لا أن يصبح هذا التنفيذ مرهقاً بسبب القوة القاهرة، نظراً إلى طبيعة مُعاملتي التجارة الدولية القائمة على الخبرة والتخصص بهذه العقود.

مُشار إليه عند د. هني عبد اللطيف، مرجع R. ALACHKAR, Op.Cit, P79 (١)
سابق، ص ٥٢.

(٢) V. ICC No. 2216/1973, Rec. Arb.sen., ICC, 1974-1986, p.225.

ب_ صفة متعاملي التجارة الدولية:

إنَّ سمة الاحتراف والتخصّص التي يتميز بها أطراف العقود الإداريّة الدوليّة، تُعدُّ دليلاً مُفترضاً على توقّعهم جميع الظروف التي قد تلامس علاقتهم العقدية مستقبلاً، وذلك عند إبرام هذه العقود ما يلزمهم أن يُنظموا تلك العلاقة منذ الإبرام بكثير من الحذر والتفصيل.

واستناداً لذلك فإنَّ عدم قيام أطراف العقد بتنظيم مسألة تغيير ظروف تنفيذه يُفسّر على أنه صمت إرادي، واستناداً لذلك فإنَّ قضاء التحكيم قد قضى بعدم تطبيق مسألة تغيير ظروف تنفيذ العقد في بعض أحكامه، ومن ذلك ما قضت به غرفة التجارة الدوليّة في حكمها رقم (١٩٩٠) لعام ١٩٧٢^(١)، حيثُ تمَّ رفض عدّ التنفيذ المرهق للالتزامات العقدية كأساس للقوة القاهرة، مُبررةً ذلك بعدم النصّ على هذه الحالة في حالات إنهاء العقد من قبل الأطراف عند إبرامه.

إلا أننا نعتقد أنّه وعلى الرغم من الخبرة الفنيّة والدراية الكبيرة المتوجب توافرها بطبيعة الحال في أطراف العقود الإداريّة الدوليّة، فمن الواجب على هيئة التحكيم أن تأخذ في الحسبان القوة القاهرة، كمانع من موانع تنفيذ العقد إذا ما توافرت ظروفها، وإن لم يُشر لها نصّ العقد، وأهمُّ هذه الشّروط هو الوصول للاستحالة المطلقة للتنفيذ، في حين أنّ شرط إعادة التفاوض يبقى الملجأ الأفضل في حال اختلال توازن العقد، بغية الحفاظ على الهدف

(^١) ICC t No. 1990/1972 Rec. Arb.sen., ICC, 1974-1986, p 199.

الاقتصاديّ منه، والعمل على تفادي الآثار الفادحة الناتجة عن عدم تنفيذ العقد.

الفرع الثاني

فكرة إعادة التفاوض وباقي شروط تعديل العقد

أنتجت الممارسات العقدية العديد من الشروط التي يسعى من خلالها أطراف العقود الإدارية الدولية إلى مواجهة مشكلة تغيّر ظروف تنفيذ العقد، واضعين نصب أعينهم غاية الحفاظ على العقد. وبالتالي سنعمل على توضيح مفهوم شروط تعديل العقد، ثمّ بيان نقاط الاختلاف بين هذه الشروط و شرط إعادة التفاوض، ثمّ نُظهرُ أهميّة التكامل بين هذه الشروط و شرط إعادة التفاوض.

أولاً_ مفهوم شروط تعديل العقد:

أنتج الواقع التعاقدى للعقود الإداريّة الدولية العديد من الشروط العقدية التي تسعى لمواجهة تغيّر ظروف تنفيذ العقد، والتي تُقسم بشكل عامٍ إلى قسمين شروط التعديل التلقائي للعقد، و شروط مراجعة العقد.

١- شروط التعديل التلقائي للعقد:

تُعرَّف شروط التعديل التلقائي للعقد بأنها: " عملية تعديل لشروط العقد الأصلي بشكل تلقائي دون تدخل مباشر من قبل الأطراف بسبب تغيّر حاصل في ظروف التنفيذ"^(١).

حيث تسعى هذه الشروط لتعديل العقد دون تدخل الأطراف أثناء عملية التعديل^(٢) على أساس " التوقع مسبقاً من خلال شرط تعاقدى أنّ ديناً يكون نقدياً، يتزايد آلياً وتناسيباً مع عنصر مرجعيّ يختاره الأطراف يُسمّى المؤشّر، بحيث إنّ آثار تغيّر الظروف على العقد تُضبطُ من قبل الأطراف، حيث يمكنهم عند إبرام العقد إقرار التعديلات التي يجب عليهم إجراؤها عند إعماله، فهي آليّة معلّقة"^(٣).

فهذه الصيغة الآليّة في التعديل تعمل على أساس إحلال التزام أو أداءٍ عقدي جديد محل الأصلي المنصوص عليه في العقد، والذي جعل منه تغيّر المؤشّر أداءً من غير فائدة، ما يؤدي بدوره إلى التقليل من احتمالات نشوء نزاع بين أطراف العقد حول كيفية معالجة مسألة تغيّر ظروف تنفيذ العقد.^(٤)

وينطوي تحت إطار شروط التعديل التلقائي للعقد أنواع عدّة من الشروط، كشرط الإبقاء على أساس المؤشّر، وشرط الإبقاء على القيمة رغم تغيّر

(١) P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit, P120,

مُشار إليه عند د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٥٤.

(٢) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٨.

(٣) R. ALACHKAR, Op.Cit, P88

مُشار إليه د. عبد اللطيف، هني، مرجع سابق، ص ٥٥.

(٤) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٥٦.

العملة، وشرط مراجعة الثمن الأكثر انتشاراً في العقود الإدارية الدولية^(١)، والذي يتم من خلال تعديل الثمن مباشرة من دون وسيط من خلال إجراء حسابي، حيثُ تربط علاقة بين عنصرٍ متغيّرٍ من عناصر العقد وعنصرٍ مرجعي يختاره الأطراف، مع وجود نظامٍ للتعديل هو الذي ينظّم هذه العلاقة.

من خلال ما تقدّم يتبيّن لنا أنّ شروط التعديل التلقائي للعقد، تقوم على أساس استبعاد تدخّل أطراف العقد الإداريّ الدولي إذا ما طرأت حوادث استثنائية في مرحلة التنفيذ، باعتماد آلية مسبقة عند إبرام العقد من شأنها معالجة هذا التغيير في ظروف تنفيذ العقد.

وفي الحقيقة أنّه رغم الدور المهم الذي تتسم به شروط التعديل التلقائي للعقد في الحفاظ على توازن العقد عند اختلاله، و ذلك بصورة آلية تلقائية لا يد لأطرافه فيها، إلا أنها برأينا تتسم بشيء من الجمود و عدم المرونة. من هنا نعتقد بعدم كفايتها لوحدها كوسيلة لضبط التغيّرات التي قد تصيب العقود الإدارية الدولية التي تتصف بطول مدّتها، خاصّة في عالم يتّسم بالمتغيّرات والتبدلات والتطوّرات المتسارعة على الصّعد كافة.

٢_ شروط مراجعة العقد:

هي شروط تسمح بتعديل العقد طبقاً لعمليات تجارية مشابهة.^(٢) ويتمثّل الفرق بين هذه الشروط و شروط التعديل التلقائي للعقد في غياب مؤشرٍ يُجرى

(١) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٨١.

مُشار إليه عند د. هني عبد اللطيف، مرجع R. ALACHKAR, Op.Cit, P89 (٢) سابق، ص ٥٧.

على أساسه تعديل العقد بشكلٍ تلقائي في حالة تغيّر ظروف تنفيذه. هذا ولقد أشارت غرفة التجارة الدوليّة إلى هذا الفرق في قرارها رقم ٣٣٤٤ لعام ١٩٨١ بين شركتين عامتين جزائرية ومغربية بخصوص عقدٍ نفطي^(١)، والذي نصّ على أن: "أ_ شرط المراجعة المُشارُ إليه صراحةً في رسالة الاتفاق رقم ٢ يفرض كقاعدة، الحق في إجراء تعديل يزيد أو يُنقص من الثمن المؤقت، على عكس شرط الإبقاء على أساس مؤشّر الذي يفترض لتطبيقه وضع آليات مسبقة ذات طبيعة موضوعية، حيث يؤدي أعمالها إلى التعديل التلقائي للنتيجة الأصلية، والتي تؤدي إلى الحل الحسابي الوحيد والممكن".^(٢)

وتقسم شروط المراجعة إلى نوعين: الأول يسمى شروط المراجعة الجزئية، والتي تسمح لأطراف العقد بمراجعة نوع محدد من شروط العقد دون غيرها، والنوع الثاني يتمثّل في شروط المراجعة العامة، والتي تسمح للأطراف بالالتقاء إلى مناقشة الصعوبات التي يواجهها تنفيذ العقد، وبعد شرط إعادة التفاوض العمود الفقريّ لها.^(٣)

ويندرج ضمن شروط المراجعة العديد من الشروط، و كأمثلة عليها:

(١) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٥٣١.

(٢) V. ICC No. 3344/1981, Rec.sen.arb, ICC 1974-1985, p.442.

(٣) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٨٢.

• شرط الحقّ الحكومي، والذي تفرض فيه الشركات النفطية على مشتريها في عقود التموين أيّ زيادة في سعر النفط من قبل الدول المنتجة.^(١)

• شرط الزبون الأكثر تفضيلاً وهو شرطٌ يتعهد من خلاله أحد المتعاقدين بمنح المتعاقد الآخر شروطاً تفضيلية بالمقارنة مع ما يمنحه إلى الغير في عقد مشابه^(٢).

هذا ويُدرج شرط إعادة التفاوض ضمن شروط التعديل، وإن كان بعض الفقه يرى أنّ شروط التعديل العامة وشروط الحماية وشروط المراجعة، كلها تُعرف اليوم بشرط إعادة التفاوض الـ Hardship^(٣)، لكن جانباً آخر من الفقه، كما هو حال الأستاذ M.Fontaine يرى خلاف ذلك، حيثُ يقول: "أحياناً يستخدم محررو الشروط، شرط الظروف الطارئة، وشرط الحماية، وشرط العدالة، ولا يوجد أي من هذه التعبيرات المقترحة ما يصف بشكل صحيح محتوى الشرط"^(٤).

واستناداً إلى ما تقدّم فإنّ كثرة الشروط العقدية المنظمة لمسألة تغيير ظروف تنفيذ العقد، تعود بشكلٍ أساسي لطغيان مبدأ سلطان الإرادة في المعاملات التجارية الدوليّة، و هو ما دفع الفقه للتمييز بينها وبين فكرة إعادة التفاوض.

مُشار إليه عند د. هني عبد اللطيف، مرجع R. ALACHKAR, Op.Cit, P89^(١) سابق، ص ٥٨.

^(٢)V. M. FONTAINE, International Contract Law, FEDUCI, p.296.

مُشار إليه هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٥٩

^(٣) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٥٩.

^(٤) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٧٨.

بناءً على ما سبق فإننا نرى أنَّ كل شرط يضعه أطراف العقد من شأنه إعادة النظر في طريقة تنفيذ العقد وفي بعض شروط إبرامه، نتيجة ظروف مستجدة، وسواء أكان شرط المراجعة عاماً أم جزئياً، فإنه يُعدُّ شرطاً لإعادة التفاوض؛ وذلك لأنه يعيد صياغة بعض شروط هذا العقد بصورة مغايرة لها عند إبرامه، وهو بطبيعة الحال الدّور الذي وُجد لأجله شرط إعادة التفاوض.

ثانياً _ تمييز فكرة إعادة التفاوض عن باقي شروط تعديل العقد:

إنَّ ما يميّز فكرة إعادة التفاوض أنَّها تؤدّي لترتيب التزام بإعادة التفاوض حال حدوث تغييرٍ في ظروف تنفيذ العقد، من دون أن يؤدّي ذلك بالضرورة إلى تعديل شروط العقد بعد إعادة التفاوض بشأنه.

هذا وللتمييز بين فكرة إعادة التفاوض من جانب و بين بقية شروط تعديل العقد من جانب آخر، فإنَّ ذلك يقتضي ممّا البحث في الحوادث والأوضاع المشمولة من هذه الشروط مقارنةً بشرط إعادة التفاوض، ثمَّ إذا ما كانت شروط التعديل ذاتها تُرتبُ التزاماً بإعادة التفاوض من عدمه.

١ _ التفرقة من حيث الحوادث المُخلّة بتوازن العقد:

إنَّ إمكانية أطراف العقد على تحديد المخاطر التي قد تواجه تنفيذ عقدهم، تُمكنهم من اختيار الآلية الأكثر فعالية لمواجهة التغيّر المتوقّع في ظروف التنفيذ، وهو ما دفع الفقه إلى تقسيم المخاطر التي تواجهها هذه العقود إلى نوعين من المخاطر.

أ_ الحوادث والأخطار الخاصة:

المخاطر الخاصة كما يُعرّفها الأستاذ Pascal هي تلك "المخاطر التي يتعرّض لها الأطراف بالتحديد وفق مسميات اقتصادية ومالية والتي تُخلّ بتوازن العقد، حيثُ تتعلّق بتغيّر نقدي أو تغيّر في العملات الرسمية، بمعنى أنّ أثر الحدث مُقدّر ومحسوب بمصطلحات اقتصادية^(١)"، وتواجه هذه الأخطار الخاصة بشكلٍ عام عن طريق شروط التعديل التلقائي للعقد، غير أنّ هذه الشروط غير قادرة على مواجهة المخاطر الاقتصادية والمالية كافة، حيث إنّ هناك صعوبات قد تواجه هذه العقود و تخصّ محلّه كما هو الحال في عقود نقل التكنولوجيا، والتي تعجز شروط التعديل التلقائي التقليدية عن معالجتها كون تغيّر الظروف في هذه العقود قد يمسّ التقنيّة المُراد نقلها.^(٢)

لذا ظهر شرط الإبقاء على أساس المؤشّر الخاص بالتطوّر التقني، والذي يسمح للمستأجر أن يفرض على المؤجّر أن يضع تحت تصرّفه في أي وقت آلات أكثر حداثة، إذا ما أصاب القدم الآلات والوسائل المؤجرة.^(٣)

ب_ الحوادث العامة:

إنّ شروط التعديل التلقائي للعقد تُعد قاصرة تماماً عن الإحاطة بمختلف المخاطر والظروف التي قد تواجه تنفيذ العلاقة العقدية، خاصةً أنّه ويتطور

مُشار إليه عند د. هني عبد .P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit, p120.^(١)
اللطيف، مرجع سابق، ص ٦١.

^(٢)د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٦٢.

^(٣)R. ALACHKAR, Op.Cit,P92

مُشار إليه عند د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق ، ص ٦٢.

الزمن والتكنولوجيا يظهر استحالة الإحاطة التامة والمطلقة بمختلف الظروف المستجدة التي قد تؤثر في آلية تنفيذ العقود الإدارية الدولية.

واستناداً لذلك فإن مجرد احتمال وقوع حدث يؤثر على تنفيذ العقد وإن لم يكن محدداً، من شأنه أن يدفع أطراف العقد إلى محاولة توقع أيّ تغييرات أساسية في ظروف تنفيذه المحددة مسبقاً^(١)، وهو ما أدى بدوره لظهور أسلوب أكثر مرونة في مواجهة تغيير ظروف التنفيذ العقدية والمتمثلة بشرط إعادة التفاوض الـ Hardship، حيث إنّ خاصية المرونة التي تتميز بها هذه الوسيلة هي التي أدت لظهورها كأسلوب فريد لمواجهة تغيير ظروف تنفيذ العقود الإدارية الدولية. فضلاً عن أنها تنفادي الجمود وعدم المرونة التي تنسم بها شروط التعديل التلقائي للعقد، معطية الفرصة لأطراف العقد لإعادة تحويله و تعديله، ليصبح أكثر مواءمة لمصالحهم و لمقتضيات العدالة التي بني عليها هذا العقد عند إبرامه، إضافةً إلى أنه يستمد وجوده من مبدأ سلطان الإرادة، ومن الرغبة الحقيقية في الحفاظ على استمرارية العقد.

٢_ التفرقة من حيث ترتيب شروط التعديل للالتزام بإعادة التفاوض:

عمد الفقه عند دراسته الشروط العقدية المنظمة لمفهوم تغيير ظروف تنفيذ العقد إلى تقسيمها على أساس الالتزام بإعادة التفاوض، فالمعيار الحقيقي للتمييز بين شروط المراجعة والتي يعدّ شرط إعادة التفاوض محورها، وباقي شروط تعديل العقد هو مدى ترتيبها لهذا الالتزام^(٢)، و سنتعرض هنا في هذه

(١) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٦٢.

مُشار إليه عند د. هني عبد اللطيف، مرجع. R. ALACHKAR, Op.Cit, P94. (٢)

سابق، ص ٦٤

الدراسة لأحد النماذج المهمة لهذه التقسيمات.

تقسيم الأستاذ: Pascal

إنَّ الأستاذ Pascal عند دراسته لهذه الشروط قام بتقسيمها على أساس الإجراء الذي يختاره أطراف العقد لمواجهة مشكلة تغيير ظروف التنفيذ، وليس على أساس مدى توقُّع الحدث المُخلِّ بالعقد أو أثره عليه، وبالتالي فإن هذه الشروط تنقسم إلى ثلاثة أنواع:

- **الشروط التي مضمونها إعادة التفاوض:** وتشتمل على شرط إعادة التفاوض وشرط القوَّة القاهرة، حيث تسعى إلى حمل المتعاقدين للالتقاء ومناقشة سبل تجاوز الصعوبات التي تعترض تنفيذ العقد.^(١)
- **الشروط التي من أثرها إعادة التفاوض بشأن العقد:**

ومثال ذلك شرط الزبون الأكثر تفضيلاً و شرط العرض التنافسي، فهي تهدف في الأصل لتعديل العقد. لكن في بعض الأحيان إنَّ إعمال هذه الشروط يتطلَّبُ النقاء الأطراف للمناقشة وتحديد المركز التعاقدِي لأحدهم، وإن لم يكن هدف هذه العقود هو إعادة التفاوض وفقاً للأستاذ Pascal.^(٢)

(١) P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit, p120

مُشار إليه عند د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٦١.

(٢) P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit, p132

مُشار إليه عند د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٦٧.

• شروط التعديل من دون إعادة التفاوض:

يندرج ضمن هذا النوع وفقاً للأستاذ Pascal شروط التعديل التلقائي للعقد، حيث إنّ إعمال هذه الشروط يتمّ بشكل تلقائي وفقاً للصورة التي اتفق عليها المتعاقدون عند إبرامهم للعقد، من دون الحاجة لأي مناقشة إذا ما وقعت الأحداث التي تمّ توقعها.^(١)

واستناداً لهذا التقسيم فإنّه وإن كانت بعض الشروط تؤدي إلى إعادة التفاوض وفقاً للأستاذ Pascal، كشرط الزبون الأكثر تفضيلاً و شرط العرض التنافسي، فإنّه يبقى شرط إعادة التفاوض ال Hardship هو المثال الأبرز لفكرة إعادة التفاوض والحامل للوائها. في حين أنّ مفهوم القوّة القاهرة بخلاف ما ذهب إليه الأستاذ Pascal مجالها الحقيقي هو التصدّي إلى استحالة التنفيذ الناجمة عن وقوعها.

إنّ اختلاف التصنيفات التي أقرّها الفقه بشأن هذه الشروط سببه بصورة أساسية، محاولة هذا الفقه تأطير الممارسات العقدية تأطيراً قانونياً، رغم كون هذه الممارسات صادرة عن متعاملي التجارة الدولية، وهم اقتصاديون بالدرجة الأولى وليسوا قانونيين^(٢)، فضلاً عن أنّه لا يمكن حصر هذه الشروط بقوالب جامدة، حيث أظهرت الممارسة العقدية في مجال التجارة الدولية عن وجود العديد من الأمثلة التي تجتمع فيها خصائص أكثر من شرط في شرط واحد،

(١) P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit, p135.

مُشار إليه عند د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٦٧.

(٢) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٦٨.

ويظهر ذلك بشكلٍ جلي في الدراسة التحليلية لهذه الشروط، و خاصة التي كانت ثمار القرارات التحكيمية، فشرط إعادة التفاوض و إن كان يخلق التزاماً على أطراف العقد بإعادة النظر بشروط العقد إذا ما اكتملت عناصره، ولكنه لا يدفعهم بالضرورة إلى الوصول إلى اتفاق، وسنتطرق لهذا الموضوع في موضعٍ آخر من مواضع هذا البحث.

ثالثاً _ ضرورة التّكامل بين شرط إعادة التفاوض و باقي شروط تعديل العقد:

تتسم شروط إعادة التفاوض بالمرونة كونها تعطي إلى المتعاقدين حرية أكبر في توقّع الظروف التي من شأنها أن تؤثر في تنفيذ عقودهم، حيث يمكن أن ترد هذه الشروط بشأن مخاطر خاصة كالتغيّر في سعر الصرف، كذلك يمكن أن ترد بشأن مخاطر عامة. ففي مقابل المرونة التي تتسم بها شروط إعادة التفاوض، يظهر بشكل جلي اتّسام باقي شروط تعديل العقد بنوع من الجمود كونها ترد على مخاطر وأخطار خاصة و محددة^(١).

واستناداً إلى ذلك فإنّ اقتصار باقي شروط التعديل بخلاف شروط إعادة التفاوض للعقد على مخاطر محددة، يحدّ من فاعليتها في مواجهة التطور الذي تتسم به عقود التجارة الدوليّة، والذي يُخرج شيئاً فشيئاً الظروف التي

(١) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٧٠.

تحيط بتنفيذ العقد من إطار التوقعات^(١). حيث إنّه وإن كانت هناك العديد من المخاطر التي يمكن توقعها، سواء أكانت اقتصادية مرتبطة بالثمن أو بسعر الصرف، أو كانت تقنية وتكنولوجية، إلا أنه يبقى هناك ظروف أخرى سياسية أو اقتصادية أو قانونية غير مرتبطة بمحل العقد مباشرة، إلا أنها يمكن أن تؤثر فيه^(٢).

واستناداً إلى النقائص التي تنسم بها شروط التعديل و خاصة التلقائية منها، تظهر أهمية شرط إعادة التفاوض كتقنية مكّلة لهذه الشروط في العقود المتضمنة لها^(٣)، وتتجلى بصورة خاصة أهمية شرط إعادة التفاوض بالنسبة إلى شروط التعديل التلقائي للعقد، التي تستند إلى مؤشر ما في الحالات التي يخلّ فيها هذا المؤشر أو ينعدم.

بناءً على ما سبق تظهر أهمية شرط إعادة التفاوض ليس فقط كآلية لمعالجة تغيير ظروف تنفيذ العقد الإداري الدولي، ولكن أيضاً في تكملة ما يشوب باقي الشروط المنظمة لهذه المسألة من عيوب، لا تُحقّق لأطرافها الغاية من مشروعهم الاقتصادي، بما يتصف به هذا الشرط من مرونة ويسر. وبالتالي نرى أنّ شرط إعادة التفاوض كوليّد لمعالجة اختلال تغيير ظروف العقود الإدارية الدولية، يتجاوز عيوب شرط القوة القاهرة التي تتطلب بشكلها

(١) R. ALACHKAR, Op.Cit, P98.

مُشار إليه عند د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٧١.

(٢) R. ALACHKAR, Op.Cit,P99

مُشار إليه عند د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق ، ص ٧١.

(٣) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٧٤.

التقليدي وصول أحد الأطراف إلى استحالة تنفيذ التزاماته العقدية، بل ويتجنب الجمود الذي تتصف به شروط التعديل التلقائي للعقد، و ذلك إذا ما تجاوز التغير الحاصل عند تنفيذ العقد بشكل كبير المعيار أو المؤشر الذي اعتمده أطراف العقد، أو حتى إذا لامس التغير محل العقد ذاته، كحال عقود نقل التكنولوجيا.

وفضلاً عن هذا الدور الأساسي لشرط إعادة التفاوض كوسيلة أساسية لمعالجة اختلالات التوازن العقدية، يظهر دوره التكميلي البناء فيما لو اعتمد أطراف العقد وسيلة مغايرة لمواجهة تغير الظروف، كشروط التعديل التلقائي على سبيل المثال، من هنا تتكرس أهمية شرط إعادة التفاوض ومرونته كوسيلة مميزة و فعالة لمواجهة اختلال توازن العقد، و تستقي أسسها من روح الانفتاح الاقتصادي التي تصبغ ميدان التجارة الدولية.

المبحث الثاني

الإطار التفاوضي

تحتاج فكرة إعادة التفاوض كوسيلة قانونية إلى إطار إجرائي يكمل الإطار المفاهيمي المتمثل بتعريفها و مبررات استحداثها، فضلاً عما يميّزها عن الوسائل المشابهة لها والتي تعالج ذات المشكلة. فإذا كان شرط إعادة التفاوض يتّسم بكونه أكثر فعالية ومرونة من التقنيات العقدية الأخرى، وخصوصاً القوة القاهرة، من خلال فاعليته في الحفاظ على التوازن الاقتصادي للعقد، فضلاً عن مرونته في مواجهة الأحداث التي تؤثر سلباً عليه، إلا أنه يبقى في الحقيقة استثناءً على مبدأ القوة الملزمة للعقد.

وشرط إعادة التفاوض يجب أن يتم وفق شروط محددة تتعلق بطبيعة الحدث المُخلّ بتوازن العقد، وأثر هذا الاختلال على توازن الأداءات العقدية، حيث إنّ تفعيل شرط إعادة التفاوض يجب أن يمرّ بمجموعة من المراحل، والتي لا بدّ أن تُحترم فيها مجموعة من الإجراءات، بدءاً من الإخطار والتقاء الأطراف وصولاً إلى تدخّل الغير في عملية إعادة التفاوض.

وبالتالي فإنّ دراسة الجانب الإجرائي لعملية إعادة التفاوض يساعد على فهم قوّة فاعليتها، ومدى تميّزها عن باقي الوسائل المُبتكرة في إطار العقود الإدارية الدوليّة، من خلال فهم آليات عملها و طبيعة المتدخلين في هذه العملية.

المطلب الأول

شروط الالتزام بإعادة التفاوض وطبيعة الحدث المُخلّ بتوازن العقد

يجب لإعمال فكرة إعادة التفاوض توفّر عدد من الشروط أهمّها تلك التي تؤثر في التّوازن الاقتصاديّ للعقد، إضافةً إلى عدة شروط أخرى. لذلك سنقوم بدراسة هذه الشروط في الفرع الأول، لنعرّج بعد ذلك على دراسة عناصر حدث ال Hardship المُخلّ بتوازن العقد، والذي يُعتبر الرّكيزة الأساسيّة لإعمال الشرط.

الفرع الأول

شروط تطبيق شرط إعادة التفاوض

تتمثّل هذه الشروط بتغيّر الظروف المحيطة بتنفيذ العقد بصورة مستقلّة عن إرادة المدين، كما يجب أن يكون التغيّر في الظروف المحيطة غير متوقّع، بالإضافة إلى أن يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد.

أولاً_ تغيّر الظروف المحيطة بتنفيذ العقد الإداريّ الدولي بصورة مستقلّة عن إرادة المدين:

إنّ التغيّر في الظروف المحيطة بالعقد الإداريّ الدولي يجب أن يكون تغيّراً جوهرياً حتى يؤدّي إلى إعمال شرط إعادة التفاوض، بمعنى أن يؤدّي هذا التغيّر إلى قلب التّوازن الاقتصادي للعقد، من دون اشتراط أن يسبّب هذا التغيّر استحالة تنفيذ أيّ من طرفي العقد لالتزاماته، ومن دون أن يلحق ضرراً

بالدائن أو المدين أو بأيّ عنصر من عناصر العقد، وبالطبع فإنّه لا يُعتدّ بالتغيّر البسيط في الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، والتي قد تؤدي إلى اختلال بسيط في التوازن الاقتصاديّ له، لا تخرج بطبيعة الحال عن حسابات الربح والخسارة الطفيفة التي تحملها العقود الإدارية الدولية لطرفيها.

وإذا كان وجود هذا الشرط أمراً لا مفرّ منه لإعمال شرط إعادة التفاوض، فإنّ ذلك يقتضي بالضرورة أن يحصل هذا التغيّر في الظروف بعد البدء بتنفيذ العقد لا قبله من دون شك، و ذلك باتفاق غالبية الفقه^(١).

أما بالنسبة إلى الظروف التي تتكشف بعد إبرام العقد و تكون قائمة قبل أو أثناء إبرامه، فلا يتمّ إعمال شرط إعادة التفاوض بخصوصها، ولا بدّ للطرف المتأثر بها من تحمّل تبعاتها من دون الحقّ بإعمال الشرط، حيث إنّ شرط إعادة التفاوض يعمل على حماية العقد من خلال الحفاظ على كيانه وأركانه من التغيرات التي تحدث أثناء التنفيذ، والعبرة من دون شكّ هي بالنتائج التي تتركها هذه الظروف باقتصادات العقد وليس بالتغيرات في الظروف بحدّ ذاتها^(٢).

فالتغيّر في الإطار الخارجي للعقد قد يشهد تغيّراً جذرياً في ظروف تنفيذه، من دون أن تتأثّر التزامات طرفي العقد بهذا التغيّر، و من دون أن تتأثّر اقتصاديات العقد، وبالتالي لا نكون بصدد ظروف تقتضي تفعيل شرط إعادة

(١) د. مراد محمود المواجدة، المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا، ط١، عمّان، دار الثقافة، عام ٢٠١٠، ص ٤٢٧.

(٢) د. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص ٤٢٧.

التفاوض^(١)، وعلى الرغم أن النظم القانونية تختلف في معالجة تغيّر الظروف اختلافًا يعود في أصله إلى تباين الآراء الفقهية، فضلاً عن عدم التماثل الاجتماعي والسياسي والاقتصادي الخاص بكل نظام قانوني على حدة، إلا أنه وفي إطار العقود الإدارية الدولية و نظم التجارة الدولية و الأحكام التحكيمية هناك شبه إجماع على ضرورة أن يكون تغيّر ظروف تنفيذ العقد تغيّرًا جذريًا مؤديًا إلى اختلال كبير في الميزان الاقتصادي للعقد.

فلقد كان لأحكام التحكيم دور جليّ في إيضاح مفهوم التغيّر الواجب حدوثه في ظروف تنفيذ العقد لإعمال الشرط، من ذلك الحكم الصادر عن غرفة التجارة الدولية الذي أشار إلى أنه "يجب على المحكم أو القاضي أن يضع في حسابه ما إذا كان هناك تغيّر جذريّ في ظروف تنفيذ العقد من دون أن تتأثر التزامات المتعاقدين، أو أن التغيّر في الظروف أدّى إلى عدم تناسب كبير بين أداءات المتعاقدين"^(٢).

و في حكم آخر صادرٍ أيضاً عن غرفة التجارة الدولية أشارت هيئة التحكيم إلى أنه "يتطلّب من أجل إعمال شرط إعادة التفاوض، أن يكون هناك تعديل جذريّ في التزامات المتعاقدين ينعدم به التوازن بين هذه الالتزامات، بحيث تختلف عما قصده أطراف العقد عند إبرامه"^(٣).

(^١) Oppetit, Op.Cit, J.D,1974.

(^٢) المجموعة الأولى من قرارات غرفة التجارة الدولية، القضية رقم (١٥١٢) لسنة ١٩٧١.

(^٣) المجموعة الأولى من قرارات غرفة التجارة الدولية، القضية رقم (٢٧٠٨) لسنة ١٩٧٦.

هذا ولا يخرج الحكم التحكيمي الصادر عن غرفة التجارة الدولية في القضية رقم (٣٩٥٢) لعام ١٩٨٢ عن هذا النهج الذي دأبت عليه الغرفة، مكرسة سمة أساسية من سمات شرط إعادة التفاوض في نظم التجارة الدولية. حيث تمثلت وقائع القضية في تمسك المدعى عليه من أجل أن يدفع المسؤولية عن عائقه بخطأ المتعاقد من الباطن، والذي اعتمد عليه لتوريد كمية من النفط إلى المدعي، حيث تمسك بوجود شرط إعادة تفاوض من أجل تعديل شروط العقد، ولكي يدحض المدعي إمكانية تطبيق هذا الشرط أظهر الضرر الكبير الذي يلحق به جزاء استبدال مورّد آخر بالمورّد المتعاقد معه أصلاً، حتى يتمكن من تنفيذ الالتزام في الوقت المحدد لذلك والضرر الكبير الذي يحيق به جزاء هذا الاستبدال نتيجة فارق السعر الكبير للنفط بين الموردين، وهو ما دفع الهيئة النّاطرة إلى رفض هذا الدّفع من جانب المدعى عليه.

وبالتالي فإنّ تغيير الظروف الجوهريّة المحيطة بتنفيذ العقد الإداري الدولي، هو ذلك التّغير الذي يترتب نتائج مختلفة بصورة جوهريّة عن تلك التي تصوّرها طرفا العقد عند إبرامه، بحيث إنّ العقد في الوقت الراهن لم يعد _بعد أن استجدّت هذه الأحداث_ هو العقد ذاته الذي التزم بموجبه طرفا العقد مع ما رافق هذه الأحداث من خلل اقتصادي كبير في ميزان العقد^(١).

ولا يفوتنا الإشارة إلى نقطة في غاية الأهمية، ألا وهي حتمية أن يكون تغيير الظروف المحيطة بتنفيذ العقد الإداري الدولي أمراً مستقلاً عن إرادة المدين بصورة كاملة، فلا يقبل المنطق القانوني السليم أن يستفيد المدين من

(١) د. المواجدة، مراد محمود، مرجع سابق، ص ٤٢٨.

تغيّر الظروف المحيطة بتنفيذ العقد لتفعيل شرط إعادة التفاوض في الوقت الذي تسبّب هو فيه بهذا التغيّر، سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة، هذا ولا شكّ فإنّ وجود مثل هذا الشرط في العقد يحمي المتعاقد حسن النية من تدخّل المتعاقد سيئ النية لإحداث هذا التغيّر^(١). وعلى الرّغم من الأهميّة البيّنة لهذا الشرط إلا أنّه كان محلّ إنكار من جانب الفقه من ناحيتين: فمن جهة يستبعد الفقه وجود هذا الشرط ضمن شروط الحدث الذي يتطلبه شرط إعادة التفاوض، مكتفين بشرطي عدم التّوقّع واستحالة الدفع، ومن ناحية أخرى يرى جانب من الفقه أنّ هذا الشرط غير منضبط وغير محدّد، ولا بدّ أن يختلط بشرطي عدم التّوقّع واستحالة الدفع، على فرض أنّه إذا ما التزم المدين بالحيطة والحذر في التّوقّع باذلاً قصارى جهده لدفع الحدث، فإنّه يثبت بكل تأكيد أنّه لم يرتكب أيّ خطأ، وأنّ الحدث خارج عن إرادته بصورة كاملة، مع ملاحظة اكتفاء بعض قرارات التّحكيم بالشرطين المذكورين في الحدث الذي يواجهه شرط إعادة التفاوض^(٢).

إنّ الانتقادات المتقدّمة الذّكر لم تُقلّل من أهميّة شرط استقلال الحدث الذي يواجهه شرط إعادة التفاوض. حيث يرى غالبية الفقه في هذا الشرط أمراً أساسياً و ضرورياً في الحدث، فضلاً عن أنّ أهميّته ليست محلاً للشكّ في عقود التّجارة الدوليّة^(٣)، فإذا ما حلّلنا الشروط التعاقدية سننتيّن نتيجةً غاية في

(١) د. محمد شريف غنام، مرجع سابق، ص ٢٦٩.

(٢) أسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض ((دراسة في عقود التجارة الدوليّة))، ط ١، منشورات جامعة بابل، عام ٢٠١٢، ص ١١٩.

(٣) أسيل باقر جاسم، مرجع سابق، ص ١٢٠.

الأهميّة وهي أن تغيّر الظروف المحيطة بتنفيذ العقد يجب ألا تعود بأي صورة إلى إرادة المدين، لا بل يجب أن تكون أجنبيّة عنها تماماً.

هذا وتتباين صيغ التعبير عن هذا الشرط، فعلى سبيل المثال وفي عقد مبرم بين شركة فرنسيّة و أخرى بريطانيّة، عبّر الأطراف عن شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين بعبارة (حدث مستقلّ عن إرادة الشركة المدينة)^(١)، في حين عبّر الأطراف عن هذا الشرط في عقد مبرم بين شركتين صينيّة وهنديّة بعبارة (حدث خارج عن سيطرة الأطراف)^(٢).

هذا وستراودنا الأسئلة من دون شكّ حول طبيعة المعيار المعتمد لعدّ هذا الحدث مستقلاً عن إرادة المدين.

في الحقيقة يوجد في هذا الإطار معياران لتحديد طبيعة استقلال الحدث عن إرادة المدين، ألا وهما المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي.

بالنسبة للمعيار الأول: وهو المعيار الشخصي يُقصد به ألا تُشارك إرادة المدين في أيّ وقت وبأيّ شكل كان في وقوع الحدث، وهو ما يفضي بالضرورة إلى أن يقوم القاضي أو المحكّم بدراسة موقف المدين وسلوكياته وتحليلها، لمعرفة ما إذا كان قد أسهم بشكلٍ أو بآخر في وقوع الحدث.

في حين أنّ المعيار الثّاني: وهو المعيار الموضوعي، لا يكتفي أن يكون هذا الحدث مستقلاً عن إرادة المدين، وألا تُسهم هذه الإرادة بوقوعه بأيّ شكلٍ

(١) سلامة فارس عرب ، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٨، ص ٩٧.

(٢) المرجع السابق، ص ٩٧.

كان، بل يجب أن يكون هذا الحدث بعيداً عن مجال نشاط المدين و عمله^(١).
ويؤدّي الأخذ بالمعيار الموضوعيّ إلى التضييق بصورة كبيرة من حالات
إعمال شرط إعادة التفاوض، حيثُ يخرج الكثير من الحالات من نطاق هذا
الشرط.

و تشير المادة (٦-٢-٢) من مبادئ عقود التجارة الدولية Unidroit إلى
تبني المعيار الشخصيّ في استقلال الحدث عن إرادة المدين حيثُ نصّت على
أنّه : (تتوافر حالة الأحداث الشاقة إذا وقعت ظروف تخل بتوازن العقد بشكل
جوهرى سواء بارتفاع تكاليف التنفيذ على أحد الأطراف، أو بإنخفاض قيمة ما
يلقاه أحد الأطراف ويشترط..... ج- أن تكون هذه الأحداث خارجة عن
سيطرة الطرف الذي تعرض لها.....)^(٢).

وتُظهر الشروط التعاقدية في ميدان التجارة الدولية ميلاً واضحاً للأخذ بالمعيار
الشخصيّ، و هو ما تؤيده قرارات التحكيم التجاريّ الدوليّ.

ثانياً_ أن يكون التغيّر في الظروف المحيطة بتنفيذ العقد غير متوقّع:

لا يكفي أن يكون هناك مجرّد تغيّر في الظروف التي تحيط بتنفيذ العقد
الإداريّ الدوليّ، بل يجب ألا يكون في إمكان طرفي العقد توقّع هذا التغيّر
لحظة إبرامه. لذا فإنّه من أجل تفعيل شرط إعادة التفاوض يجب أن يكون
التغيّر في هذه الظروف من غير الممكن توقّعه بصورة منطقية من جانبهما.

(١) د. غنام، محمد شريف، مرجع سابق، ص ٢٧٤.

(٢) أسيل باقر جاسم، مرجع سابق، ص ١٢١.

فإذا طرأت أثناء تنفيذ العقد أحداثٌ لم تكن في حساب طرفيه، ترتّب عليها قلبُ التّوازن الاقتصادي لهذا العقد وجعل تنفيذ الالتزامات العقدية مرهقةً، فإنّ ذلك بالتأكيد يُمثّل حالةً من حالات عدم التّوقّع، و هو بطبيعة الحال يختلف اختلافاً بيّناً عن حالة القوّة القاهرة. حيث إنّ الظروف المستجدة لم تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالةً كليةً، لكن جعلته مرهقاً مخلفة صورة فجّة من انعدام التوازن بين مراكز الأطراف المتعاقدة^(١).

ولا شكّ في ضرورة إيضاح أنّ المقصود من عدم التّوقّع في هذا الإطار، هو عدم القدرة المعقولة للطرفين المتعاقدين على توقّع الحدث ومتى سيقع هذا الحدث، فضلاً عن طبيعة النتائج المترتبة عليه^(٢).

إنّ جوهر عدم التّوقّع هنا يتمثّل في خروج هذه الظروف عن الدائرة المعقولة للتوقّعات من جانب طرفي العقد، ولا شكّ أنّه لا يمكن لأحد الطرفين أن يتمسك بتغيّر ظروفٍ كان هو السبب بها، مع الإشارة إلى أنّه إذا ما حدّد الطرفان ظرفاً بذاته فإنّ هذا لا يعني توقّعهما ضرورة حدوثه، ولو وقع هذا

(^١) Lambfre (I) , The effect of changes in circumstances on long-term contracts, French report in contract law today, Edited by Harris and Denis Tallon, 1989,p.220. مشار إليه عند د. مراد محمود المواجهة، المسؤولية

المدنية في عقود نقل التكنولوجيا، ط١، عمّان، دار الثقافة، ٢٠١٠، ص٤٢٩.

(^٢) Draetta (U), Lake (R.B) and Nada (V.P):"Breach and adaptation of international contracts , an introduction to lex mercatoria ", Butter worth legal publishers, USA,1992. مشار إليه عند د. مراد محمود المواجهة ، المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا، ط١، عمّان، دار الثقافة، ٢٠١٠، ص٤٢٩.

الظرف بصورة حقيقية، نظراً لأنه ولو توقّعه فإنّهما لم يتوقّعا نتائج وآثاره على العقد^(١).

وإذا كان الفقه يجمع على ضرورة أن يكون التغيّر في الظروف المحيطة غير متوقّع، بحسبانه شرطاً منطقياً يتطلّبه المنطق القانوني السليم، لكن قد يثور شيء من اللبس في إيضاح المقصود بعدم التوقّع، ويعود ذلك بشكل أساسي، لكون عدم التوقّع مفهوماً نسبياً، فالظواهر الطبيعية والأحوال الاقتصادية والاضطرابات السياسية قد تكون متوقّعة في ظروف معينة وغير متوقّعة في ظروف أخرى، وبالتأكيد فإنّ لكل حالة خصوصيتها في هذا الشأن، فمن المتعدّد إعداد قائمة بالأحداث غير المتوقّعة التي يمكن تطبيقها على العقود كافة وفي مختلف الظروف^(٢).

فعدم التوقّع يجب أن يشمل الحدث ونتائجه معاً، لا أن يقتصر على الحدث فقط، هذا ولا بدّ أن نشير إلى أنّه إذا كان البحث عن توقّع التغيّر من الممكن أن يقوم على معيار شخصي؛ أي بالنظر لنفسية المتعاقد، فإنّ البحث في الآثار التي تترتب على التغيّر يقوم على معيار الشخص المعتاد الموضوع في ذات ظروف التعاقد، فإن كان بوسع هذا الشخص المعتاد مواجهة آثار هذا التغيّر ينبغي على المدين مواجهتها، وإن قصر عن ذلك يُعدّ مُخطئاً، وليس له

(١) د. عبد المؤمن محمد ناجي، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده في عقود التجارة الدولية طويلة المدة، بلا دار ناشر، ١٩٩٦، ص ٩٠.

(٢) Elmahi (H): "The hardship clause", Economic legal research, University of Mansoura, 15 April 1994, p49. مراد محمود المواجهة، المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا، ط ١، عمان، دار الثقافة، ٢٠١٠، ص ٤٣٠.

حقّ المطالبة بإعمال شرط إعادة التفاوض. أما إذا لم يكن بوسع الرجل المعتاد مواجهة هذا التغيّر و آثاره، بمعنى أنّه لا يُمكن تجنّبها أو تجنّب آثارها فإنّ للمدين الحق بالمطالبة بإعمال شرط إعادة التفاوض^(١).

ويثار التساؤل في هذا الإطار عندما يتضمّن شرط إعادة التفاوض قائمة بالأحداث التي من الممكن أن تقع في المستقبل، والتي يعدّها طرفا العقد أحداثاً يترتّب عليها إعمال لشرط إعادة التفاوض، فهل هذه القائمة تتعارض مع شرط عدم التّوقّع....؟

ذهب جانبٌ من الفقه إلى أنّ إمكانية توقّع حدثٍ ما لا تعني توقّع حدوثه بالفعل، ذلك أنهما وإن توقعا حصوله بصورة مسبقة، إلا أنهما لا يعلمان بشكلٍ دقيق تأكيد وقوعه وطبيعته ومداه وزمن وقوعه. و بالتالي يمكننا القول إنّ الدور الأهم الذي تلعبه مثل هذه القوائم التي قد يضعها أطراف العقد، يتمثّل بصورة أساسيّة من أجل الحدّ من تدخّل القاضي أو المحكم بتقدير توافر أو عدم توافر شروط إعمال شرط إعادة التفاوض^(٢).

أمّا بالنسبة لوقت تقدير عدم التّوقّع فإنّه ينبغي تقدير عدم التّوقّع وقت إبرام العقد، ففي هذا الوقت يُفترض أنّ طرفي العقد قد واجها الظروف المُحتملة كافة من أجل تنفيذ عقدهم، وقاما باتخاذ كل ما من شأنه المحافظة على مصالحهما عند إبرام هذا العقد، أي أنّ العقد توازن اقتصادياً في ظلّ تلك

(١) د. حياة محمد محمد أبو النجا ، الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدوليّة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة المنصورة ، عام ٢٠٠٤ ، ص ٢١٩ .

(٢) د. مراد محمود المواجدة ، مرجع سابق ، ص ٤٣٠ .

الظروف، ولا شك أنَّ التغيّر في الطرف الذي يحصل بعد تمام التنفيذ لا قيمة له، نظراً لأنَّ العقد نُقِدَ وانتهى الأمر، بمعنى أنَّ التغيّر يجب أن يحصل بعد إبرام العقد و قبل تمام التنفيذ^(١).

و كمثال على ذلك رفضت هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدوليّة في باريس حجة الشركة المدّعى عليها بأنَّ التأميمات التي قامت بها دولة جنسيّة الشركة المدّعية تُعدُّ بالنسبة لها قوّة قاهرة تعيقها من تنفيذ التزاماتها، وقد ردّت هيئة التحكيم هذا الدّفع بالقول إنّ أزمة التأميمات كانت قد بدأت قبل إبرام العقد، بالإضافة إلى العديد من القرارات التي اتخذتها دولة جنسيّة الشركة المدّعية قبل إبرام العقد.

ولا شك أنَّ أهميّة عنصر الزمن لا تغيب بحالٍ من الأحوال عن ذهن أطراف العقود الإداريّة الدوليّة، فمن السمات المهمّة والأساسيّة التي تتّسم بها هذه العقود هو طول مدّة تنفيذها، وبالتالي زيادة احتماليّة تغيّر ظروف التنفيذ عن ظروف إبرام العقد.

وبالتالي يمكن القول أنَّ إسقاط عامل الزمن و عدم الاعتداد به يجب أن يقتصر على التغيّرات المتوقّعة حدوثها، أما الظروف والمتغيّرات غير المتوقّعة فإنّها تُعدّ عنصراً مادياً يتجاوز المدى الشّخصيّ، ووقوعها يقتضي بالضرورة تعديل أحكام العقد وشروطه^(٢).

(١) د. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، مصادر الالتزام، ط ٢، دار النهضة العربيّة، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٣٢٢.

(٢) د. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص ٤٣٠.

هذا ولا مناص من التأكيد على أنَّ تمسك أحد طرفي العقد بشرط عدم التّوَقُّع بالنسبة إلى الظروف التي تحيط بتنفيذ العقد الإداري الدولي، توجب بالضرورة أن يكون هذا التّغَيّر في الطّروف خارجاً عن إرادة طرفي العقد، وهو أمرٌ منطقيٌّ تقتضيه العدالة والمنطق القانونيُّ السّليم، فليس من المعقول أن يتمسك أحد طرفي العقد بتغيّر ظروف تنفيذ العقد طلباً لإعمال الشرط في الوقت الذي كان فيه هو السّبب في هذا التّغَيّر الحاصل.

ثالثاً_ أن يؤدي التّغَيّر بالظروف إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد:

في الحقيقة لابدّ من الإشارة إلى أنه في العصر الراهن، و في الوقت الذي تسيطر فيه الشركات العملاقة متعددة الجنسيات على الاقتصاد العالمي، حيث تحظى بحصة كبيرة على مستوى العقود الاقتصادية المبرمة في جميع أنحاء العالم، فإن ذلك لاشك سيرخي بظلاله عند إبرام مثل هذه العقود بالنسبة إلى الدول النامية، ومهما كانت الأهمية الاقتصادية أو القيمة الاجتماعية للعقد الإداري الدولي الذي تبرمه الدولة النامية، فإنه يمثّل بالنسبة إلى الشركات العملاقة العابرة للقارات المالكة للتكنولوجيا المتطورة فرصة للربح المحض، بعيداً عن أيّ عوامل أخرى، من هنا يمكننا القول إنّ كلّ عقد إداري دولي يحمل في طياته شيئاً من اختلال التوازن العقدي بين الطّرفين، حيث إنّ كلّاً منهما لديه بعض نقاط الضّعف في مواجهة المتعاقد الآخر، وتباين التّوازن في القدرة التعاقدية للطرفين يرجع إلى النظم الاقتصادية والاجتماعية السّائدة على مستوى العالم، فضلاً عن السّيطرة التي لا تخفى للشركات متعدّدة الجنسيات على مفاصل الاقتصاد العالمي، و هو ما انعكس بصورة جليّة على أنماط

التعاقد على المستوى الدولي. فالعقود الإدارية الدولية التي تجري فيها المفاوضات التعاقدية بحرية تكاد تختفي ليحل محلها العقود النموذجية أو بصورة أكثر دقة عقود الإذعان^(١).

فإذا ما كان التغير الطارئ على ظروف تنفيذ العقد الإداري الدولي تغييراً بسيطاً محدثاً نتائج تدرج في إطار المخاطر العادية التي تحملها مثل هذه العقود، فإن مثل هذا التغير ولا شك غير كافٍ لتبرير طلب إعادة التفاوض في العقد من خلال تفعيل شرط إعادة التفاوض، فاختلال التوازن العقدي الذي يعد نقطة البدء لتفعيل أحكام شرط إعادة التفاوض، يعدُّ أشدَّ أثراً وأكثر قوة من مجرد هذه التغيرات البسيطة التي تطرأ على التزامات طرفي العقد^(٢). فالتغير في الظروف الاقتصادية التي تحيط بتنفيذ العقود الإدارية الدولية يعدُّ أمراً طبيعياً، ومن المحتمل كثيراً أن يتجاوز هذا التغير مختلف التوقعات التي وضعها طرفا العقد لمسار عقدهما وتؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد^(٣).

إنَّ عامل التوازن في إطار العلاقة التعاقدية في العقد الإداري الدولي، يعني أنَّ الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذا العقد هي نتاج جهد طويل ومراحل شاقّة من المفاوضات الحرة والعادلة والصّعبة بين طرفي العقد. فكلُّ شرطٍ من شروط هذا العقد تمّت مناقشته والتفاوض عليه، وبالتالي فإنَّ كلاهما قد حصل على مقابل ما حصل عليه الطرف الآخر من مزايا، ومن مجموع هذه

(١) د. سلامة فارس عرب، مرجع سابق، ص ٧٤٤.

(٢) د. غنام، محمد شريف، مرجع سابق، ص ١٤١.

(٣) د. المواجهة، محمود، مرجع سابق، ص ٤٣٤.

الشروط يتحقق التوازن في الحقوق والالتزامات. واستناداً إلى هذه الفكرة يُعدُّ كلُّ شرطٍ من شروط العقد عنصراً من عناصر التوازن العقدي لطرفي العقد. وإنَّ فكرة التوازن ضمن إطار العقود الإدارية الدُولية تأخذ حيّزاً مهماً جداً في هذه العقود، بحيث تُعدُّ ضابطاً موضوعياً من ضوابط العقد ومرتكزاته^(١).

إنَّ المراكز القانونيّة للطرفين المتعاقدين بما تشتملُ عليه من حقوق والتزامات تقع على عاتق كلٍّ من الطرفين، تتحدد في إطار العقود الإدارية الدُولية بالنظر إلى الظروف والمعطيات الاقتصادية التي كانت موضع توقّعاتهم بالصورة التي ارتأيا أنّها تحقق التوازن الاقتصادي في العقد عند إبرامه. هذا ولا مناصَّ من التأكيد على احترام قدسيّة مبدأ القوّة الملزمة للعقد، والذي يقتضي تنفيذ العقد بكلِّ دقّة وفقاً لما تمَّ الاتفاق عليه، وبالتالي لا يجوز تعديله كأصلٍ عامٍ إلا باتفاق الطرفين. لكن إذا ما حصلت ظروف استثنائية غير متوقّعة أدت إلى انهيار التوازن الاقتصادي للعقد، فإنَّ إجبار المدين على تنفيذ الالتزام المترتب عليه، كما نصَّ عليه العقد يعدُّ من دون شكٍّ مخالفاً لمقتضيات العدالة ومتعارضاً مع المنطق القانوني السليم^(٢)، فالطرفان قد تعاقدتا لتنفيذ العقد في ظروف اقتصادية معيّنة وفي إطار متغيّرات متوقّعة بسيطة. وبالتالي فإنه لا يمكن لأبي من طرفي العقد طلب استيفاء الالتزامات العقدية من الطرف الآخر رغم حصول تغيّر كبير وغير متوقّع في الظروف الاقتصادية للعقد، كانخفاض قيمة العملة أو الارتفاع الكبير في الأسعار

(١) د. سلامة فارس عرب، مرجع سابق، ص ١٦٧.

(٢) د. المواجدة، مرجع سابق ٢٠١٠، ص ٤٣٥.

بصورةٍ تتعارض بشكلٍ صارخٍ مع نية الطرفين المتعاقدين اللذين لو كانا توقّعا تلك التّغيرات لما أبرما العقد^(١).

بناءً على ما سبق يمكننا القول إنّ اختيار طرفي العقد لتفعيل شرط إعادة التفاوض يتمُّ في حالة انهيار الأساس التعاقدّي للعقد الإداريّ الدّوليّ، بمعنى حدوث اختلالٍ فادحٍ في توازن الالتزامات العقدية وتغيّرٍ جوهريٍّ من شأنه أن يلحق ضرراً كبيراً بالمدين.

فاختلال توازن العقد الذي من شأنه جعل تنفيذ طرفي العقد أو أحدهما لالتزاماته مرهقاً في ظروف غير متوقّعة، هو البيئة المناسبة لتفعيل شرط إعادة التفاوض بالنسبة إلى العقد، فالاختلال العقدّي هو المعيار الذي بناءً عليه تتحدّد إمكانية إعمال الشرط من عدمه، ولقد تعرّضت الكثير من العقود للفروض التي يمكن أن يتحقّق فيها هذا الاختلال، كالارتكاز على الزيادة في التزامات أحد الطرفين المتعاقدين تأثراً بتلك الظروف، في حين تكفي بعض العقود بالإشارة إلى العبء غير العادل بوصفه معياراً لإعمال الشرط^(٢).

وبالنسبة إلى التحكيم التجاري الدّولي فإنه لا يتردّد في إعلان الفارق بين استحالة التنفيذ واختلال التوازن العقدّي كلما عُرض عليه نزاع في هذا الشأن، ومن هذه المنازعات على سبيل المثال: ما تمسّك به المتعاقد الإسباني من

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، العقد، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ١٩٨١، ص ٨٧٣.

(٢) د. عبد المؤمن محمد ناجي، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده في عقود التجارة الدولية طويلة المدة، بلا دار نشر، عام ١٩٩٦، ص ٩١.

انخفاض قيمة العملة الإسبانية، و كذلك تدهور السوق الإسبانية من أجل نفي مسؤوليته عن عدم تنفيذ التزاماته تجاه الشركة الإيطالية، ولقد ردت هيئة التحكيم على هذا الدفع بالقول إنَّ أثر انخفاض قيمة العملة الإسبانية هو ما جعل تصدير الإيطاليين للبضائع إلى إسبانيا أكثر تكلفة، لكنه لم يجعله مستحيلاً، وبالتالي ليس هناك أي شروط مقبولة تبرّر فسخ العقد^(١).

وفي قضية أخرى رفضت هيئة التحكيم ما تمسك به المتعاقد (س)، من وجود تغييرات في الظروف الخارجية للعقد تمنحه الحق في التوقف عن تنفيذ التزاماته العقدية حتى تعديل شروط العقد. وأخذت هيئة التحكيم في الحسبان أنَّ القانون السويسري المطبق على العقد، لا يجيز تعديل العقد في حالة تغيير الظروف الاقتصادية له إلا في حالة التعسف الظاهر في استعمال الحق والذي لا يحميه القانون^(٢). وقد أكدت الهيئة أنَّ تطبيق أحكام هذه المادة يقتضي أن يصبح تنفيذ العقد مرهقاً للمدين و ليس مجرد تغيير في التزاماته. وعلى الرغم أنَّ الهيئة رأت أنَّ مسألة تغيير الظروف تتوافر بينتها في العقود الدولية بشكل أكثر مرونة مما عليه الحال في النظم القانونية الوطنية، لكنّها أخذت بتصريح المتعاقد (ي) بأنَّ هذا العقد محلّ النزاع لا يمثل بالنسبة له، إلا جزءاً بسيطاً من رقم أعماله، لذلك فقد عدت أنَّ تنفيذ هذا العقد بالمقابل

(١) المجموعة الأولى من قرارات غرفة التجارة الدولية ICC، القضية رقم (١٩٩٠) لسنة ١٩٧٢.

(٢) د. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق ، ص ٤٣٧.

المتفق عليه لا يمثل اختلالاً في توازن العقد، وإنما يعدُّ من المخاطر العادية التي يجب على المتعاقد تحملها^(١).

وقد أكدت مختلف النظم القانونية على ضرورة أن يؤدي التغير في الظروف إلى اختلال التوازن العقدي، حيث نصت المادة (٣) من مبادئ Unidroit على أنه "يوجد شرط المشقة عندما تطرأ أحداث تُفسد بصورة أساسية التوازن القائم بين أداءات الأطراف، إما لأن تكلفة تنفيذ الالتزامات قد تضاعفت أو لأن قيمة الأداء المقابل قد نقصت"^(٢).

كذلك فقد جاء في المادة (٦-٢-٢) من هذه المبادئ أنه لما كان المبدأ العام يقضي أن التغير في الظروف لا يؤثر في الالتزام بالتنفيذ، يترتب على ذلك عدم إمكانية التمسك بالظروف الشاقة، وذلك ما لم يكن الإخلال بتوازن العقد جوهرياً. ومن دون شك فإن عد التغير جوهرياً في حالة معينة، يتوقف على ظروف كل حالة بذاتها، ومع ذلك إذا كان التنفيذ يقبل التقدير بقيمة مالية فإنه إذا تجاوز التنفيذ (٥٠%) أو أكثر من تكلفة التنفيذ أو قيمته اعتبر التغير جوهرياً^(٣).

بالإضافة إلى أن الشرط النموذجي الذي وضعته غرفة التجارة الدولية في باريس ICC والمتعلق بتغير ظروف تنفيذ العقد قد نص على أنه "في حالة

(١) المجموعة الأولى من قرارات غرفة التجارة الدولية ICC، القضية رقم (٢٥٠٨) لسنة ١٩٨٦.

(٢) د. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص ٤٣٧.

(٣) د. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص ٤٣٨.

وقوع أحداثٍ غير متوقّعةٍ تؤدّي إلى اختلال التّوازن العقديّ بصورةٍ شديدةٍ مما يؤدّي إلى وقوع خسارةٍ فادحةٍ للطرفين".

هذا ولقد أكدت هيئات التّحكيم على أهميّة مبدأ التّوازن العقديّ مع ما قد يتعرّضُ له من اختلال، حيث أكدت هيئة التّحكيم في غرفة التجارة الدوليّة بباريس ICC في القضية (٢٢٩١) على أنّ: "المبادئ العامّة للقانون وقواعد العدالة ينبغي أن تحكم العمليّات التجاريّة الدوليّة كونها قانون المتعاقدين، وكلّ عقدٍ دوليٍّ يقتضي التّوازن بين الالتزامات التي يُنشئها وهذه الالتزامات لابدّ أن تبقى متوازنةً خلال فترة تنفيذ العقد" ^(١).

وفي حكم آخر لها في القضية رقم (٢٥٤٠) حيث اقتضى على كل طرف في حالة اضطراب اقتصاديات العقد أن يبحث عن أسلوب مناسب يعمل بموجبه على أن يعمل على إعادة التوازن المفقود للعقد، ويعدّ ذلك من مقتضيات واجب الأمانة التعاقدية التي تقتضي إعادة التفاوض حول الأمور التي اختلّ توازنها في مرحلة التنفيذ ^(٢).

وفي قضيةٍ أخرى ذهبت هيئة التحكيم إلى أنّه: "وإن كان من الصحيح أنّ المادة (٦٥٧) من القانون الليبي الواجب التنفيذ تستبعد من حيث المبدأ كل مراجعة للثمن، عندما يكون محدداً بشكلٍ جزافي، لكنّ الفقرة الرابعة من هذا النصّ تُعهد إلى القاضي بسلطة رفع الثمن أو فسخ العقد في حالة ما إذا كان

(١) مجموعة قرارات التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدوليّة ICC القضية رقم (٢٢٩١) لسنة ١٩٧٦.

(٢) مجموعة قرارات التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدوليّة ICC القضية رقم (٨٢٥٤) لسنة ١٩٦٩.

انقلاب الأساس الجوهري للاتفاق يرجع إلى أحداث استثنائية و غير متوقعة عند إبرام العقد^(١).

و في حكم نوره أخيراً في هذا الصدد جاء فيه: "إنَّ ارتفاع أسعار الحديد الصلب في الأسواق العالمية بنسبة أقلَّ من (١٣.١٦%) تعدُّ زيادةً معتادةً في ظروف هذه القضية وفق تقديرات الطرفين المتعاقدين الشخصية، وأكدَّ المحكم أنَّه يتعيَّن أن يترتب على هذا الاختلال ضررٌ كبير لأحدهما جزاء تنفيذ التزامه التعاقدى، وبالتالي يجب أن يتجاوز هذا الضرر المخاطر المعقولة"^(٢).

الفرع الثاني

درجة تأثير الحدث المُبرِّر لإعمال شرط إعادة التفاوض (الاختلال)

على توازن العقد

قد تحصل في إطار العقود الإدارية الدَّولية تغيرات طفيفة على كلف بعض المواد، أو قد تتأثَّر أرباح أحد الطرفين بصورة بسيطة، ولا يشترط أن يكون ذلك عاملاً يقتضي تفعيل شرط إعادة التفاوض، لأنَّ مثل هذه التغيرات تعدّ جزءاً من طبيعة الأعمال التجارية التي تنطوي على الريح، وفي المقابل على احتمالية الخسارة، لكنَّ الاختلال الحقيقي في توازن العقد هو الذي يقتضي تفعيل هذا الشرط.

(١) المجموعة الأولى من قرارات غرفة التجارة الدولية ICC، القضية رقم (٤٧٦١) لسنة ١٩٨٧.

(٢) د. مراد محمود المواجهة، مرجع سابق، ص ٤٣٩.

أولاً_ المقصود بالاختلال:

لإعمال شرط إعادة التفاوض يجب أن يُسبب الحدث الذي يتصدى له الشرط المذكور نوعاً من الاضطراب الكبير في اقتصاد العقد. بمعنى أن يصل إلى درجة معينة من اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، وهذا الاختلال هو مرحلة متوسطة بين الاستحالة المطلقة للتنفيذ والتي يؤدي إليها حدث القوة القاهرة. وبين التغير البسيط الذي قد يطرأ على اقتصاديات العقد، من دون جعله مستحيلاً أو حتى مرهقاً للمدين^(١)، هذا وقد درج المتعاقدون في ميدان التجارة الدوليّة، على اشتراط ضرورة توافر درجة محدّدة من الخطورة والاضطراب التي يجب أن تطل اقتصاد العقد، وذلك في البنود التي ينظمون من خلالها شرط إعادة التفاوض، فهذا التّغير الطّارئ على العقد يجب أن يكون جوهرياً قوياً يلحق اضطراباً صريحاً في اقتصاد العقد، بحيث ينتج عنه ضرر كبير، ذلك أنّه ليس من المنطقيّ والمعقول أن يتحمّله أحد طرفي العقد لوحده من دون الآخر^(٢).

وعلى الرّغم من الطّبيعة التعاقدية لشرط إعادة التفاوض، والتي تؤدي إلى تباين صور التعبير عنه في العقود الإداريّة الدوليّة، فإنّ هناك إجماع فقهي على أهميّة أن تؤدّي الأحداث التي يواجهها الشّروط إلى اختلال توازن العقد بشكل يؤثّر في قدرة المتعاقد على أداء التزامه التعاقدى بخلاف الصورة المفترضة عند إبرام العقد^(٣).

(١) أسيل باقر جاسم، مرجع سابق ، ص ١٢٥.

(٢) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق ، ص ١٢٥.

(٣) أسيل باقر جاسم، مرجع سابق ، ص ١٢٦.

هذا ولقد أشارت مبادئ الـ Unidroit التي تنظم شرط إعادة التفاوض إلى عامل الاختلال الناتج عن الحدث الذي يواجهه الشرط، حيث جاء في المادة (٦-٢-٢) أنه يجب إعادة التفاوض عند وقوع أحداث تهدم بصورة أساسية توازن الأداءات العقدية؛ وذلك إما لأن قيمة الأداء المقابل قد انخفضت، أو لأن تكلفة تنفيذ الالتزامات قد ارتفعت بشكل كبير، هذا بالإضافة للشرط المهم جداً والنموذجي الذي أعدته غرفة التجارة الدولية بباريس ICC بخصوص مواجهة الأحداث غير المتوقعة عند تنفيذ العقود الدولية، والذي نص على أنه: "في حالة وقوع أحداث غير متوقعة من الأطراف تغير بشكل أساسي توازن العقد، وتؤدي إلى وقوع أعباء غير عادلة على عاتق أحد الأطراف أثناء تنفيذ التزاماته، فيجب أن يُصار إلى تعديل بنود العقد" (١).

هذا ولا يفوتنا التأكيد مرة أخرى على أن اختلال التوازن العقدي المؤدي لإعمال شرط إعادة التفاوض، يختلف بشكل صريح عن الاختلال الطبيعي الذي تُسببه المخاطر العادية، والتي يجب على كل متعاقد أن يضعها في حسبانها وقت التعاقد على كل حال. بكلمة أخرى إن مجرد التغير البسيط في الأسعار أو في قيمة التكلفة أو في ثمن المواد الأولية المترتبة عن التقلبات الاقتصادية ليس كافياً بذاته للقول بحصول اختلال في توازن العقد (٢).

(١) المرجع السابق، ص ١٢٦.

(٢) أسيل باقر جاسم، مرجع سابق، ص ١٢٦.

فضلاً عن ذلك فإنَّ اختلال التوازن العقدي في العقود الإدارية الدوليّة يشهد تنوعاً كبيراً في طريقة التعبير عنه^(١) في العقود الإدارية الدوليّة، وبصورة عامّة يُمكننا القول إنّ التعبير عن اختلال التوازن العقديّ عند صياغة شرط إعادة التفاوض يتّخذ بشكلٍ عامٍّ أحد أسلوبيين:

١_ الأسلوب العام: حيثُ يعبر الأطراف عن اختلال توازن العقد من خلال استعمال مصطلحاتٍ عامّة بعض الشيء في دلالتها، يصفون من خلالها الأثر الذي ينتج عن تغيّر الظروف أثناء تنفيذ العقد. فقد يستعمل هؤلاء الأطراف على سبيل المثال عبارة (انقلاب توازن العقد)، أو عبارة (الاختلال في توازن العقد)، أو عبارة (اضطراب يغيّر بشكلٍ كبير التوازن الأساسي للأداءات)، كما قد يستعمل الأطراف مصطلحات تعبر عن حجم الضرر الذي قد يلحق بأحد المتعاقدين بسبب الاختلال في توازن العقد كالنص التالي (في حالة وقوع أحداث غير متوقّعة يكون من آثارها قلب التوازن الاقتصاديّ للعقد مسبباً ضرراً فادحاً لأحد الأطراف)^(٢).

٢_ الأسلوب الخاص: من خلاله يحدّد الأطراف بدقّة أي المسائل من مسائل العقد الجوهريّة هي التي يجب أن يطالها تنظيم العقد لإمكانية تفعيل شرط إعادة التفاوض، فقد يكون هذا العنصر هو الثمن، كالشرط الذي نصّ على أنّه: (إذا ما وقعت أحداثٌ من شأنها ارتفاع تكلفة الحصول على النقد أو الائتمان أو تخفيض المبلغ الأساسي أو الفائدة التي يمنحها البنك)، أو الشرط

(١) د. حمزة احمد حداد، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٥، ص ٣٨٧.

(٢) أسيل باقر جاسم، مرجع سابق، ص ١٢٦.

الذي نصَّ على أنه: (إذا أدَّى التغيير إلى تحقيق عائدٍ غير كافٍ لتغطية كلفة الصفقة)^(١).

هذا ولا شكَّ بأن تفعيل شرط إعادة التفاوض في العقود الإداريّة الدوليّة، يتطلّب بكلّ تأكيدٍ حصول اضطرابٍ بيّنٍ واختلال كبير في اقتصاديات العقد الإداري الدوليّ، نتيجة ظروف خارجيّة مستقلّةٍ عن إرادة الأطراف، وهنا يأتي دور أعمال شرط إعادة التفاوض وأهميّته، لإعادة التوازن العقدي إلى نصابه وإحقاق العدالة العقديّة وتجسيد المنطق القانوني السليم، والذي لا يقبل أن ينقلب توازن العقد بشكلٍ مُجحفٍ على حساب أحد طرفي العقد دون الآخر.

وفي الحقيقة فإنّه يبدو لنا من دون شكٍّ أن اعتماد الصيغ الخاصّة أفضل بكثير من اعتماد الصيغ العامّة للتعبير عن اختلال توازن العقد، حيث إنّهُ يحقّق للمتعاقدين وللمحكّمين فوائد كثيرة، ويمكنهم من تفادي الصّعوبات العديدة التي قد تنشأ عن استعمال المصطلحات العامّة، التي قد يشوبها عيب الغموض أو النقص أو التفسير المتعدّد.

ثانياً_ معيار تقدير الاختلال:

لتقييم الاختلال الذي قد يصيب التوازن العقدي فإنّه لابدّ أن نعتدّ أحد معيارين، ألا وهما المعيار الشّخصيّ والمعيار الموضوعيّ والذين سنوضحهما وفق التالي:

١_ **المعيار الموضوعي:** حيث يتبنّى المتعاقدون وفق هذا المعيار مقياس الرجل المعتاد، حيث ينحصر دور المحكّم أو القاضي وفقاً لهذا المعيار في

(١) أسيل باقر جاسم، مرجع سابق ، ص ١٢٦.

دراسة شروط العقد، و ماهي الظروف التي حصلت أثناء تنفيذه، وما حجم الاختلال المترتب على تلك الأحداث وفقاً لما يستطيع أن يتحمّله الشخص المعتاد الموضوع في ذات ظروف المدين^(١). هذا وتتبنى بعض قرارات التحكيم التجاري الدولي المعيار الموضوعي في تقدير الاختلال، ففي القرار الصادر في القضية رقم (١٥١٢) لعام ١٩٧١ الصادرة عن غرفة التجارة الدولية في باريس، أشارت هيئة التحكيم النازرة في النزاع إلى أنّ ما يجب أن يؤخذ به عند تقدير الاختلال هو الشروط الأساسية للعقد والعدالة في التنفيذ وفقاً للمعتاد، ولم يشر القرار التحكيمي إلى ظروف المتعاقدين الشخصية أو تقديرهم الخاص للاختلال^(٢).

هذا ويعيب جانب من الفقه^(٣) على المعيار الموضوعي أنّه يهمل بشكل كبير العوامل والظروف الخاصة بالمدين والتي قد يكون لها أثر كبير في التقدير السليم لمقدار الضرر، فقد يكون الضرر كبيراً من الناحية الموضوعية، بمعنى الضرر الذي قد يصيب متعاقداً آخر، إلا أنّه قد لا يكون كذلك بالنسبة إلى المدين نظراً لملاءته و كفاءته المالية الكبيرة.

وفي الحقيقة يمكن الردّ على ما تقدّم، بأنّ المعيار الموضوعي الذي يأخذ به المتعاقدون في ميدان التجارة الدولية ليس معياراً موضوعياً بحتاً، حيث إنّّه يأخذ بتقدير الرجل المعتاد الموضوع في ظروف المدين الشخصية نفسها، ما

(١) أسيل باقر جاسم، مرجع سابق ، ص ١٢٧.

(٢) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق ، ص ١٥٧.

(٣) عصام أنور سليم، خصائص البيع الدولي للبضائع، منشأة المعارف، الاسكندرية، عام ٢٠٠٤، ص ٨٤.

يعني أنّ هذا المعيار لا يهمل بشكلٍ مطلق الظروف الشخصية للمدين، بل يولي قدراً من الأهمية في تقدير الاختلال^(١).

هذا ويمكننا القول إنّ ما يثيره المعيار الموضوعي من انتقاد يتمثل في أنّه يسبّب في الحقيقة مشكلات كبيرة عند تفسير إرادة الأطراف و مقاصدهم، خاصّةً عند استعمال الأطراف تعابير عامّة أو غير محدّدة تحتمل التأويل والتفسير على أكثر من وجه، أو مصطلحاتٍ غامضةٍ يصعب تحديد نيتهم فيها.

٢_ المعيار الشخصي: يتمّ تقدير الاختلال وفقاً لمدى التغيّر الذي طرأ على الظروف الشخصية للمتعاقدين خصوصاً المدين المتضرر^(٢).

فالاختلال يُبرّر إعمال شرط إعادة التفاوض متى كان غير عادلٍ بالنسبة إلى المدين بحيث ترتّب عليه ضررٌ كبيرٌ بسبب فقدان العقد توازنه الطبيعي. وعدم العدالة هذا يظهر عندما يترك الضرر أثراً سلبياً بيناً في قدرة المدين على تنفيذ التزامه، حتى ولو لم يكن كذلك بالنسبة إلى مدينٍ آخر موضوع في ذات ظروف هذا المدين، و تتجلّى أهمية هذا المعيار في الحالات التي لا يكون فيها الموقف المالي والاقتصادي للمدين قوياً، فالاختلال وفقاً لهذا المعيار يكون كافياً لتفعيل الشرط متى أصيب المتعاقد بضرر فادح بالنسبة إليه، ولو لم يكن الضرر كذلك من الناحية الموضوعية أو بالنسبة لغيره^(٣).

(١) أسيل باقر جاسم، مرجع سابق ، ص ١٢٧.

(٢) أسيل باقر جاسم، مرجع سابق ، ص ١٢٧.

(٣) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق ، ص ١٦١.

ويميل المتعاقدون إلى اعتماد المعيار الشّخصي عند صياغة شرط إعادة التفاوض، حيث يدرجون في شروطهم التّعاقديّة بنوداً تشير لنسبة معيّنة من الاختلال تجيز طلب تعديل العقد، ومن دون شكّ فإنّ تحديد هذه النسبة يتمّ من خلال تقدير الظروف الشّخصيّة المحيطة بهم، هذا و يلجأ التحكيم للأخذ بالمعيار الشخصي عند عدم اتفاق الأطراف على الأخذ بمعيار معيّن في تقدير الاختلال^(١). و ينتصر الفقه للمعيار الشخصي الذي يظهر أنّه أكثر عدالة؛ لأنّه يأخذ في الحسبان عند تقدير مدى الاختلال حجم الخسارة التي لحقت بالمدين، والمكاسب التي أصابها الطّرف الآخر نتيجة الحدث المبرّر لإعمال شرط إعادة التفاوض، فضلاً عن أنّه يضع الظروف الماليّة والاقتصادية الخاصّة بالمدين في الحسبان عند تقدير الاختلال، ما يجعله أكثر انضباطاً وأكثر قرباً إلى تحقيق الهدف الذي يسعى إليه الشرط، وهو الحفاظ على العقد واستمرار الأطراف بتنفيذه رغم تغيّر الظروف من دون تحمّل ضررٍ فادحٍ من قبل أيّ منهما.

وهو ما نؤيده ونسير فيه مع ركب غالبية الفقه من ميلنا لضرورة الأخذ بالمعيار الشّخصي، عند تقدير الاختلال الذي يضرب التوازن الاقتصادي للعقد، لأنّ كلّ حالةٍ عقديّة هي برأينا حالةٌ متفرّدة تقتضي دراستها و تمحيص ظروفها على حدة، ولا يمكننا أن نأخذ بالمعيار الموضوعي لإعماله بشكلٍ جامد، من دون النّظر إلى ظروف المدين الشخصية بتفرّدها، لكنّ ذلك لا يعني الابتعاد بصورةٍ كاملة عن المعيار الموضوعي وعدم الاستئناس به مطلقاً، مع عدم تقبّلنا لفكرة النّظر إلى ما يشكّله العقد من مجمل أعمال

(١) أسيل باقر جاسم، مرجع سابق، ص ١٢٨.

المدين على المستوى الإجمالي، لأنّ هذا بنظرنا لا يعدّ مقياساً يؤخذ به وذلك للقوة الاقتصادية الكبيرة التي يتمتع بها أطراف هذه العقود، سواء من دولٍ أو حتّى من شركات عابرة للقارات، مع عدم إغفال أهمية السلطة التقديرية والرؤية القانونية للهيئة التحكيمية في كلّ قضية على حدة.

المطلب الثاني

القواعد التي تحكم عملية إعادة التفاوض

في حقيقة الأمر لا توجد قواعد قانونية نموذجية محددة تعمل على تنظيم عملية إعادة التفاوض المترتبة على أعمال شرط إعادة التفاوض، وذلك ببساطة لكون الشرط اتفاقاً يخضع بطبيعة الحال إلى مبدأ سلطان الإرادة، أي أنّ اتفاق الأطراف هو السبيل المحدد لآلية سير عملية إعادة التفاوض وقواعدها، ويتفق طرفا العقد على شكليات محددة لا بدّ من الأخذ بها لإعمال شرط إعادة التفاوض. ويبقى مبدأ حسن النية هو المظلة التي تحكم عمل هذا الشرط.

الفرع الأول

القواعد الشكلية

إنّ مضمون عملية إعادة التفاوض هو مراجعة العقد أو عنصر من عناصره في الحدود المتفق عليها بين أطرافه، لذا يجب أن يحدّد الأطراف بدقة جزء العقد الذي تأثّر بتغيّر الظروف، ومقدار هذا التغيّر، والأداء الواجب تعديله كنتيجة لهذا التغيّر، هذه الأمور تُشكّل الأساس الذي تدور حوله عملية إعادة التفاوض.

ولا يخفى أنّ الشروط التعاقدية التي ينظّم من خلالها الأطراف العملية التفاوضية، تركز بشكل أساسي على مضمون إعادة التفاوض ونتيجة العملية

التفاوضية، فلا تلتفت للشكليات والإجراءات الواجب السير عليها إلا في القليل منها.

وتتجلى أهمية الإجراءات الشكلية فيما قد يترتب تخلفها من خلافات بين الأطراف، فتخلفها قد يترتب عليه عدم بدء العملية التفاوضية في الأساس، خاصةً مع وجود المتعاقد سيء النية، و المسائل الشكلية التي يمكن أن تكون محلّ خلافٍ بين الأطراف، هي المدّة التي يجب فيها على أحد الأطراف الردّ على طلب الطرف الآخر لعملية إعادة التفاوض، والصورة التي تتخذها هذه الإجابة، بما نجمله بشروط قبول إعادة التفاوض والمعيار الحاكم لعملية التعديل.

أولاً _ قبول إعادة التفاوض:

تنصّ شروط إعادة التفاوض بصورةٍ عامّة على أنّ المتعاقد المضرور من تغيير الظروف، كون صاحب المصلحة في مراجعة العقد، يجب أن يخطر الطرف الآخر في أقرب وقتٍ عن التغيرات التي طرأت أثناء تنفيذ العقد، ونطاق هذه التغيرات والوسائل اللازمة لمعالجة هذا التغير، وبالتالي لا بدّ من أن نوضّح هاهنا المدّة التي يجب أن يتمّ فيها هذا القبول، والشكل الذي سيّخذه.

١_ مدّة القبول:

يكتسب ردُّ المتعاقد على طلب المتعاقد الآخر الدخول في المفاوضات أهميّة كبيرة، ولعلّ الأكثر أهميّة في هذا الصّدّد هي المدّة التي يجب أن يتمّ فيها هذا القبول، حيثُ تتأتّى هذه الأهميّة من عاملين رئيسيين^(١):

يتحدّد العامل الأول في الظروف المحيطة بعملية إعادة التفاوض، فإعادة التفاوض جاء لمواجهة الظروف الاستثنائية المتمثلة في التغيرات التي أصابت الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، ولإيجاد حلّ مناسبٍ لاستمرار تنفيذ هذا العقد. ولا شكّ أنّ مثل هذه الظروف تتسم بالخطورة والنتائج الضارة على كلا الطرفين أو أحدهما على الأقل. وتفادياً لهذه الآثار الضارة يجب على المتعاقد أن يجيب طلب المتعاقد الآخر في أسرع وقتٍ ممكنٍ، لأنّ التّأخّر في الردّ سيفاقم الأضرار بكلّ تأكيد^(٢).

بينما العامل الثاني فيتعلّق بالعقود الإدارية الدّولية من حيث ضخامتها، فضلاً عن أهميتها الكبيرة جدّاً بالنسبة إلى متعاقديها ودولهم، فتنفيذاً لهذه العقود يدخل أطرافها في علاقات كثيرة متشابهة مع أطرافٍ أخرى، والتأخير في دخول المفاوضات لمعالجة عقبات التنفيذ سينتج عنه أضرارٌ عديدة، ستلحق كلّ المتعاقدين مع المشروع الأصلي. ونظراً لأهميّة التنفيذ في الميعاد

(١) د. شريف محمد غنام ، مرجع سابق ، ص ٣٧٢.

(٢) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق ، ص ٣٧٣.

المتّفق عليه فيجب أن تكون إجابة المتعاقد بخصوص إعادة التفاوض بشأن العقد في أسرع وقتٍ ممكن^(١).

وعلى الرغم من أهميّة السرعة في الإجابة على طلب إعادة التفاوض، فنادرًا ما يهتمُّ الأطراف بتحديد مدّة زمنيّة يجب عليهم فيها إعطاء إجاباتهم، ومع ذلك يتّضح لنا من خلال فحص بعض الشّروط التعاقدية التي اهتّمت بتنظيم هذه المسألة أن أسلوب تحديد المدّة لم يخرج عن إحدى طريقتين: إما أن تُحدّد بشكلٍ صريحٍ في اتفاقهم مثل "يجب على المتعاقد أن يحدّد إجابته في مدّة قصيرة"، أو أن يحدّد الأطراف هذه المدّة بشكلٍ ضمنيٍّ، كأن يتّفقوا على أن يتقابلوا في أقرب مدّة زمنيّة لدراسة التّغيّرات التي استجدّت أثناء التنفيذ بغية الوصول لاتفاق، فتحديد الأطراف لمدّة زمنيّة يتقابلون فيها لإيجاد اتفاقٍ مشتركٍ، يعني ضمنيًّا أن إجابة المتعاقدين على الدخول في المفاوضات ستتمُّ ضمن هذه المدّة، ومن أمثلة هذا النوع من الشروط، الشرط الذي ينصُّ على أنه "في حالة التعديلات المهمّة التي يمكن أن تودّي إلى اختلال كبير في سعر تحويل العملات، والتي أشار إليها الأطراف في عقدهم، فإنّهم يتقبّلون دراسة هذه التعديلات في أقرب وقتٍ"^(٢)، كذلك الشرط الذي ينصُّ على أنّه "إذا لم يستطع ربّ العمل أو المفاوض أن ينفذ التزاماتهما التعاقدية كما هو

(١) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق ، ص ٣٧٤.

(٢) Philippe (D) Pacta sunt seservanda "and" rebus sic stantibus "in" the contribution of arbitration jurisprudence , Seminaire of 7 and 8 April 1986, I.C.C, Paris ,1986 P246 أشار إليه عند د. شريف محمد غنام، أثر تغيّر الظروف في عقود التجارة الدوليّة، ط ١، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧، ص ٣٧٣.

منصوصٌ عليها في العقد خلال ستة أشهر، فإنَّ الأطراف سيتقابلون في أقرب مدّة ممكنة لدراسة الآثار التعاقدية التي نتجت عن هذه الأحداث^(١).

والغالب في تحديد هذه المدّة هو أن يتمَّ تحديدها بشكلٍ ضمنيٍّ لا بشكلٍ صريح، فالأطراف لا يلتزمون الدقّة في تنظيم شروط إعادة التفاوض لدرجة تنظيم كافّة المسائل الفرعية والحديثات الصغيرة التي تحتوي عليها هذه الشّروط، ويرجع ذلك في الغالب لتركهم تنظيم هذه الأمور للقواعد العامة. ومهما يكن الأمر فيجب أن تتمَّ إجابة المتعاقد على طلب الدخول في التفاوض في أسرع وقتٍ ممكنٍ، تمشياً مع الموقف الاستثنائي الذي يوجد فيه الأطراف.

٢_ **شكل القبول:** يرى البعض أنَّ الشّكل الأساسي الذي يجب أن يتمَّ به القبول هو خطابٌ مسجّلٌ بعلم الوصول^(٢). لكنَّ الأمر يتوقّف حسب رأينا على مدى العلاقة بين الطرفين، فإذا كان الأطراف يرتبطون بعلاقات حسنة قويّة منذ فترة طويلة تقوم على الاحترام والثقة المتبادلة، فيكفي في هذه الحالة وجود مجرد خطابٍ عاديٍّ أو اتصال تلفوني، في حين إذا كانت هذه العلاقة حديثة العهد أو يشوبها شيء من الاضطراب، فسيحرص الأطراف من دون شكٍّ على تحديد الشكل الذي قد يتّخذه قبول أحدهما التفاوض مع الآخر.

وتظهر المشكلة في الحقيقة في حالة إذا ما لزم المتعاقد السكوت، ولم يردَّ على دعوة المتعاقد الآخر إلى التفاوض لا بالرفض ولا بالقبول، فهل يعدّ هذا

(^١) Leroy (D) The major force in the international trade, These , Paris, 1992, p95.

(^٢) Cabas (F) The clause of hardship, these, 3rd cycle, Montpellier, 1, 1981, p95.

السكوت قبولاً، أم يحتاج القبول للتعبير الصريح عنه و يعدّ هذا السكوت رفضاً^(١)؟

يتّجه رأي الفقه -بحق- إلى عدّ هذا السكوت قبولاً مستنداً في ذلك لنوعين من الحجج، حجج قانونيّة و حجج منطقيّة:

أمّا الحجج القانونيّة فتتمثّل في أنّ وجود شرط إعادة التفاوض، يفترض وجود إرادة ضمنيّة عند الطرفين المتعاقدين بإعادة التفاوض في حال اختلال توازن العلاقات التعاقدية، فإذا افترضنا أنّ طلب المتعاقد المضرور بإعادة التفاوض إيجاباً مقدّماً منه، فالإرادة الضمنيّة المتبادلة تقتضي ممّا فهم هذا السكوت على أنّه قبول^(٢). فالأصل أن يقبل الأطراف التفاوض ما لم يعبروا صراحةً عن رفضهم ذلك، فضلاً عن أنّه في حال وجود معاملات جارية ومتشابكة بين الأطراف فإنّ القضاء يميل إلى عدّ هذا السكوت قبولاً.

في حين أنّ الحجج المنطقيّة تتمثّل في أنّ شرط إعادة التفاوض يضع التزاماً على عاتق الأطراف بالتفاوض، وهو التزمّ بتحقيق نتيجة يقتضي جلوس الأطراف على مائدة التفاوض، والمتعاقد الذي يرفض تنفيذ هذا الالتزام يعدّ مرتكباً لخطأ تعاقدى يوجب قيام مسؤوليته، فهو لا يعطي الخيار بقبول أو رفض التفاوض، وبما أن الأطراف مجبرون على التفاوض في كلّ عناصر

(١) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٣٧٥.

(٢) Cabas Op.Cit,p96.

العقد أو في بعضها، في إطار من التشاور المتبادل بمجرد إخطار بسيط دون الحاجة للكتابة^(١)، فسكوته في هذه الحالة لا يفهم إلا على أنه قبول.

ثانياً_ المعايير التي يتم على أساسها إعادة التفاوض:

في الحقيقة حين يجتمع الأطراف حول مائدة التفاوض فإنهم يسعون ولا شك إلى تحقيق هدف معين. فهل يسعون من تعديل العقد إلى إعادة التوازن الأساسي للعقد والذي اختلّ جرّاء الظروف المستجدة، أم إلى رفع الضرر الفادح الذي أصاب أحدهم بغض النظر عن اختلال توازن العقد، أم يقصدون الأمرين معاً، رفع الضرر الذي أصاب أحد طرفي العقد و إعادة التوازن له، وهو ما يتم على أساس المعايير المعتمدة التي يتم بناءً عليها إعادة التفاوض.

من النادر أن يتفق أطراف العقود الإدارية الدولية صراحةً على معيارٍ محدّد يتم بناءً عليه مراجعة العقد، لكن يمكننا أن نجعلها في ثلاثة معايير، ألا وهي المعيار الموضوعي والشخصي والمختلط.

١_ المعيار الموضوعي:

يركّز هذا المعيار على الموقف التعاقدي الذي كان موجوداً عند إبرام العقد وقبل اختلال التوازن العقدي، بمعنى أنّ إعادة التفاوض وفقاً لهذا المعيار يجب أن تؤدي إلى إعادة التوازن الأساسي لأداءات المتعاقدين، أي إلى الحال الذي كان وقت إبرام العقد أو إلى توازنٍ شبيه به^(٢)، ويمكننا القول إنّهُ وفقاً لهذا المعيار لا يهتمّ الأطراف بالموقف الشخصي للطرف المتضرر منهم،

(١) Leroy ,Op.Cit, p735.

(٢)Cabas, Op.Cit, p96.

بمعنى أن الأضرار التي يتحملها هذا الطرف ليست محل اعتبار في عملية إعادة تعديل العقد، فالأطراف يجرون المراجعة للعقد على أساس حسابي بحث، آخذين في الحسبان أجزاء العقد التي تأثرت، فيقومون بإعادة تقييم كل العناصر الموضوعية للعقد كي يصلوا إلى التوازن العقدي الأصلي^(١)، وكمثال على هذا المعيار الشرط الذي نص على أنه يجب أن يتم التعديل وفقاً لما يأتي "بطريقة تضع الأطراف في وضع متوازن بالمقارنة مع الوضع الذي كان موجوداً وقت إبرام العقد الحالي" بالإضافة إلى الشرط التالي والذي نص على أنه "في حالة وقوع أحداث غير متوقعة يكون من شأنها قلب الأسس الاقتصادية للعقد الحالي، يتفق الأطراف على عودة تلك الأسس التي كانت موجودة وقت إبرام العقد".

ـ **تقييم المعيار الموضوعي:** إن الميزة الأساسية التي يتمتع بها هذا المعيار، أنه يضيف قدراً بيّناً من الثبات القانوني على المعاملات القانونية بالمقارنة مع المعيار الشخصي غير المحدد، فالمعيار الموضوعي يركّز على عناصر موضوعية مثل مستوى الأثمان، والتكلفة، والتوازن الأساسي للعقد، ولا يركّز على مفاهيم غير محددة تتباين من عقد لآخر، كالعادلة التي يشير إليها المعيار الشخصي^(٢).

وقد ثمن بعض الفقهاء دور المعيار الموضوعي في هذا الصدد، وعلى الرغم من ميزات هذا المعيار، إلا أن من أبرز الانتقادات الموجهة له أنه معيار متشدد، فهو قد يؤدي إلى بعض النتائج السيئة على المستوى الشخصي

(١) Cabas, Op.Cit, p96.

(٢) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٣٧٨.

للمتعاقدين، وإن كان يعمل على إعادة التوازن الأساسي الموضوعي للعقد، فإعادة التوازن للعقد لا تعني رفع كلّ الضرر عن الأطراف. وفي حقيقة الأمر فإننا نرى أنّ اعتماد المعيار الموضوعي وحده كمعيار لعملية إعادة التفاوض، معيار متشدّد جافّ غير كافٍ لوحده لتحقيق العدالة المطلوب تحقيقها من عملية إعادة التفاوض، على الرّغم من أهميّته ودوره الذي لا يمكن إنكاره خاصّة وأنّه يعمل على إعادة التوازن الأساسي للعقد. وحتى تُحقّق عملية إعادة التفاوض الغاية الحقيقيّة التي وُجدت لأجلها، فلا بدّ من بعض المراعاة للحالة الشخصيّة للطرف المضرور والواقع الاقتصاديّ له بعد الحدث الذي طرأ على العقد مؤدياً لاختلال توازنه.

٢_ المعيار الشّخصي:

لا يركّز المعيار الشّخصي على عملية إعادة التوازن للعقد على أسس موضوعيّة ثابتة، لكنّه يركّز بشكلٍ أساسي على بيئة العقد والأحوال المؤثّرة به ومقدار التّغيير الذي طرأ عليه، كالتّغيير الاقتصادي وموقف الأطراف من مدى حاجتهم إلى العقد، ومقدار الضرر الذي لحق طرفي العقد نتيجة تغيير الظروف، وخاصّة الطرف المتضرر من هذا التّغيير، بالإضافة إلى مقدار الاستفادة التي أصابها الطرف الآخر من العقد. بمعنى أنّ هذا المعيار يركّز على مقدار التّغيير بالأداءات للأطراف وزيادة المكاسب والنقص في الالتزامات التي لحقت كلّاً منهما نتيجة هذه الظروف الخارجيّة^(١).

(١) Cabas, Op.Cit,p111.

وتركز الصياغة التي يعتمدها الأطراف وفقاً لهذا المعيار على روح العدالة التي يجب أن تفرض نفسها عند تفعيل عملية إعادة التفاوض، بحيث تؤخذ الظروف الشخصية للمتعاقد ومدى تأثرها بالظروف الخارجية في الحسبان، وكمثال على ذلك نذكر بعض الشروط العقدية، كالشرط الذي ينص على أنه "يجب أن تتم المفاوضات بشكلٍ عادلٍ وفي روح من الأمانة والموضوعية، والتي تُعدُّ الأساس في العلاقات التي تربط بين الأطراف، وبصورةٍ تأخذ في الحسبان مقدار الضرر الذي أصاب المدين" ^(١)، والشرط الذي يصف عملية سريان المفاوضات بأنها تجري "في روح من التقاهم والعدالة" ^(٢)، بالإضافة للشرط الذي ينص على أنه "يجب أن تكون المراجعة مناسبة وعادلة وفقاً لظروف المتعاقدين" ^(٣). وأخيراً الشرط الذي يمنع استفادة أحد المتعاقدين من الموقف على حساب الآخر بصريح النص على أن تتم المراجعة بغاية "ألا يحقق أحد الأطراف مكسباً أو فائدةً على حساب الطرف الآخر نتيجة الموقف الذي استجد" ^(٤).

والعدالة التي تُشير إليها هنا هي العدالة في توزيع الخسائر والمكاسب التي يحققها كل طرف، فهي عدالة شخصية وليست موضوعية، توجب تعويض الطرف المتضرر من تغيير الظروف بشكل أكبر من المتعاقد الآخر، حتى ولو لم يترتب على هذا التغيير قلب التوازن الاقتصادي الكلي للعقد.

(١) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٣٧٩.

(٢) المرجع السابق، ص ٣٧٩.

(٣) د. شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص ٣٨٠.

(٤) مشار إليه عند د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، Philippe Op.Cit, P246 (٤) ص ٣٨٠.

إنَّ المعيار الشَّخصيَّ وإذ لا يمكننا إنكار أهميَّته ومدى فاعليَّته في العمل على إعادة التوازن إلى العقد بعد اختلاله، إلَّا أنَّه يبقى قاصراً لوحده عن إعادة التوازن بالشكل الأمثل للعقد، فعملية إعادة التوازن المفقود للعقد لا يمكن برأينا أن تتركز على أسس شخصيَّة خاصَّة بالطَّرف المضرور لوحده، بل لا بدَّ من شيء من الموضوعيَّة التي لا يمكن إغفالها لنستعين بها إلى جانب المعيار الشَّخصيَّ، فنصل بذلك إلى أفضل صورة يمكن اعتمادها لإعادة التوازن إلى العقد، وهو ما نرى تحقُّقه في المعيار المُختلط.

٣_ المعيار المختلط:

يجمع بين كلا المعيارين الموضوعيِّ والشَّخصيِّ في آنٍ معاً، فيشير إلى التوازن الأساسي للعقد وتوازن الأداءات من جانب، ويأخذ في جانب آخر العدالة في توزيع الخسائر والأرباح التي لحقت كلَّ طرف نتيجة التغيُّر الطَّارئ الذي أدَّى إلى اختلال توازن العقد.

وهناك العديد من الأمثلة الشرطيَّة التي أخذت بالمعيار المختلط مرتكزاً وملاذاً لها لتدور حوله عملية إعادة التفاوض، كالشرط الذي ينصُّ على أنَّه "في حالة وقوع أحداثٍ غير متوقَّعة ينتج عنها تغيُّر الأساس الاقتصاديِّ للصفقة الحاليَّة مُلحقةً ضرراً بأحد الأطراف، فإنَّه وبالزَّوج نفسها التي كانت موجودةً وقت إبرام العقد، يضع الأطرافُ اتفاقاً حول تعديل وقت التَّنفيذ....، بطريقةً تعيد الأطراف إلى وضعٍ متوازنٍ بالمقارنة مع الوضع الذي كان

موجوداً وقت إبرام العقد، وبشكلٍ يرفع الضرر عن المدين^(١)، والشرط الذي ينصُّ على أنّه "بنفس روح حُسن النّيّة التي كانت موجودةً وقت إبرام الاتفاق الحالي....، يتمُّ تعديل العقد بطريقةٍ تضع الأطراف في نفس وضع التّوازن، بالمقارنة مع الموقف الذي كان موجوداً وقت إبرام العقد الحالي، وبشكلٍ يرفع الضرر الفادح عن الأطراف"^(٢).

_ تقييم المعيارين الشّخصيّ والمُختلط: لعلّ من أهمّ الانتقادات التي طالت سهامها المعيار الشّخصيّ هي ارتكازه على فكرة العدالة، وهي فكرةٌ غير منضبطةٍ وغير محدّدةٍ بأطرٍ ثابتةٍ، بالإضافة لأنّ تقديرها يتباين من متعاقدٍ إلى آخر ومن عقدٍ لآخر. فإضفاء الطابع الأخلاقيّ على العلاقات يسمح بمختلف أنواع التّقديرات، وينتج عن ذلك أنّ الأخذ بها من شأنه أن يؤدي إلى فقدان الأمان والثّبات القانونيّ الذي يجب أن تتسم به العلاقات بين الأطراف^(٣)، وعلى الرغم من ذلك فإنّه لا يمكن أن تُنكر ماله من مميزات دفعت البعض إلى وصفه بأنّه "الأساس المعتاد للعلاقات بين الأطراف"^(٤)، فرجال الأعمال والشركات العملاقة العابرة للقارات لديهم حساسيّة كبيرة تجاه الصّبغة الأخلاقيّة في تعاملاتهم، وأفكار حُسن النّيّة والأمانة والعدالة لها معانٍ محدّدةٌ لديهم^(٥)، ولاشكَّ أنّ هذه الأطراف لا تنقصهم القدرة على التّحديد الدّقيق للمقصود بفكرة العدالة في إطار العقد، وفي إطار المعيار الشّخصيّ الذي

مشار إليه عند د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، P252، Philippe, Op.Cit،
ص ٣٨٠.

(٢) Cabas, Op.Cit,p111.

(٣) Cabas, Op.Cit,p114.

(٤) د. غنام، محمد شريف، مرجع سابق، ص ٣٨١.

(٥) Cabas, Op.Cit,p111.

يأخذ به هذا العقد، تفادياً للغط الذي قد يساير فكرة العدالة وابتعاداً عن المشكلات التي يمكن أن يُسببها الغموض الذي قد يحيط بها.

ويدعم أصحاب هذا الرأي وجهة نظرهم هذه بالقول إنّه حينما تتغير الظروف التي كانت موجودة وقت إبرام العقد، فإنّ السبب الذي أدّى إلى هذا التّغير لم يكن معلوماً ولا متوقّعاً لا من حيث نتائجه ولا من حيث أسبابه، فإنّ تقدير الظروف الشّخصيّة للمتعاقدين وإعمال العدالة عند تعديل التزامات المتعاقدين بصورة كليّة، بما يُلائم التّغيرات الجّديدة في الظروف أمرٌ يساير المنطق والمعقوليّة في الطّرح، فالموقف الجّديد الذي أصبح فيه الأطراف لا بدّ أن يكون موضع حُسان، والأضرار التي لحقت بهم يجب أن تؤخذ في الحُسان، وإلاّ لن تكون هذه التّعديلات جادّة ومفيدة بحيث يستطيع الأطراف مواجهة مختلف الظروف الاقتصاديّة والاجتماعيّة والسّياسيّة التي قد تلحق بالعقد. ولمواجهة الانتقادات التي أحاطت بفكرة العدالة في توزيع الخسائر والأرباح بين المتعاقدين، بالإضافة إلى المفاهيم الشّخصيّة التي يقوم عليها هذا المعيار، فإنّ القائلين به ينصحون بتكاملته ببعض المفاهيم التي يقوم عليها المعيار الموضوعي، مثل توازن الأداءات التّعاقدية أو الأثمان الجّديدة أو عناصر التّكلفة^(١).

في حقيقة الأمر إنّ هذا الخلط بين المعيارين الموضوعي والشّخصي أدّى إلى استحداث معيارٍ مختلط، فهو يجمع عناصر المعيارين معاً آخذاً بحسناتهما، متفادياً العيوب الخاصّة بهما. فهو يتجنّب النتائج الضّارة التي قد

(١) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٣٨٢.

تترتب على الأخذ بالمعيار الموضوعي وحده، فيعيد التوازن الأساسي للعقد مع الأخذ في الحسبان الظروف الشخصية^(١)، كذلك فإنه يُجانب الغموض وعدم الانضباط الذي تتسم به فكرة العدالة التي تشكل حجر الزاوية التي يقوم عليها المعيار الشخصي، فيأخذ ببعض المعايير الموضوعية التي قد ترشد الأطراف أو المحكمين عند أعمال عملية إعادة التفاوض^(٢)، وهناك جانب من الفقه يرى أن هذا المعيار يُقدّر العوامل الشخصية للمتعاقدين كحل احتياطي من الدرجة الثانية، كي يقود إعادة التعديل في الحالات التي تفشل فيها المعايير الموضوعية بتحقيق العدالة بشكل كامل^(٣).

وفي الحقيقة من خلال دراستنا لهذه المعايير الثلاثة التي تقوم عليها عملية إعادة التفاوض نجد أن أفضلها وأكثرها توازناً ومنطقية هو المعيار المختلط، فهو يتقاضي الصلابة والصرامة التي قد تجافي العدالة في بعض الحالات التي يأخذ بها المعيار الموضوعي، مع ما لهذا المعيار من حسنات لا يمكن إنكارها، وبالمقابل يأخذ بالجانب الإيجابي الذي يتسم به المعيار الشخصي، فلا ينكر فكرة العدالة التي يجب أن تتسم بها العقود الإدارية الدولية إن حصلت حوادث مفاجئة قلبت التوازن الاقتصادي للعقد، فهو معيار يقدر المعيار الموضوعي ويحترم الثبات الموضوعي والقانوني الذي يسبغه على عملية إعادة التفاوض، لكنه وفي الوقت ذاته لا يتصل من حقيقة أن لكل حالة عقدية فرادتها وخصائصها، التي تستحق مراعاة العناصر الشخصية

(١) المرجع السابق، ص ٣٨٢.

(٢) Cabas, Op.Cit,p115.

(٣) د. غنام، محمد شريف، مرجع سابق، ص ٣٨٣.

لأطراف العملية العقدية والأخذ بها، فهو المعيار الأكثر تكاملاً والأكثر توازناً بما ينسجم مع مفهوم العدالة ويتفق مع المنطق القانوني السليم، ليكون مُرتكزاً وأساساً تقوم وتُبنى عليه عملية إعادة التفاوض بين الأطراف، وبناءً على كل ما سبق نرى أنَّ المعيار المختلط هو الملاذ الآمن والخيار الأنسب ليكون المعيار والميزان الذي تستند إليه عملية إعادة التفاوض، فخصائص هذا المعيار وميزاته التي تجمع خصائص وميزات المعيارين الموضوعي والشخصي معاً، وتعمل على تجاوز ما فيهما من سلبيات ونقاط ضعف، تجعله برأينا المعيار الأكثر ملاءمةً، فلا يعتمد العناصر الموضوعية لإعادة التوازن الأساسي للعقد بشكلٍ جافٍ صلب، بعيداً عن كل اعتبار للحالة الخاصة بالطرف المتضرر، ولا يعتمد فكرة العدالة المجردة مرتكزاً غير منضبطٍ له.

الفرع الثاني

مبدأ حُسن النية في إعادة التفاوض

عندما تتوفر البيئة المناسبة لإعادة التفاوض، يجتمع أطراف العقد حول مائدة التفاوض، بقصد الوصول إلى اتفاقٍ مشتركٍ لمواجهة التغير في الظروف الذي أصاب تنفيذ عقدهم. هذا وتتجرأ عملية إعادة التفاوض إلى جانبين، إعادة تفاوضٍ مادية وإعادة تفاوضٍ نفسيةٍ أو معنوية. فالجانب المادي من إعادة التفاوض هو عملية تبادل المراسلات والتقابل والمشاركة في التفاوض. أما إعادة التفاوض النفسية أو المعنوية فنقصد بها أن يكون غاية الأطراف وهدفهم الوصول إلى اتفاقٍ مشتركٍ، من خلال تقديم اقتراحاتٍ منطقيةٍ ومعقولةٍ

وجادة يُمكن للطرف الآخر أن يتقبلها، بمعنى أدق ألا يتعنّت أو يتصلّب أو يتعسف أيّ من الطرفين بطرح أفكاره في مواجهة الطرف الآخر، أي أن يعمل كلّ متعاقدٍ وفقاً لمقتضيات حسن النية والأمانة التي يجب أن تخيم على أجواء إعادة التفاوض.

وحسن النية في تنفيذ العقود مبدأً مُعترف به في كلّ الأنظمة القانونية، لا بل إنّ الكثير من النظم القانونية تبني عليه العديد من المبادئ الأخرى، فضلاً عن ذلك يعدّ مبدأ حسن النية مبدأً معترفاً به في العلاقات التجارية الدولية، بل يعتبره البعض جوهر قانون التجارة الدولية وجزءاً من النظام العام، لا يمكن استبعاده، وعلى الرغم أنّ مبدأ حسن النية مبدأ عامّ يطغى على كلّ مراحل العقد تكويناً وتفسيراً وتنفيذاً، وسواءً أكان العقد دولياً أم داخلياً، إلا أنّه يكتسب أهمية خاصة عندما يتعلّق الأمر بالعقود الإدارية الدولية، فضلاً عن أنّ له تطبيقات خاصة في فترة إعادة التفاوض بسبب وقوع الحدث المُسبّب لعملية إعادة التفاوض ال Hardship.

أولاً - التعبير عن حسن النية في العقود الإدارية الدولية:

حسن النية هو اصطلاح أخلاقي مرادف للأمانة والنزاهة والاستقامة والإخلاص والثقة في العلاقات بين الأطراف، ويتمنّع مبدأ حسن النية بأهمية كبيرة في العقود الإدارية الدولية، ويترتب عنه العديد من الالتزامات، كالالتزام بالتعاون والتشاور عند وجود صعوبات في التنفيذ، والالتزام بالإخطار عند وقوع الحدث الذي أثر في التنفيذ^(١).

(١) د. غنام، محمد شريف، مرجع سابق، ص ٣٨٧.

ومع اتفاق الفقه والقضاء على الدور المهم الذي يلعبه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية الدولية، فإنه تختلف أساليب التعبير عنه، فقد يُشار إليه بالالتزام العام بالأمانة، أو الالتزام بالتعاون بين الأطراف، أو واجب الحرص والاحتياط الذي يجب أن يكون عليه أطراف العقود الإدارية الدولية^(١).

١- حسن النية والالتزام العام بالأمانة:

الالتزام بالتصرف بأمانة هو التزام عام يسيطر على كل مراحل العقد، فالأصل أن الأطراف عند إبرامهم للعقد قد أخذوا عامل الوقت في حسابهم وأثره على تنفيذ التزاماتهم التعاقدية، ومدى الفائدة التي سيجنونها من هذا العقد، ما يُوجب أنهم عملوا على تجنب أي نتائج سلبية قد تواجههم في وضع الشروط المناسبة التي تراعي مصالحهم. ثم يجب على كل طرف أن يقوم بتنفيذ التزاماته التعاقدية كما وردت في العقد، حتى تحقق هذه الشروط الفائدة التعاقدية المرجوة من العقد.

ويرى جانب من الفقه أن الالتزام العام بالأمانة هو التزام يفرض نفسه على المتعاقدين وينطبق دون النص عليه في صريح العقد^(٢)، وهو يعني امتناع كل متعاقد عن سوء النية أثناء تنفيذ العقد، أي أن ينفذ كل منهما التزامه بشكل يستفيد منه المتعاقد الآخر، لا أن يقف عند التنفيذ الحرفي لالتزاماته، بل أن يعمل على التنفيذ بقصد العمل على إفادة المتعاقد الآخر^(٣).

(١) د. محمد شريف غنام، مرجع السابق، ص ٣٨٧.

(٢) د. محمد شريف غنام، مرجع سابق، ص ٣٨٨.

(٣) المرجع السابق، ص ٣٨٨.

هذا وإنَّ الالتزام بالتّنفيز بحسن نيّة وأمانة هو التّزام يلقى بظلاله على عاتق كلّ من الدّائن والمدين، فيجب على المدين القيام بأداء التّزاماته على الصّورة التي تحقّق أكبر فائدة للدّائن، وبذل قصارى جهده في توقّع ما قد يعيق التّنفيز، والعمل على تجاوز معوقات التّنفيز كافّة، لكن بالمقابل هناك التّزام مهمّ يقع على عاتق الدّائن، ألا وهو أن يعمل على تسهيل تنفيذ المدين لالتزاماته، وذلك بتقديم المعطيات كافّة التي تساعد على ذلك، فضلاً عن تقديم المساعدة في هذا الإطار^(١).

ولا بدّ من الإشارة لملاحظة في غاية الأهميّة في هذا الصّدّد، حيث يقوم الفقهاء بالتّفريق بين نوعين من الأمانة في مجال تنفيذ العقد: الأمانة التّعاقديّة وأمانة المتعاقدين. فالمقصود بأمانة المتعاقدين هو سلوك أو موقف فرديّ لأحد المتعاقدين في تنفيذ التزاماته. في حين أنّ الأمانة التّعاقديّة فكرة مجردة تشيّر إلى الموضوعيّة في التّقدير، بالإضافة إلى استخلاص نتائج عامّة يمكن أن تُطبّق على سلوك كلّ متعاقد وليس على سلوك متعاقد بذاته^(٢).

وبالتّالي يمكننا القول استناداً لذلك إنّّه من الممكن أن نعدّ أحد المتعاقدين حسن النّيّة بالنّظر إلى ظروفه الشّخصيّة والموقف الموجود فيه، في حين أنّه من النّاحية الموضوعيّة واستناداً إلى حُسن النّيّة المطلق لا يمكن أن نعهده حسن النّيّة، هذا ويرى الأستاذ VOUIN صاحب الفضل والسّبق في التمييز

(١) د. السيد البدوي، حول نظريّة عامّة لمبدأ حُسن النّيّة في المعاملات التّجاريّة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، عام ١٩٨٩، ص ٩١٠.

(٢) PICOD (Y) The duty of loyalty in the performance of the contract ,These , LGDJ, 1989 ,P82.

بين فكرتي الأمانة التعاقدية وأمانة المتعاقدين^(١)، أنَّ الأمانة المتطلّبة من المتعاقدين في ميدان العقود الدولية هي الأمانة التعاقدية وليست أمانة المتعاقدين؛ ويعود ذلك إلى أنَّ المحكم أو القاضي بلجونه إلى معيار الأمانة التعاقدية يعزف عن الخوض في أحوال الضمير ودراسة الجوانب النفسية والباطنية للمتعاقد^(٢)، مُعتمداً على عمومية الحلول وتلقائيتها لاستنباط قواعد عامة من السلوك تنطبق على كلّ المتعاقدين. وأخذاً بمبدأ الأمانة التعاقدية أشار المحكم عند فصله في النزاع القائم بين شركة KLOCKNER ودولة الكامبيرون، إلى أنَّ "المبدأ الذي يلتزم بموجبه أحد الأشخاص في علاقة تعاقدية، ويتعامل وفقه مع المتعاقد الآخر بطريقة صريحة أمانة وسليمة النية هو مبدأ أساسي..... إنه المعيار الذي ينطبق على كلّ العلاقات التعاقدية البسيطة منها والمركّبة"^(٣).

هذا وتنبولر الأهمية التي يكتسبها مبدأ حسن النية أو الالتزام العام بالأمانة في العقود الدولية وفقاً لعاملين اثنين:

الأول: يعود إلى محتوى ومضمون قانون التجارة الدولية Lex Mercatoria الذي يحكم هذه العقود، فهو بخلاف القوانين الوطنية لا يحتوي إلا عدداً قليلاً

(١)VOUIN Of unpredictability in private law relations, These , Nancy , 1922 , p133 ، مرجع سابق، محمد شريف، غنام، د. مشار إليه عند د. ٣٨٩.

(٢) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق ، ص ٣٩٠.

(٣) قرار صادر من المركز الدولي لمنازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، صادر في تشرين الأول ١٩٨٣، مشار إليه عند د. شريف محمد غنام، مرجع سابق ، ص ٣٩٠.

من القواعد المُكمّلة لإرادة الأطراف. وبناءً على ذلك فإنّ المحكمين ملزمون باستنباط الحلول للنزاعات التي تُعرض عليهم من مبادئ أعلى يُمكن أن تنطبق على هذه العقود، تمنحهم الإمكانية لوضع قواعد متناسقة وموحّدة، وعلى رأس هذه القواعد هو مبدأ حُسْن النّيّة في تنفيذ العقود^(١).

والثاني: هو الحيز الذي يشغله حُسْن النّيّة في العلاقات التجاريّة الدوليّة، حيثُ -وبحق- يعتمد عليه فقهاء التجارة الدوليّة في ترتيب الكثير من النتائج المُختلفة، عمّا هو معمولٌ به في القوانين الوطنيّة.

هذا وإنّ الدّراسة المتأنيّة لقرارات التّحكيم الصّادرة بهذا الشّأن تُمكننا من استخلاص بعض السّلوكيّات التي يفرضها المحكّمون، والتي تفرض نفسها في الميدان الدّولي، حيثُ إنّها سلوكيّات تصلح للمتعاملين في الميدان الدّولي بعيداً عن جنسيّاتهم أو القانون الذي يحكم علاقاتهم. ويعدّ حُسْن النّيّة والنّصرّف بأمانة أوّل هذه السّلوكيّات، فهو المرشد لكلّ الإجراءات أو الأعمال التي تصدر عن الأطراف^(٢).

واستناداً إلى ما سبق، حُكم بأنّه لا يجوز للدّائن أن يتحلّل كليّةً من التزامه تجاه المدين ويتمسّك بفسخ العقد، إذا ما قصر المدين في تنفيذ جزء قليلٍ من التزاماته، أو لمجرّد التأخير في هذا التّنفيد. فالمُشتري لبضاعةٍ كانت محلّ عمليّات متتابعة من السّليم لا يُقبلُ منه الاحتجاج بالتأخير في إحدى عمليّات

(١) MAYER (P) , The principle of good faith before the arbitrators of international trade , In mélanges Pierre Lalive ,1993 ,P543.

(٢) القرار التحكيمي الصّادر عن غرفة التّجارة الدوليّة بباريس في القضيّة (٢١٣١) لسنة

التسليم، وذلك كي يلغي مجمل العمليات التي لم تُنفذ بعد^(١). فقانون التجارة الدولية Lex Mercatoria والذي اتفق الأطراف على تطبيقه يقتضي أن تُنفذ العقود بحسن نية، وهو ما يُوجب أن يختار المشتري الجزاء المناسب بعد أن يُعذر البائع، ومن دون شك فليس من العدل أبداً إلغاء العقد كله لمجرد التأخير في تنفيذ جزء بسيط منه وبناءً على كل ما سبق نرى العديد من قرارات التحكيم تُعبر عن حسن النية في تنفيذ العقود بالأمانة التعاقدية، حيث إن حسن النية نتيجة طبيعية للالتزام العام بالأمانة.

٢- التعبير عن حسن النية بالإشارة إلى واجب التعاون بين الأطراف:

في حقيقة الأمر إن واجب التعاون بين الأطراف يعدّ صورةً أخرى من صور حسن النية في العقود الإدارية الدولية، فالعقود الإدارية الدولية تتجاوز النظرة التقليدية التي تركز على ضرورة أن يتشبّث كل طرف بمصالحه بصورة مطلقة، ضارباً بعرض الحائط بمصالح المتعاقد الآخر، وألا ينتظر من الطرف الآخر التعاون لتحقيق مصالحهما المشتركة. فالعقد في مفهومه التقليدي ينشأ بين طرفين متعارضين المصالح ومن طبائع الأمور أن يعمل كل طرف على تحقيق مصالحه وحفظها على حساب المتعاقد الآخر^(٢).

(١) القرار التحكيمي الصادر عن غرفة التجارة الدولية في باريس في القضية (٥٠٩٤) لسنة ١٩٨٩.

(٢) د. حسام الدين كامل الأهواني، تقرير مقدّم إلى ندوة "الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية"، الجزء الخاص بـ "المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي"، معهد قانون الأعمال الدولي، القاهرة ٢-٣ كانون الثاني عام ١٩٩٣، ص ١٠.

إنَّ هذه الصَّورة المِثاليَّة للعقد تعطي مجالاً واسعاً إلى الأطراف للتعاون والتعاقد^(١)، بقصد تحقيق الأهداف المشتركة لهم والمُتأثية من العقد تحت مسمى حسن النِّيَّة، فحسن نِّيَّة الأطراف يوجب عليهم التَّعاون بغية الوصول إلى اتفاقٍ مقبولٍ منهم، يراعي مصالحهم ويسمح لهم في ذات الوقت بالحفاظ على علاقاتهم بأفضل صورةٍ. فالأهمية الكبيرة التي تمثلها العقود الإداريَّة الدوليَّة إضافة إلى الثقل الاقتصادي الكبير سواء لأطراف هذه العقود أو للدول التي تنتمي إليها هذه الأطراف، تعدّ مصدراً أساسياً من مصادر روح التَّعاون بين الأطراف^(٢)، فهذه العقود هي من أكثر المظاهر الاقتصاديَّة القانونيَّة استحضاراً لروح التعاون بين أطرافها ويعدّ طول مدَّة العقود الإداريَّة الدوليَّة مصدراً أساسياً لواجب التَّعاون بين الأطراف، ومحقّزاً كبيراً لهم على تجاوز الصعوبات والمعوقات كافة والعقبات التي تظهر أثناء التَّنفيذ للتغلب عليها والسَّير قدماً نحو بلوغ العقد نهايته الطبيعيَّة، والسَّير به نحو النجاح.

فكثير من العقود الإداريَّة الدوليَّة والعقود الدوليَّة تتطلب مدداً زمنيَّةً طويلةً لتنفيذها، كالعَمليَّات المُتعلِّقة بالتمويل والاستثمار وبيع الصناعات الكبيرة، ولا يفوتنا من دون شكَّ عَمليَّات وعقود نقل التَّكنولوجيا، فطول مدَّة تنفيذه هذه العقود قد يكون عاملاً من عوامل تهديد بقاء العقد، أو عدم سير تنفيذه على

مشار إليه عند د. شريف محمد غنام، مرجع سابق ، VOUIN, Op.Cit, p130 (١)

ص٣٩٥.

(٢) Leroy (D), Op.Cit, p716.

الوجه المطلوب، خاصةً مع أسواقٍ دوليةٍ باتت تشهد تقلّباتٍ كبيرةٍ على مستوى أسعار المواد الأولية ومصادر نقل التكنولوجيا^(١).

هذا ولا يخفى ما لعامل الوقت من أهميةٍ كبيرةٍ على صعيد العقود الإدارية الدولية، والتأثير المتعاظم له على هذه العقود، خاصةً أنّ أطراف هذه العقود هي شركاتٌ عملاقةٌ عابرةٌ للقارات، يفوق رأسمال الكثير منها ميزانيات دول متعدّدة، مثل الدول السائرة على طريق النّمو. فضلاً عن أنه في كثيرٍ من الأحيان قد تكون أطراف هذه العقود حكومات، بمعنى أنّ الاحترافية والتّخصص لا يغيب عن هذه الأطراف؛ من هنا كان عمل هذه الأطراف الدّوّب على إدراج شروطٍ تضيّ عامل الثبات القانوني وتمنح الاستقرار إلى هذه العقود، ومن دون شكّ فإنّ ثمار هذه الشروط التي يضعها الأطراف لا تأتي أكلها إلا بنوايا صادقةٍ على حُسن التّففيذ، وروح من التّعاون تلقي بظلالها على مختلف مراحل تنفيذ العقد، ومن كلّ أطرافه من دون استثناء^(٢)، ومن زاويةٍ أخرى فإنّ الطبيعة الفنية للعقد تعدّ عاملاً آخر مهمّاً ومؤثراً جداً في استحضرار روح التّعاون لإنجاح العقد وتحقيق الغايات القريبة والبعيدة منه، فتتّففيذ التزامات هذه الأطراف قد يتطلّب تقاربها في سبيل أدائها على الوجه الأمثل، وبما يُحقّق مصالح مُختلف الأطراف^(٣)، فعلى سبيل المثال التزام إحدى الشّركات المُتخصّصة في الحاسوب وتقنياته وبرمجياته بالعمل على توريد برامج معيّنة إلى إحدى المصالح العامة في إحدى الدّول، يقتضي

(١) د. غنام، محمد شريف، مرجع سابق ، ص ٣٩٥.

(٢) د. غنام، محمد شريف، مرجع سابق ، ص ٣٩٧.

(٣) PICOD (Y), Op.Cit, P23.

التشاور المستمر بين مهندسي الشريكتين، كي تعمل الأجهزة بدقة ويحقق العقد الغرض الذي وجد لأجله، كذلك وفي السياق ذاته فإن التزام أحد المشروعات ببناء مجمع صناعي ضخم في إحدى الدول^(١)، يوجب من دون شك التعاون والتشاور وتبادل الآراء لتبيان حسن استعمال هذا المجمع وكيفية استثماره على الوجه الأمثل، فضلاً عن نقل الخبرات الفنية اللازمة للعمل فيه، بالإضافة إلى كيفية صيانتها وإصلاح العيوب التي قد تظهر به، حيث إن واجب التعاون بين الأطراف يعمل على التوفيق والمواءمة بين المصالح الاقتصادية المتعارضة للأطراف، واحترام روح العقد إضافة لحرفيته.

وفي ختام الحديث هناك إجماع واتفق على انسجام واتفق روح التعاون في تنفيذ العقود الإدارية الدولية مع عامل حسن النية ومقتضياته المهمة.

٣_ حسن النية وواجب الحرص والاحتياط:

في الحقيقة إنه لا يمكننا الحديث عن حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية الدولية من دون التطرق والتأكيد على أهمية واجب الحرص ودوره والاحتياط من جانب الأطراف، فواجب الحرص والاحتياط أثناء تنفيذ هذا النوع من العقود هو أمر أساسي وجزء لا يتجزأ من متطلبات حسن النية^(٢)، ويكاد يجمع على ذلك كل من الفقه والتحكيم، ومن خلال الدراسة التي قام بها مجموعة من الفقهاء على العقود الدولية برئاسة الأستاذ M.FONTAINE في عام ١٩٨٨، حول التعبيرات التي يستخدمها الأطراف لتشير بصورة أو بأخرى إلى تعبير حسن النية، وجدوا العديد من المصطلحات التي تشير لهذا المعنى مثل

(١) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٣٩٨.

(٢) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٤٠٠.

" واجب الحرص"، و"الجهود المعقولة"، و"قواعد الفن"، والتي يقع على عاتق الأطراف ضرورة الالتزام بها ومراعاتها واحترامها أثناء تنفيذ عقودهم^(١)، هذا ولا يفوتنا الإشارة إلى أنّ قضاء التّحكيم يعبر في العديد من قراراته عن حسن النّيّة، باستخدام واجب الحرص والحذر الذي يجب أن يتمتّع به المتعاقدون في العقود الإداريّة الدوليّة، وكمثالٍ حيٍّ على هذه الفكرة أشار المحكّمون في قضية ATLANTIC TEIION، إلى أنّ هذه الشركة لم تُظهر حُسن نيّتها أثناء تنفيذ التزامها العقديّ مع حكومة دولة غينيا، واحتجّت هيئة التّحكيم في هذا القرار بأنّ الشركة لم تلتزم بواجب الحرص والاحتياط المتوجّب عليها، كونها شركة متخصصة بالصّيد في المياه الاستوائيّة، حيث كان من الواجب عليها أن تدرس بشكلٍ جدّيٍّ ما إذا كانت سفنها تحقّق الأغراض التي قصدها حكومة غينيا من استغلال السّفن المملوكة لها في الصّيد، بالإضافة إلى ضرورة دراسة كفيّة استغلال هذه السّفن وتعديلها إذا اقتضى الأمر ذلك التّعديل، بغية تحقيق الهدف الذي سعت إليه حكومة دولة غينيا، فحُسن النّيّة يمنعها ولا شكّ من الاكتفاء بمجرد وضع السّفن تحت تصرّف الحكومة الغينيّة وحسب^(٢).

والأمر ذاته ينطبق في القرار التّحكيميّ الصّادر في القضية رقم (٢٥٠٨) لعام ١٩٧٦، حيث إنّ المحكّم أشار في هذه القضية إلى أنّه من المبادئ العامّة المُقرّرة في القانون السّويسري (القانون المُطبّق على العقد) وفي المبادئ

(١) د. شريف محمد غنام، مرجع السابق، ص ٤٠٠.

(٢) القرار الصادر عن المركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدّول و رعايا الدّول الأخرى الصّادر في ١٤ نيسان ١٩٨٦.

العامّة في القانون، إنّ المُتسبّب بالخسارة يجب أن يُعوّضَ المتعاقد معه عن هذه الخسارة إذا ما كانت نتيجة عدم قيامه بواجب الحرص والاحتياط، بمعنى عدم التزامه بحسن النّيّة والعدالة أثناء تنفيذ التزاماته^(١).

وكمثالٍ هو الأخير في هذا الصّدّد أشارت هيئة التّحكيم إلى واجب الحرص والاحتياط في القضيّة (٣٠٩٣/٣١٠٠)^(٢) التي نظرت بها هيئة التّحكيم في غرفة التّجارة الدّوليّة في باريس، حيثُ اعتبرت هيئة التّحكيم أنّ المشروع (س) قد تصرف بسوء نيّة وبشكلٍ يُخالف واجب الحرص والاحتياط، عندما تعاقد مع المشروع (ع)، وذلك مع علمه المُسبق والتّأمّ أنّه سيواجه أو من الممكن أن يواجه صعوباتٍ عديدةٍ في الحصول على النّقد الأجنبيّ المطلوب، خاصّةً أنّ السّلطات في دولته كانت قد بدأت باتّخاذ إجراءاتٍ إداريّة من شأنها تقوية رقابة المصرف المركزيّ على النّقد الأجنبي وحركته في البلاد، حيثُ ذكّرت هيئة التّحكيم بواجب الحرص والاحتياط الذي كان يجب أن يحترمه ويقوم به المتعاقد (س)، مشيرةً إلى أنّه كان يجبُ على المشروع (س) أن يحصل على النّقد الأجنبيّ المطلوب، وأن يعمل على إيجاد كلّ الضّمّانات الضّروريّة لتوفير هذا النّقد لحظة انعقاد العقد، أو في أبعد الأحوال قبل استلام كمّيّات النّفط المُتفق عليها، فحُسن النّيّة وواجب الحرص والاحتياط يقتضي بالضرّورة ألا

(١) القرار التحكيمي الصّادر عن غرفة التّجارة الدّوليّة في باريس المجموعة الأولى من القرارات ص ٢٩٢.

(٢) القرار التحكيمي الصّادر عن غرفة التّجارة الدّوليّة في باريس المجموعة الأولى من القرارات ص ٣٦٧.

يتسلّم المنتجات من دون أن يتأكّد من قدرته على دفع ثمنها بالنقد الأجنبيّ كما هو متّفق عليه.

والتعبير عن حُسن النّيّة بواجب الحرص والاحتياط الذي يجب أن يلتزم به المتعاقدون في العقود الإداريّة الدوليّة^(١)، يظهر بصورة أكثر ما تكون وضوحاً في القرارات الصّادرة بشأن الأدونات والتراخيص المتطلّبة لتنفيذ العقود الإداريّة الدوليّة، فالمحكّمون يؤكّدون على واجب المدين في الحصول على الرخص والأدونات المطلوبة كافة لتنفيذ العقود الإداريّة الدوليّة والعقود الدوليّة ما دام العقد يقتضي ذلك، ويجمع المحكّمون على أنّ عدم الاستحصال على هذه الرّخص يعني تصرف المدين بصورة تُخالف مبدأ حُسن النّيّة وواجب الحرص والاحتياط، والذي يجب أن يحكم سلوك المتعاقدين في مثل هذه الحالات والحالات المُشابهة^(٢).

ثانياً _ تطبيقات حُسن النّيّة أثناء إعادة التّفاوض بشأن العقد:

قبل طلب إعادة التّفاوض من جانب أيّ من المتعاقدين، يجب على كلّ منهما أن يتحمّل المخاطر العاديّة المتربّبة عن هذا العقد، وذلك لأنّ حُسن النّيّة يلزم كلّاً منهما ألا يطلب من المتعاقد الآخر إعادة التّفاوض إلّا إذا لحقت به أضرار فادحة نتيجة اختلال التّوازن العقديّ، ترتّب عليها خسائر جسيمة لا تتناسب البتّة مع المكاسب التي سيحقّقها^(٣)، أمّا أثناء إعادة التّفاوض يتّخذ حُسن النّيّة معنى آخر، فيجب على كلّ متعاقد أن يقدّم

(١) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق ، ص ٤٠١.

(٢) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق ، ص ٤٠٢.

(٣) PICOD (Y), Op.Cit ,P225.

اقتراحاتٍ جادّةٍ وصادقةٍ تعبّر عن رغبةٍ حقيقيةٍ للوصول إلى حلٍّ مرضٍ لكلا الطرفين، وهنا لا مفرّ من الإشارة إلى أنّ حُسن النّيّة يكون متوافراً متى ألّترم به ولو لم يتوصّل الطرفان إلى اتفاق.

١_ حُسن النّيّة والاقتراحات الجادّة أثناء إعادة التفاوض:

سبق وأن أشرنا إلى أنّ عمليّة إعادة التفاوض لها جانبان جانبٌ مادّيٌ حسيّ و آخرٌ نفسيّ معنويّ، فالإ جانب جلوس أطراف العقد على مائدة التفاوض يجب أن يكون لديهم الحضور الذهني الكافي، بمعنى أن يتمتّع كلُّ طرف برغبةٍ صادقةٍ للوصول إلى حلٍّ مرضٍ لكلا الطرفين، فلا يحضر أحد الطرفين واضعاً نُصب عينيه إعادة الوقت والتسويّف والمماطلة والمُجادلة بكلِّ ما يُطرح قصد الإضرار بالطرف الآخر، بل يجب على كلِّ طرفٍ أن يقدّم من الحلول ما يراعي مصالحه ولا يجافي في الوقت ذاته مصالح الطرف الآخر^(١)، إذ إنّ مجرد حضور المتعاقد إلى مائدة التفاوض حضوراً مادّيّاً ليس كافياً، ولا شك للقول بتوافر حُسن النّيّة لديه، لكن يجب أن يقوم بالتفاوض بأمانةٍ وصدق سريرةٍ، ويتمّ ذلك من خلال التفاوض بأمانةٍ والعمل على تقديم اقتراحاتٍ جادّةٍ أثناء التفاوض بحيث تراعي هذه الاقتراحات مصالح كلا الطرفين المتعاقدين، مراعيّاً الظروف الماليّة والاقتصاديّة والسياسيّة المستجدة المحيطة بالعقد، على أن تتمتّع هذه الاقتراحات بالمنطق والجديّة والعقلانيّة.

(١)القرار التحكيمي الصادر عن غرفة التّجارة الدّوليّة بباريس في القضية رقم (٥٩٥٣) لعام ١٩٩٨.

ويمكننا القول باختصار أنَّ هذه المقترحات يجب أن تكون جديةً في الوصول لأفضل الحلول مع المتعاقد الآخر والحفاظ على العقد، أي أن تُجسّد هذه المقترحات رغبة حقيقيةً في الوصول إلى اتفاقٍ مُرضٍ للطرفين^(١).

فنجاح الحلول التي يُقدّمها أحد الأطراف يرتبط بالدرجة الأولى بمدى جدّيتها وموضوعيتها ومرونتها لتقف على مسافة معقولةٍ من مصالح الطرفين، أمّا إذا قدّم أحد الطرفين حلولاً ومقترحات تراعي مصلحته وحسب، أو تجافي المنطق وتبتعد أشدّ الابتعاد عن مصالح الطرف الآخر، هادفاً من ذلك إنهاء العقد من دون مسؤوليةٍ فإنه يكون بهذا السلوك قد ابتعد عن المُبتغى الذي وجد لأجله شرط إعادة التفاوض.

ولا يفوتنا في هذا الشأن أن نشير إلى أن تقديم اقتراحاتٍ غير منطقيةٍ وغير معقولةٍ من أحد الطرفين، يتساوى ويتمثل في أثره مع رفض الحلول والمقترحات المعقولة التي يتقدّم بها الطرف الآخر، ولا شكّ أنّ مسألة تقدير المقترحات المعقولة والمنطقية التي قد يقترحها أحد الأطراف أو قبول المقترحات الجادة التي قد يتقدّم بها الطرف الآخر^(٢) ليست من السهولة بمكان، فهي مسألةٌ يدقُّ تقديرها سواءً من جانب التحكيم أو من جانب القضاء الوطني، فهذه المسألة الدقيقة تحتاج إلى ملكاتٍ خاصّةٍ أو خبراتٍ مهنيةٍ لدى المحكمين، بحيث يجب أن يكون لدى المحكمين نفاذٌ بصيرةٍ وحدةٌ ذهنٍ وإلمام

(١) Elmahi (H) : The hardship clause, Rev ,economic legal research, University of Mansoura 15 April , 1994 p95.

(٢) Oppetit , Op.Cit, p807.

جيداً بالواقع المهنيّ كي يستطيعوا تقدير اقتراحات الأطراف وتقدير سلوكهم في هذا الفرض^(١).

وفي محاولةٍ لجانبٍ من الفقه في وضع ضوابط أو معايير عامّة يلجأ إليها المحكمون لقياس سلوك المتعاقدين، أشار الأستاذ MORIN^(٢) إلى أنّه يجب على المحكمين كي يتعرفوا على مدى سلوك المتعاقدين في العقود الدوليّة، يجب أن يقيسوا مقدار التزام هذه الأطراف بواجب التعاون، والذي لا بدّ أن يلتزم به الأطراف وهو الذي يقوم على الركائز التالية:

- الالتزام بألا يقوم أيّ منهما بسلوكٍ مفاجئٍ تجاه المتعاقد الآخر، والالتزام كلّ منهما بسلوك الرجل المعتاد تجاه المتعاقد الآخر.
- الالتزام بأن يقدّم كلّ منهما اقتراحات منطقية ومعقولة، وأن تبتعد هذه الاقتراحات أشدّ البعد عن الظلم.
- التزام عامّ بألا يضرّ المتعاقد الآخر، وأن يحكم التفاوض معه مبدأ حسن النية.

وكمثالٍ حيّ نسوقه من أروقة غرفة التجارة الدوليّة في باريس على ما سبق، نشير إلى القرار التحكيمي الصادر في القضية رقم (٢٥٠٨) لعام ١٩٧٦، ففي هذه القضية احتجّ المشروع (ع) بأنّه لم يسلم كميات الكربون المتفق على بيعها للمشروع (س) بسبب الارتفاع المفاجئ لسعر النفط على

(١) Cabas (F), Op.Cit, p279.

(٢) Morin (G) The duty of cooperation in international contracts, law and practice ,Dr. Pra.com. Int, 1980 , no1 ,pp 9-28 . مشار إليه عند د. ٤٠٤ ص شريف محمد غنام، مرجع سابق ،

المستوى العالمي منذ إبرام العقد، وأنَّ ارتفاع الأسعار بهذه الصّورة يتعارض مع تنفيذ العقد من دون إجراء التّعديل المطلوب على الثّمّن، وقد أصبح هذا التّعديل مستحيلاً بعد رفض المشروع (س) الاقتراح المُقدّم من المشروع (ع)^(١)، وقد قدّرت هيئة التّحكيم الاقتراح المُقدّم من المشروع (ع) بالتّعديل فوجدته اقتراحاً غير منطقيّ وغير عادلٍ، وبرّرت هيئة التّحكيم النّاطرة ذلك بأنّ هذا المشروع اقترح على المشروع الآخر تعديل الثّمّن بشكلٍ يقرّبه من أسعار النّفط على الصّعيد العالميّ، حيثُ لم يكتفِ بأن يقترح عليه سعراً مناسباً يرفع عنه الضّرر الكبير الذي سيحيق به جرّاء التّسليم بالسّعر المُنخفض، ولو كان هذا السّعر أقلّ من الأسعار العالميّة، واستناداً إلى ذلك رأت هيئة التّحكيم أنّ تصرّف المشروع (ع) تصرّف خاطئٍ مُلزماً إياه بالتّعويض.

في حقيقة الأمر فإنّه ليس من السّهولة بمكانٍ تقدير اقتراحات الأطراف ومدى تناسبها وانسجامها مع مبدأ حُسن النّيّة، حيث إنّ أفضل السُّبل التي يُمكن أن يسلكها القاضي أو المحكم بهذا الشّأن، هو أن يجازي بلا هوادة السّلوك الذي يتبيّن أنّه غير أمينٍ أو مُتّعسفٍ من قبل أحد المُتعاقدين، فالنّعسف من قبل أحد المُتعاقدين في عمليّة إعادة التّفاوض، من خلال تقديم اقتراح يفوق الضّرر الذي يُخلّفه بالنّسبة للمُتعاقد الآخر مقدار الفائدة التي سيجنيها هو، أو تقديم أحد الطّرفين اقتراحاتٍ من شأنها الحفاظ على مصالحه فقط من دون مُراعاة مصالح الطّرف الآخر أمورٌ يسهل تقديرها، أمّا تقدير ما

(١) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٤٠٥.

دون ذلك فيحتاج إلى خبرةٍ ودرايةٍ عاليةٍ، ولا شكٌ من المحكم والذي يجب أن يكون مهنيّاً متمرساً^(١).

٢_ توافر حُسن النّيّة رغم عدم الوصول لاتّفاق:

يكادُ يُجمَعُ الفقه على أنّه إذا ما التزم الأطراف التّفاوض بحُسن نّيّةٍ، وقَدَّمَ كلٌّ منهما اقتراحاتٍ جادّةٍ ومعقولةٍ ومنطقيّةٍ يمكن قبولها من الطّرف الآخر، فإنّهم لا يكونون بذلك قد خالفوا حُسن النّيّة في حال عدم التّوصّل إلى اتّفاقٍ مشتركٍ، حيث إنّ الالتزام بإعادة التّفاوض هو التّزامٌ ببذل عنايةٍ لا بتحقيق غاية^(٢)، والمفاوضات يمكن أن يُكتب لها النّجاح كما يُمكن أن يُكتب لها الفشل، حيث إنّ الواجب المُلقى على عاتق الأطراف هو أن يتفاوضوا بحُسن نّيّةٍ بهدف الوصول لاتّفاقٍ، فإن فشلوا في ذلك فلا تقع أيُّ مسؤوليّةٍ عليهم^(٣).

وعلى الرّغم من أنّ غالبية الفقه يتفق على أنّ التّزام الأطراف في عمليّة إعادة التّفاوض هو التّزامٌ ببذل عنايةٍ وليس التّزاماً بتحقيق غايةٍ، إلا أنّ جانباً من الفقه يتحقّق على هذا الوصف الذي يتّصف به الأطراف. حيث إنّ الأستاذ OPPETIT يرى أنّ حُسن النّيّة والأمانة التّعاقدية التي تحكم تصرّفات الأطراف في هذه الحالة تفرض عليهم تقديم اقتراحاتٍ معقولةٍ، وأن يقبلوا الاقتراحات متى كانت معقولةً وإلاّ تعرّضوا للمسؤوليّة، فالأطراف من الواجب عليهم بشكلٍ عام أن يتوصّلوا لاتّفاقٍ يحافظون به على العقد^(٤).

(١) Oppetit , Op.Cit, p807.

(٢) PICOD (Y), Op.Cit, P213.

(٣) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق ، ص ٤٠٦.

(٤) Oppetit , Op.Cit, p806.

كذلك فإنَّ الأستاذ LE ROY في رسالته عن القوَّة القاهرة في عقود التَّجارة الدوليَّة في عام ١٩٩٢، ميَّز في حالة إعادة التَّفَاض بين المفهومين الواسع والضَّيق للالتزام بإعادة التَّفَاض، حيث يقول في ذلك "إنَّ المفهوم الواسع للالتزام بالتَّفَاض يعني أنَّ الأطراف ملزمون ببدء المفاوضات، ويعني أيضاً الوصول إلى نتيجة بناءً على تبادل وجهات النَّظر فيما بينهم، في حين أنَّ المفهوم الضَّيق للالتزام بإعادة التَّفَاض يعني الالتزام بفتح المفاوضات فقط من دون ضرورة الوصول لاتفاق، ولا يعكسُ هذا المفهوم الضَّيق غياب وجهات نظرٍ مُتبادلةٍ بين الأطراف، لكنه يترجم عدم كفاية وجهات نظرهم أو عدم قبولها من قبل بعضهم البعض"^(١).

وفي السِّياق ذاته يعارض الأستاذ CABAS الفقهاء الذين يرون أنَّ واجب الأطراف بالوصول إلى اتفاقٍ محض هو مجرَّد التَّزام ببذل عناية، مُشيراً إلى أنَّ هؤلاء الفقهاء أسَّسوا رأيهم على تشابه إعادة التَّفَاض في العقد بناءً على شرط إعادة التَّفَاض Hardship بالمفاوضات العاديَّة التي تسبق إبرام العقد، فحيثُ إنَّ الأطراف ليسوا مُلزمين بإتمام العقد في حالة المُفاوضات الأولى، فهم كذلك ليسوا مُلزمين بالوصول إلى اتفاقٍ في حالة إعادة التَّفَاض، ويرى أنَّ إعادة التَّفَاض في هذا الفرض لها طبيعةٌ خاصَّة، وتعدُّ فكرةً جديدةً أو نظاماً جديداً يختلف عن التَّفَاض العاديِّ الذي يسبق إبرام العقد، وتتجلَّى هذه الخصويَّة في أنَّ إعادة التَّفَاض في العقد تتضمَّن نية الوصول إلى

(^١) Leroy (D), Op.Cit, p709.

اتّفاق بين الأطراف^(١)، ويؤسّس هذا الفقيه وجهة نظره هذه على نوعين من العناصر:

النوع الأول: هو العناصر الدّاخلية التي يشتمل عليها الشرط التّعاقدي، والمتمثلة بالمصطلحات التي يستخدمها الأطراف للتعبير عن هذا الالتزام، حيث إنّهم يستخدمون مصطلحات تدلّ بشكلٍ أكيد على ضرورة الوصول لاتّفاقٍ مثل "سوف يتشاورون بغرض تحديد وسيلة" و"يجبُ عليهم أن يضعوا اتفاقاً بخصوص التعديل"^(٢).

النوع الثاني: هو العوامل الخارجيّة المُتمثّلة بالحالة العامّة التي يوجد فيها الأطراف، والتي تُشجّعهم وتُلزمهم بالوصول إلى اتّفاق، فقبول الأطراف إعادة التّفاوض يعني حرصهم على إبقاء العلاقة التّعاقديّة، فضلاً عن أنّه يعكس أهميّة الاتفاق المُبرم بينهم، وفي أثناء المُفاوضات يبقى العقد ولكنّه لا يُنتج أثاره فهي مُوجّلة إلى حين الانتهاء من المُفاوضات، هذا ما لم يوجد اتّفاقٌ مُخالفٌ بين الأطراف، فرغبتهم في الحفاظ على العقد ووقف تنفيذه أثناء المُفاوضات يفرضُ عليهما ضرورة الحفاظ على هذا العقد^(٣).

وعلى الرّغم من منطقيّة الحجج التي استند إليها الأستاذ CABAS، ومنطقيّة القول إنّ اللجوء إلى شخصٍ من الغير في حالة فشل المُفاوضات يترجم نيّتهم في الوصول إلى حلٍّ، خاصّةً إذا ما لجأ الأطراف إلى التّوفيق أو الخبرة، فإنّ كلّ ذلك وإن كان يوضّح أهميّة العقد بالنسبة للأطراف إلّا أنّه لا

(١) Cabas (F), Op.Cit, p134.

(٢) Cabas (F), Op.Cit, p136.

(٣) Cabas (F), Op.Cit, p137.

يطعن في وصف التزام الأطراف بأنه التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق غاية.

فالاستمرار بتنفيذ مُجحفٍ ضارٍّ بشكلٍ مُفرطٍ بأحد الطرفين قد يكون أشدَّ وطأةً من التخلّص من العقد، إذا ما افترضنا أنّ فشل الأطراف يعني فسخ العقد، في حين إذا ما كان الفشل يعني اللجوء إلى التحكيم أو الخبرة، فهذا يبيّن نيّة صادقةً من الطرفين لتصفية العلاقة التعاقدية بينهما بصورةٍ تُجنّبهم أيّ نزاعٍ قد ينشأ بينهم بخصوص هذه التصفية، فحُسن النّيّة لا يعني أن يضحّي المُتعاقد بمصالحه كاملةً في سبيل الوصول إلى اتفاقٍ مع المُتعاقد الآخر^(١).

هذا ويدعم قضاء التحكيم هذا الرأْي من خلال العديد من الأحكام التحكيمية والأمثلة عديدةً على ذلك، ففي القضية رقم (٣٩٣٨) لعام ١٩٨٢ أشارت هيئة التحكيم إلى أنّ الاطراف عليهم التزمّ بالدخول في المفاوضات لكن لا شيء يُلزمهم بالوصول إلى اتفاق جديد^(٢)، كذلك في القرار التحكيمي رقم (٦٢١٩) لعام ١٩٦٠ حيثُ أكّدت هيئة التحكيم على أنّ الشركة (ش) عليها التزمّ بالتفاوض بحُسن نيّةٍ مع الدولة الإفريقية (ص) لتقسيم ديون الأخيرة، لكن في المقابل لم تُعدّ هذه الشركة قد خالفت هذا الالتزام حين لم تصل معها لاتفاقٍ بخصوص هذا الدين^(٣)، وفي تعليق الأستاذ DERAINS على هذا القرار^(٤)

(١) PICOD (Y), Op.Cit, P137.

(٢) القرار التحكيمي الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس رقم ٣٩٣٨ لعام ١٩٨٢.

(٣) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٤٠٩.

(٤) المرجع السابق، ص ٤١٠.

يقول إن الالتزام بالتفاوض بحسن نية والذي يعدُّ أحد مظاهر التعاون بين الأطراف، لا يشتمل إلزام المتعاقد بأن يتنازل عن جزء من حقوقه لصالح المتعاقد الآخر بغية الوصول معه إلى اتفاق، في حين أنَّ الشروط التعاقدية التي تلزم الأطراف بإعادة التفاوض الغاية منها التزام كلٍّ منهما أن يتفاوض مع الآخر بحسن نية وأمانة قصد الوصول وليس بضرورة الوصول إلى اتفاق.

الفصل الثاني

آثار فكرة إعادة التفاوض ومكانتها

إنَّ نجاح أي تقنية عقدية مرتبط بما يترتب على هذه التقنية من آثار، وما ينتج عنها من جزاءات في حال مخالفة أحد الأطراف لما تُمليه من آثارٍ على المتعاقدين. وبالتالي يمكننا القول إنَّه بعد دراسة عملية إعادة التفاوض من الجانبين الإجرائي و المفاهيمي، لا بدَّ لنا من تسليط الضوء على الآثار المترتبة على هذه التقنية الفريدة، من خلال دراسة مصير العقد وانعكاس ذلك على صعيد الالتزامات المترتبة على عاتق الطرفين أثناء عملية إعادة التفاوض وبعدها.

هذا ولبيان مدى فاعلية فكرة إعادة التفاوض، لا بدَّ لنا من دراسة الجزاءات التي يمكن إلحاقها بأحد الأطراف في حال مخالفته للتنفيذ بحسن نية للالتزام بإعادة التفاوض، ومدى فاعلية هذه الجزاءات لإلزام الطرفين على احترام هذه التقنية والالتزام بتبعاتها.

المبحث الأول

آثار أعمال فكرة إعادة التفاوض

إنَّ فكرة إعادة التفاوض في العقد وإن كان الهدف منها إيجاد سبيلٍ عادلٍ لتنفيذ العقد بطريقةٍ فعّالةٍ اقتصادياً، حيثُ يُضْمَن من خلالها استمرار تنفيذ العقد، بغية تحقيق الهدف الاقتصادي الذي وُجد العقد لأجله، إلا أنَّ قيمتها كممارسة عقديّة ذات أهميّة تتمثّل في تنظيمها بوضوحٍ لمصير العقد في أثناء عمليّة إعادة التفاوض وبعدها، وذلك سواءً أنجحت هذه العمليّة في تعديل العقد أو لم تنجح.

في حقيقة الأمر هنالك مجموعةٌ من الالتزامات التي يجب على أطراف العقد احترامها للدخول في العمليّة التفاوضيّة، هذه الالتزامات التي تشكّل في حقيقة الأمر في مجملها عناصر شرط إعادة التفاوض، والتي يأتي بعدها الآثار التي تترتّب على أعمال الشرط من الناحية العمليّة، لنسير بعد ذلك إلى النتائج المترتبة على تفعيل شرط إعادة التفاوض، والطريق الذي سيسلكه العقد بعد إعماله.

المطلب الأول

الالتزامات المترتبة على أطراف العقد في أثناء سير عملية إعادة التفاوض

إنَّ تفعيل شرط إعادة التفاوض في العقود الإدارية الدولية، يعدُّ مرحلةً مهمةً لإنقاذ حياة العقد حال إصابتها بأزماتٍ، ونقطةً مفصليةً لإنعاش العقد والعمل على تجاوز الآثار السلبية للتغيرات التي طرأت على الظروف المحيطة بتنفيذه، لكنَّ ذلك لا يتحقَّق من دون شكٍّ إلا من خلال احترام كلٍّ من طرفي العقد للالتزامات التي يترتَّبها هذا الشرط عليهما، والمتمثلة على الترتيب في الالتزام بالدخول في المفاوضات، والالتزام بمراعاة مبدأ حُسن النية، والالتزام بالإخطار لإعادة التفاوض، وأخيراً الالتزام بالتعاون وتخفيف الضرر.

الفرع الأول

الالتزام بالدخول في المفاوضات

إنَّ جوهر شرط إعادة التفاوض يتمثَّل ولا شكَّ بالالتزام بإعادة التفاوض الذي يُوجبه هذا الشرط، والذي يمثِّل وسيلةً للحفاظ على العقد حتَّى وصوله النهاية المُقرَّرة له من قبل الأطراف، وهو ما يقتضي من أطراف العقد التَّقابل والتباحث وتبادل الاقتراحات ووجهات النَّظر والآراء حول الآثار الناتجة عن تغيُّر الظروف، مع دراسة لِكيفية مواجهة هذه الآثار ونتائجها من خلال

ملاءمة العقد ومواءمته، هذا ولا يفوتنا في هذا المضمار أن نشير أن ذلك يقتضي بالضرورة أن يقوم كل طرف بتقديم اقتراحات جادة حقيقية من دون إهدار الوقت والفرص^(١).

ولا شك أنه من ضمن ما يتفرع عن هذا الالتزام هو أنه في حالة إذا ما قرّر المحكم أو الخبير توافر شروط إعادة التفاوض، أو كان قد طلب أحد الطرفين تفعيله في ظلّ توافر شروطه وامتنع الطرف الآخر عن الدخول في عملية التفاوض من دون أن يكون لذلك مبرّر، فإنّ من شأن ذلك أن يؤدي إلى قيام المسؤولية على عاتق الطرف الذي يرفض تفعيل الشرط رغم توفر مقوماته^(٢).

إنّ إدراج شرط إعادة التفاوض في العقود الإدارية الدولية يحقق ميزتين مهمتين للغاية : الأولى: أنه يسمح للطرفين المتعاقدين بالاقتراب بصورة مرنة وبحسن نية من أجل إيجاد حلّ مناسب كي تتم معالجة النتائج السيئة التي قد يسببها تغيير الظروف، أما الثانية: فهي أنه يعطي للعقد الإداري الدولي الفرصة من أجل الاستمرار والبقاء عن طريق تعديل أحكام العقد، فإعمال هذا الشرط يُوجب على الطرفين المتعاقدين ضرورة الجلوس على مائدة التفاوض، وهذه النقطة هي الخاصية الأساسية للنظام القانوني للشرط والتي يحرص القضاء دوماً على إبرازها^(٣).

(١) د. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق ، ص ٤٤٠.

(٢) د. شريف محمد غنام ، مرجع سابق، ص ٧٥.

(٣) Oppetit , Op.Cit, p806.

إنَّ عمليّة إعادة التفاوض بين طرفي العقد لا تخضع من حيث المبدأ إلى
شكلياتٍ معيّنة، حيث يتمُّ التّركيز على مضمون إعادة التفاوض، وعلى نتيجة
المفاوضات بصورةٍ أساسيةٍ.

لكن مع ذلك من الأمور الشّكلية التي يمكن أن تكون مركز اهتمام، المدة
التي قد يطلب فيها أحد المتعاقدين من الآخر إعادة التفاوض فيها، وتحديد
مدّة إعادة التفاوض قد يكون بشكلٍ صريحٍ أو بشكلٍ ضمني، حيث يتفق طرفا
العقد على التّقابل في أقرب وقتٍ ممكنٍ لمناقشة المستجدات الطّارئة، وعلى
الرّغم أنّه غالباً ما يتمُّ تحديد هذه المدّة بشكلٍ ضمنيٍّ لا بشكلٍ صريحٍ^(١)، فإنّه
مع ذلك يجب إجابة طلب المتعاقد إلى الدّخول في عمليّة إعادة التفاوض،
وذلك في أسرع وقتٍ ممكنٍ لتجنّب الآثار السّلبية التي يمكن أن تترتّب على
التأخّر في ذلك.

ويجب التّأكيد في هذا الإطار أنّه مهما كانت الصّيغة التي اتفق فيها
الطرفان على إعمال شرط إعادة التفاوض، فإنّه لا يمكن بحالٍ من الأحوال أن
تُفسّر على أنّها تعطي المتعاقدين الحقّ في قبول الدّخول في عمليّة إعادة
التفاوض أو في رفضه بشكلٍ مزاجيٍّ، حتّى ولو كان هناك شيء من عدم
الوضوح الذي يلفّ صياغة هذه المصطلحات التي وضعها الطرفان لإعمال
الشرط^(٢)، حيث إنّّه وبما أنّ إعادة التفاوض هي جوهر شرط إعادة التفاوض
فلا بدّ من أن تكون عمليّة إعادة التفاوض فعالةً بصورةٍ جبريّةٍ؛ ذلك أنّ
المنطق يقتضي أنّ الطرفين قد سعيّا إلى جعل هذا الشرط إجباريّاً؛ لأنّ القول

(١) د. حياة محمد محمد أبو النجا، مرجع سابق، ص ٢٧٩.

(٢) د. مراد محمود المواجهة، مرجع سابق، ص ٤٤٢.

بغير ذلك من شأنه أن يفرّغ الشرط من مضمونه بكل تأكيد، فشرط إعادة التفاوض يضع على عاتق طرفي العقد التزاماً بالتفاوض، وهذا الالتزام يُوجب عليهما الجلوس على مائدة التفاوض.

وإنّ المتعاقد الذي يرفض تنفيذ هذا الالتزام يعدّ مرتكباً خطأً تعاقدياً يقتضي مؤاخذته عليه، فالطرفان مجبران على الدخول في التفاوض في كلّ عناصر العقد أو في بعضها، وذلك في إطار روح من التشاور المتبادل وبمجرد إخطار بسيط من دون الحاجة إلى مجادلة بالكتابة، بمعنى أنّ سكوتهم لا يمكن أن يُفهم إلاّ بمعنى القبول^(١).

لكنّ السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الإطار هو أنّه إذا كان شرط إعادة التفاوض يلزم طرفي العقد بالتفاوض، وهو التزمّ بتحقيق نتيجة، فما هو مدى التزام هذين الطرفين بالتوصّل إلى اتفاقٍ من عدمه؟

في حقيقة الأمر إنّ عملية إعادة التفاوض من أجل معالجة اختلال توازن العقد ليست عمليةً سهلةً أبداً، مع التأكيد على أنها تتأثّر بعوامل عدّة ومتغيّرات من ضمنها مواقف الطرفين من العملية التفاوضية بشكلٍ عام، فعنصر الاحتمال يفرض نفسه في هذا الإطار، حيث من الممكن أن تنتهي عملية المفاوضات بالنجاح وقد تنتهي إلى الفشل كذلك، فكلا الطرفين لا يستبعدان حتّى في المراحل الأخيرة من المفاوضات احتمالية عدم الاتفاق، فالتنبؤ بنتائج المفاوضات يُعدّ أمراً بالغ الصّعوبة^(٢).

(١) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق ، ص ٣٣٨.

(٢) د. مراد محمود المואدة، مرجع سابق ، ص ٤٤٣.

فالالتزام بالوصول إلى اتفاق هو التزامٌ ببذل عناية وليس بتحقيق غاية، قد يُسفر عن تحقيق نتيجةٍ إيجابيةٍ تعمل على الموازنة بين المصالح المشتركة للطرفين المتعاقدين، وقد تنتهي بعدم الاتفاق^(١).

إذاً يمكننا القول إنّ الالتزام الذي يقع على عاتق الطرفين هو التزامٌ مزدوجٌ، يتمثلُ بالالتزام بالدخول في المفاوضات، والالتزام بإعادة التفاوض بحُسن نية، حيثُ إنّ هذا الأخير من شأنه أن يحقق رغبة الطرفين المتعاقدين بالوصول إلى اتفاقٍ، ذلك لأنّه الأداة الفنيّة لإنفاذ العقد وإعادته لمساره وجبر الضرر الذي أصاب أحد المتعاقدين والحفاظ على الصلّة والتعاون بينهما.

فأثر شرط إعادة التفاوض يتمثلُ بصورةٍ أساسيّةٍ في أنه يعطي للطرفين إمكانيّة مناقشة أحكام العقد، بمعنى أنّه لا يُرتّب أيّ التزامٍ بضرورة أن تنتهي عمليّة إعادة التفاوض بالتوصّل إلى اتفاقٍ حول تعديل نصوص العقد، وليس من الواجب حكماً الوصول في النهاية إلى اتفاقٍ حول تعديل نصوص العقد.

أمّا بالنسبة إلى القبول بعمليّة إعادة التفاوض والتي هي نقطةٌ في غاية الأهميّة فإنّها تتأثر بعاملين اثنين: فالأوّل: منهما هو الظروف المحيطة بعمليّة إعادة التفاوض، والتي تتّصف بالخطورة وترتيب نتائج ضارة على المتعاقدين أو على أحدهما على الأقل، ولتجاوز هذه الآثار بأكبر فاعليّة ممكنة يجب على المتعاقد أن يجيب طلب المتعاقد الآخر للتفاوض في أسرع وقت ممكن؛ ذلك أنّ التباطؤ أو التأخير في الردّ قد يؤدي إلى تفاقم الأضرار.

(١) د. سلامة فارس عرب، مرجع سابق، ص ٢٩٧.

أما الثاني: فيتمثل في طبيعة العقود الإدارية الدولية وضخامتها وأهميتها الكبيرة بالنسبة إلى عاقيديها ودولهم، فضلاً عن الأثرين الاقتصادي والاجتماعي الكبيرين اللذين ينجمان عن هذه العقود وتأثيرها على الأجيال القادمة في الدول التي تُنجز فيها^(١).

حيث لا يغيب عن أذهاننا أنّ هذه العقود تُدخل أطرافها في علاقات كثيرة ومتشابهة مع الكثير من الأطراف^(٢)، وكلّما تأخر البدء بعملية إعادة التفاوض كلّما تفاقم الآثار السلبية الناجمة عن ذلك، وتحوّلت لسلسلة من الانتكاسات على مُجمل الأطراف؛ أي إنّه ونظراً لأهمية التنفيذ في الميعاد المحدّد يجب أن تكون إجابة المتعاقد إلى طلب إعادة التفاوض في أسرع وقتٍ ممكنٍ ومن دون أيّ تلكؤٍ.

إنّ الرّفص غير المقبول للدخول في العملية التفاوضية هو رفض غير مُبرّر، ويترتّب عليه فرض تعويض كبيرٍ على الطرف المرتكب لهذا الخطأ الجسيم. والرفض المُبرّر هو أن يكون هناك أسبابٌ معقولةٌ تدفع بالطرف الآخر للامتناع عن الدّخول في الإطار التفاوضي، وفي حقيقة الأمر فإنّ الأسباب المعقولة التي يمكن أن يركّز عليها هذا الطرف تعتمد بشكلٍ أساسيٍّ على اتفاق الطرفين^(٣)، فإن تمّ تحديدها في العقد فلا يوجد أيّ مشكلةٍ بذلك، أما إذا لم يتمّ تحديدها نتيجة استخدام ألفاظٍ عامّةٍ وفضفاضةٍ قد تُثير الخلاف حولها فهنا تكمن الصّعوبة، بالطبع إنّ الطرف الرافض للدّخول في العملية

(١) د. مراد محمود المواجهة، مرجع سابق، ص ٤٤٥.

(٢) Cabas (F), Op.Cit , p16.

(٣) د. مراد محمود المواجهة، مرجع سابق، ص ٤٤٥.

التفاوضية لا بدّ من أن يعتمد أسباباً مقنعةً قويّة الحجّة لاتّخاذ هذا الموقف، كأن يرى أنّ الحدث المُستجدّ متوقّع أو أنّ الارتفاع الحاصل في كلف البضاعة هو ارتفاع بسيط لا يرقى إلى درجة الاختلال في التوازن الاقتصادي للعقد^(١).

في مثل هذه الحالة يجوز للمتعاقد الامتناع عن الدّخول في عمليّة التفاوض، ريثما يتمّ الفصل في مدى توفر خصائص إعادة التفاوض من عدمه، مع ضرورة التّويه إلى أنّه لا يمكن أن يُقبل بأيّ حالٍ من الأحوال أن يتمنّع المتعاقد عن الدّخول في العمليّة التفاوضيّة، مع تسليمه بتوفر شروط إعادة التفاوض، تحت حجّة أنّ هذا العقد لا يُسبّب أيّ ضرر له، وبالتالي ليس هناك دافع إلى إعادة التفاوض بشأنه بالنّسبة له^(٢).

ففي الحالات التي يحدّد فيها الطّرفان سبل أعمال شرط إعادة التفاوض بصورة واضحة، وتتحقّق هذه الشّروط، أو إذا ما رأى المُحكّم أو الخبير توفر هذه الشّروط، فلا يملك أيّ منهما الحقّ في الامتناع عن الدّخول في عمليّة إعادة التفاوض^(٣)، وإذا ما تقاعس أيّ منهما عن هذا الدخول رغم توفر مقوماته ففي مثل هذه الحالة يتمّ فرض العقوبة التي اتّفق عليها الطّرفان في العقد إذا ما كانا قد اتّفقا عليها مسبقاً، أما في حال عدم وجود اتفاق سابق فيتمّ فرض العقوبات المستندة إلى القواعد العامّة.

(١) المرجع السّابق، ص ٤٤٥.

(٢) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق ، ص ٧٤.

(٣) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق ، ص ٧٥.

ومن الجزاءات التي تتضمنها القواعد العامة، هي أنه في حال عدم دخول أحد الطرفين المتعاقدين في عملية إعادة التفاوض لإعادة ملاءمة العقد، فيمكن أن يتفق على أنه يجوز لأيٍ منهما أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة، وذلك إذا ما رفض المتعاقد الآخر الدخول في العملية التفاوضية بعد إخطار المتعاقد الآخر بالرغبة في إنهاء العقد، وهو برأينا حلٌّ قاسٍ عنيفٌ لا يتلاءم البتّة مع طبيعة هذه العقود وحجمها وأثرها وتأثيرها ووزنها الاقتصادي^(١).

هنا يكون الحلّ الأمثل برأينا - في حال الاختلاف بين أطراف العقد على توفر أو عدم توفر شروط إعادة التفاوض - باللجوء إلى طرفٍ ثالثٍ من الغير كي يقرّر إذا ما كان هنالك ضرورةٌ إلى إعادة التفاوض من عدمه.

هذا الغير قد يكون خبيراً أو وسيطاً أو مُحكّماً. وتتحدّد مهمته وسلطاته بما يتفق عليه الطرفان من سلطاتٍ تُمنح له، ويمكن لهذا الغير بطبيعة الحال أن يكون هيئةً تحكيميةً، تستطيع أن تحكم بالتّفيذ الجبريّ للالتزام بأن تدفع الطرفين المتعاقدين إلى مائدة التفاوض، أو أن تُقرّر الحكم للمتعاقد الآخر بتعويضٍ نقديٍّ نتيجة رفض المتعاقد الأوّل الدخول في عملية إعادة التفاوض.

وفي هذا الصّدّد يمكننا القول بكلّ تأكيد إنّ رفض أحد المتعاقدين الدخول في العملية التفاوضية يتمثّل في الأثر مع التصرفات النّاجمة عن سوء النّيّة في أثناء العملية التفاوضية^(٢).

(١) د. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص ٤٤٦.

(٢) Cabas (F), Op.Cit , p91.

وتطبيقاً لذلك جاء في حكم محكمة استئناف باريس في قضية E.D.F/SHELL حيث تتمثل وقائع القضية في أنّ شركة SHELL أبرمت مع شركة E.D.F عقد توريد fuel-oil طويل المدة، يفرض الحصول على ثمن أفضليّة، حيثُ تضمّن العقد شرطاً ينصّ على أنّه "سيفحص الأطراف التعديلات الواجب إدخالها على العقد سواءً فيما يتعلّق بالنّمن أو بأيّ شرطٍ آخر، وذلك إذا ما ورد على fuel-oil ارتفاع في الثمن أكثر من ستة فرنكات بالمقارنة مع القيمة الأصليّة".

وفي تفسيرها للشرط رأت المحكمة أنّ الأطراف لم يرغبوا في وضع نهايةٍ لعقدهم، لكنّهم رغّبوا في تعديله وفقاً للشروط الجديدة حفاظاً عليه، لذا قررت المحكمة أنّ على الأطراف التّفاوض، معيّنة مراقباً مكلفاً من قبلها متابعة هذه المفاوضات، وإعداد تقريرٍ يقدّمه لها في حالة فشل المفاوضات^(١).

الفرع الثاني

الالتزام بمراعاة مبدأ حسن النّيّة في عمليّة إعادة التّفاوض

إنّ من أهم عناصر الالتزام الأساسيّة الواجب مراعاتها واحترامها في عمليّة إعادة التّفاوض هو الالتزام بحسن النّيّة وشرف التّعامل، وإذا كان مبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين يفرضان نفسيهما على عمليّة إعادة

(١) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٧١.

التفاوض كقواعد أساسية مؤثرة، فإنّ الالتزام بمبدأ حسن النية وشرف التعامل يشكّلان قيداً عليهما.

هذا وتبدو أهمية التأكيد على الالتزام بمراعاة مبدأ حسن النية في مجال إعادة التفاوض عند اتباع استراتيجيات تفاوضية تقوم على خطط ومناورات قد تؤدي بمبدأ حسن النية، والذي يجب الالتزام به عند بدء المفاوضات، وفي مختلف مراحلها.

إنّ مبدأ حسن النية يُعدّ أداة لاحترام القوة الملزمة للعقد، ويستخدم كمعيار لقياس السلوك، ويسمح بتقدير شرعية سلوك أحد الطرفين بالنسبة إلى الحرص الذي ينبغي عليه إظهاره، في سبيل التقيد بحرفية العقد وكذلك بروحه^(١).

ينبغي عند إعمال شرط إعادة التفاوض أن يتحمّل الطرفان المخاطر العادية الناجمة عن التنفيذ، حيث إن مبدأ حسن النية يمنع أيّاً منهما من أن يطالب بإعادة التفاوض في العقد أو تعديل شروطه، إلا في حال حدوث اختلال كبير في توازن العقد، وذلك بأن يصاب أحد الطرفين بأضرار فادحة لا تتناسب البتّة مع ما قد يلحقه من مكاسب من تنفيذ العقد.

وبالطبع فإن مبدأ حسن النية في مرحلة إعادة التفاوض يتجلى بصورة مختلفة، حيث تتمثّل بتقديم الطرفين لاقتراحات جادة وأمينّة تسعى للوصول إلى حلّ مناسب لما يواجههما من مشكلات^(٢).

(١) د. د. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص ٤٤٩.

(٢) د. د. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص ٤١٤.

هذا ومن الدلائل الواضحة على انتفاء حسن النية من قبل الطرفين المتعاقدين في مرحلة إعادة التفاوض، هو ألا يكون لديهما النية الحقيقية والرغبة الجادة لإعادة ملاءمة العقد الإداري الدولي، ولقد أكد هذا المعنى الفقرة ٣ من المادة (٢-١٥) من مبادئ عقود التجارة الدولية اليونيدورا لعام ١٩٩٤ والتي نصّت على أنّه: "ويعتبر سيئاً نية الطرف الذي يفتتح أو يتابع المفاوضات وهو يعلم أنّه ليس لديه النية في الوصول إلى اتفاق".

من هنا يمكننا القول إنّ مبدأ حسن النية يوجب على الطرفين المتعاقدين بالإضافة إلى الحضور الماديّ الحضور الذهنيّ، وهو أن يكون حضور الطرفين المتعاقدين قصد الوصول لحلّ إيجابيّ، فلا يكون هذا الحضور بهدف إضاعة الوقت والمجادلة في كلّ ما يتمّ طرحه، كذلك يعدّ إخلالاً واضحاً بمبدأ حسن النية قيام أحد الطرفين المتعاقدين بتقديم اقتراحات غير معقولة، حيث إنّ الهدف منها هو تعطيل المتعاقد الآخر والمباعدة بينه وبين التفاوض أو العمل على التعاقد مع الغير^(١).

كذلك من الصّور العديدة لسوء النية طرح أفكار غامضة تعمل على تشتيت فكر المتعاقد الآخر، أو تقديم مقترحات مغالي فيها وميؤوس من قبولها، بالإضافة إلى السكوت عن الإدلاء بمعلومات قد تؤثر في الوصول إلى اتفاق، فضلاً عن التسيوف وإطالة أمد التفاوض مع العلم بصعوبة الوصول إلى اتفاق نهائيّ^(٢)، أيضاً عدم احترام الوقت المحدّد لكلّ مرحلة من مراحل التفاوض، والعمل على إعادة طرح مسائل تمّ حسمها من دون أن يكون هناك سبب

(١) مبادئ Unidroit الترجمة العربية ٢٠١٤، ص ٥١.

(٢) د. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص ٤٥١.

مقبولٌ لهذا الطرح، وأخيراً وليس آخراً إجراء مفاوضاتٍ موازيةٍ مع طرفٍ آخر على الرغم من الاتفاق على حظرها أو العدول عن الإيجاب أو العرض بعد قبول المتعاقد الآخر له.

ولا يفوتنا الإشارة إلى صورةٍ مهمّةٍ من صور سوء النية وهي الرّفص المستمرّ وغير المبرّر لكافة الاقتراحات التي يتقدّم بها المتعاقد الآخر، على الرغم مما تتسم به هذه المقترحات من منطقيّةٍ بيّنة، فضلاً عن العمل على رفع المقابل بصورةٍ جائرةٍ تدفع المتعاقد الآخر إلى الانسحاب في الوقت الذي كانت فيه المفاوضات على وشك الانتهاء بالتوصّل إلى حلٍّ مناسبٍ.

إذا وبعد هذا الشرح الوافي يمكننا القول إنّ انتفاء حُسن النية في أثناء مرحلة إعادة التفاوض يعدُّ ولاشكَّ إخلالاً عقدياً يوجب المسؤولية والتّعويض، وذلك حسب القانون الواجب التطبيق على العقد، والذي بدوره يحدّد المقصود بحسن النية ومعياره، وكذلك من يجب عليه أن يقوم بإثباته أو انتفائه، وما يترتّب من جزاء على تخلفه^(١).

إن الالتزام بإعادة التفاوض بحسن نيةٍ في العقود الإداريّة الدوليّة يستقي أساسه في الغالب من إرادة الطرفين المتعاقدين، وذلك بتضمين العقد شرط إعادة التفاوض.

وفي حال غياب هذا الشرط فإن العديد من قرارات التحكيم التجاري الدولي تقرر وجود هذا الالتزام بإعادة التفاوض استناداً إلى طبيعة التجارة الدوليّة

(١) مبادئ Unidroit الترجمة العربية ٢٠١٤، المادة (٢-١٥)

ومتطلباتها^(١)، ومن ذلك ما جاء في أحد قرارات غرفة التجارة الدوليّة ICC من أنه "يجب أن يتم تفسير الاتفاقات بحسن نية، وإنّ كلّ متعاقدٍ عليه التزامٌ بأن يتصرّف على نحوٍ لا يلحق ضرراً بالمتعاقد الآخر، وإعادة التفاوض المعقول تعدّ عرفاً في العقود الاقتصادية الدوليّة".

إنّ التأكيد على مبدأ حسن النية من قبل الفقه أو التحكيم يتجاوز بدرجة كبيرة ما يلقاه هذا المبدأ في ظل الأنظمة القانونية الوطنية؛ لذا فقد جاء في حكم لغرفة التجارة الدوليّة أن مبدأ حسن النية يعدّ أحد المبادئ التي تعمل على خلق قانون التجارة الدوليّة وأنه "يجب أن يهيمن على تكوين العقد وتنفيذه، وأن التأكيد الموضوعي على حسن النية التعاقدية هو أكثر بكثير من ذلك الذي يرتبط بالاتجاهات السائدة التي تلتقي عندها القوانين الوطنية، إنّ حسن النية لا يعبر فقط عن الحالة الذهنيّة عن العلم أو الجهل بواقعة معيّنة، لكنه أيضاً إشارة الأعراف إلى قاعدة أخلاقية خاصّة بالسلوك، وذلك يحدّد السلوك المطلوب الذي يمكن ربطه بالمبدأ العام للمسؤوليّة"^(٢).

إذاً يعدّ مبدأ حسن النية مبدأً عاماً يتوجّب الالتزام به في كافة العقود الدولية، وهو ما جاءت به مبادئ ال Unidroit في المادة (١١ - ٧) حيث جاء في الفقرة (١) أنّه " يلتزم الأطراف باحترام مقتضيات حسن النية في التجارة الدوليّة، ولا يستطيعون استبعاد هذا الالتزام أو أن يضيّقوا نطاقه".

(١) د. سلامة فارس عرب، مرجع سابق ، ص ٣٩٦.

(٢) د. مراد محمود المואجة، مرجع سابق ، ص ٤٥٣.

مع التأكيد دوماً بأنّ هناك مسؤوليّةً على الإخلال بالالتزام بحسن النية خلال مرحلة إعادة التفاوض، تؤدّي إلى مؤاخذة أحد الطرفين المتعاقدين، وهي مسؤوليّة عقديّة ناتجة من مخالفة العقد الإداري الدولي حيث يتكفل القانون الواجب التطبيق ببيان أركانها والجزاء المترتبة عليها^(١).

أما بالنسبة إلى موقف التحكيم فقد توسّعت قرارات التحكيم في مبدأ ضرورة تنفيذ الالتزامات العقدية بحسن نية، ملقبةً على عاتق الأطراف المتعاقدة العديد من الالتزامات، التي لا تنحصر في ضرورة إعادة التفاوض كلما تغيرت الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، بمعنى أنه يجب على هذه الأطراف عمل كلّ ما بوسعهم حتى يبلغ العقد غايته.

الفرع الثالث

الالتزام بالإخطار لإعادة التفاوض في العقود الإدارية الدولية

في حقيقة الأمر فإنه وللدخول في عملية إعادة التفاوض في العقود الإدارية الدولية، لا بدّ أولاً من أن يقوم المتعاقد المضرور من وقوع التغير في الظروف بإخطار المتعاقد الآخر بوقوع الحدث ونطاقه وآثاره على التنفيذ، إنّ هذا الإخطار يمثّل نقطة البدء في عملية التفاوض، حيث إنّهُ يسمح للمتعاقد الآخر أن يلبي الدّعوة بالدّخول في التفاوض خاصّةً في الحالات التي يتفق فيها

(١) د. مراد محمود المواجهة، مرجع سابق، ص ٤٥٤.

الأطراف على أن يتمّ هذا الإخطار في أقرب وقتٍ ممكن، أو في مدّة محدّدة يتفقون عليها^(١).

يُظهر الواقع التعاقدى أهمية أن يتمّ الإخطار أيّاً كانت صورته في أسرع وقتٍ ممكنٍ بعد علم المدين بوقوع الحدث؛ لذا نجد أنّ طرفي العقد يسلكون أحد مسلكين في هذا الشأن: يتمثّل الأول في تحديد مدّة معيّنة ينبغي أن يتمّ فيها الإخطار حتى يحقّق أهدافه، أما الثاني فيتمثّل في سرعة الإخطار من دون أن يكون هناك تحديدٌ لمدّة زمنيّة معيّنة^(٢).

في واقع الحال إنّ هذا الإخطار يسعى إلى تحقيق هدفين رئيسين: يتمثّل الأول في إعلام الدائن بأسرع وقتٍ ممكنٍ بوقوع التغيّر في الظروف الذي أدى لاختلال التوازن العقدي، وذلك حتى يتمكّن الدائن من اتخاذ الإجراءات المناسبة كافّة، كي يتمّ تجنّب النتائج الضارّة لهذا الحدث. أما الهدف الثاني للإخطار فيتمثّل في أنّ الإخطار يعدّ وسيلةً مهمّةً لإثبات وقوع الحدث ونتائجه، خاصّة أنّ الطرفين المتعاقدين كثيراً ما يتفقاً على أن يتضمّن الإخطار شهادة صادرة من قبل الجهات الرّسميّة تؤكّد وقوع الحدث ونتائجه على تنفيذ العقد^(٣).

فإذا ما وقع تغيّر في ظروف تنفيذ العقد، وأدى هذا التغيّر إلى اختلال توازنه، فإن الدائن قد لا يكون بالضرورة على علمٍ بهذه الأحداث ونتائجها. لذا فإنّ غالبية العقود الإدارية الدوليّة تُخضع الحقّ في التمسّك بشرط إعادة

(١) Oppetit , Op.Cit, p315.

(٢) د. حياة محمد أبو النجا، مرجع سابق، ص ٢٦٧.

(٣) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٤٧٧.

التفاوض إلى إجراء شكليّ غاية في الأهميّة - هو الإخطار - قد يؤدّي عدم احترامه في بعض الحالات إلى سقوط الحق في التمسك بعملية إعادة التفاوض^(١).

ويلتزم المدين بإخطار الدائن بالمعلومات كافة التي أسهمت في وقوع الأحداث، وكذلك نتائجها الحالّة وتلك التي يحتمل حدوثها، وهو ما يُوجب على المدين أن يعلم هو أولاً بالمعلومات كافة حتى يتمكّن من إخطار الدائن بها، لذا فإنّ المدين ملزم بالبحث عن البيانات والمعلومات المفيدة التي تتعلّق بالظروف المُستجدة حتّى يخطر بها الدائن؛ بمعنى أنّه لا يُقبل منه موقفٌ سلبيّ من ذلك، واحتجابه بأنّه يجهل الظروف التي وقعت، وذلك كي يدفع عن نفسه المسؤولية عن الأخطار المُستجدة، فالتزام المدين بالإخطار هو التزمّ بالحرص والاحتياط ويعدّ تطبيقاً فعلياً لمبدأ حسن النية^(٢).

إذاً يمكننا القول إنّ واجب المدين في إخطار الدائن في العقد الإداريّ الدوليّ يظهر في صورتين أساسيتين^(٣):

الأولى: أن يقوم بأسرع وقتٍ ممكنٍ بإخطار الدائن بوقوع الحدث وبما ترتّب عليه من نتائج، فالغاية من ذلك هي الاستعجال من أجل تمكين الدائن من القيام بمختلف الإجراءات السريعة والمناسبة لمواجهة هذا الموقف.

(١) د. مراد محمود المواجهة، مرجع سابق، ص ٤٥٦.

(٢) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٤٤٨.

(٣) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٤٩٣.

أما الثانية: أن يقوم المدين بتقديم الإثباتات والمستندات كافة إلى الدائن، والتي تؤكد حقيقة ما استجدّ من أحداثٍ، وآثار هذا الحدث على تنفيذ العقد.

ولقد نصّت قواعد ال Unidroit على الإخطار في المادة (١ - ٩) حيثُ لم تشترط طريقةً معيّنة لحصوله، فيجوز توجيهه بأيّ طريقةٍ تناسب تلك الظروف، ويرتّب الإخطار آثاره عند وصوله إلى المرسل إليه، حيثُ قد يصل الإخطار إلى المرسل إليه شفاهاً، أو إذا ما تسلّمه في موطن أعماله، أو على عنوانه البريديّ، وتوسّعت هذه المادة في الإخطار كونه أيّ تعبيرٍ عن الإرادة يخبر بوقوع الحدث المستجدّ^(١).

بالإضافة إلى أنّ الكثير من القرارات التّحكيميّة قد أكّدت على الإخطار وأهميّته ودوره في إطار أعمال شرط إعادة التفاوض في العقود الإداريّة الدوليّة^(٢).

وإنّ عبء إثبات وقوع الحدث الذي يرتّب أعمال الشرط يقع على عاتق المدّعي، والذي له إثبات ذلك بطرق الإثبات كافّة كونه واقعةً ماديّةً، مع الإشارة إلى أنّ اتفاقيّات التجارة الدوليّة والنّظم القانونيّة الوطنيّة لا تولي هذه النّقطة الأهميّة المطلوبة، تاركةً إيّاها إلى القواعد العامّة في الإثبات، مع ضرورة التأكّد على أنّ دور المستندات التي يقدّمها المدّعي يقتصر على إثبات واقعة الحدث، أمّا تكييفها وأثرها على تنفيذ العقد، فيتترك للأطراف وللمحكّمين عند وجود خلافٍ بين الطرفين المتعاقدين؛ كونها تجسّد تغييراً في

(١) د. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص ٤٥٧.

(٢) المرجع السابق، ص ٤٥٧.

الظروف^(١).

ولا بدّ من التأكيد على أنه إذا ما علم الدائن بالظروف المستجدة أو كان متاحاً له أن يعلم بها فإنه لا يجوز له - استناداً إلى مبدأ حسن النية - الاحتجاج بعدم وصول إخطار من المدين إليه يخبره بوقوع الحدث، حيث يجب على الدائن في حالة علمه بالحوادث أن يتصرّف كما لو أنه قد وصله إخطار من المدين، والذي قد لا يكون هو ذاته عالماً بها^(٢).

والأساس القانوني للإخطار هو واجب التعاون بين الأطراف، ومبدأ حسن النية الذي يقضي أن يحيط كلّ متعاقد المتعاقد الآخر بالصعوبات كافة التي تواجه تنفيذ العقد، وذلك حتى يُتاح له اتخاذ مختلف الإجراءات والاحتياطات التي من شأنها تخفيف أو تفادي الضرر، والذي قد يتعرض له الدائن جرّاء عدم تنفيذ الالتزام، بمعنى الالتزام بالإخطار يقتضيه حسن النية في تنفيذ العقد، سواء أوجد اتفاق بذلك أم لم يوجد^(٣).

ومن الأهمية بمكان كي يتم إثبات وقوع الحادث ونتائجه، أن يقدم المدين إلى الدائن البيانات والمستندات الكافية واللازمة، وذلك حتى يحقق الإخطار الغاية منه، وتتجلى أهمية المستندات والوثائق التي يقدمها المدين في نقطتين اثنتين ألا وهما: أنها تؤكد صحة ادعاء المدين بوقوع الحادث الذي يعيق تنفيذ العقد، كما أنها توضح بشكل كافٍ للدائن الموقف في مجمله وتساعد على

(١) د. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص ٤٥٨.

(٢) د. حياة محمد محمد أبو النجا، مرجع سابق، ص ٢٦٩.

(٣) د. حمزة أحمد حداد، مرجع سابق، ص ٣٦٧.

اتخاذ كل ما يلزم من إجراءات لمصلحته. أما بالنسبة للوثائق التي ينبغي على المدين أن يقدمها لتأكيد صحة ادعائه بوقوع الحادث، فإن أمر تقديرها يترك إلى الدائن حيث يستطيع أن يطلب من المدين أن يقدم شهادات أو بيانات معينة، فإذا ما حصل أي خلاف حول ذلك، يرفع الأمر إلى المحكم الذي له قرار الفصل في مدى كفاية المستندات^(١).

هذا وإن إخلال المدين بتنفيذ الالتزام بالإخطار من شأنه أن يرتب عليه مسؤولية تعاقدية ويعرضه إلى الجزاء، وتتنوع الجزاءات التي يمكن فرضها في مثل هذه الحالة وتدرج، بدءاً من الحق في التعويض عن الأضرار التي سببها تخلف الإخطار، وصولاً إلى سقوط الحق في التمسك بشرط إعادة التفاوض، مع ضرورة الإشارة إلى نقطة على قدر كبير من الأهمية، ألا وهي أنه إذا ما اتفق الطرفان على ضرورة الإخطار في العقد الإداري الدولي، فليس للمدين أن يتمسك بحدث التغيير في الظروف ولا الاستفادة من الحلول المقدمة في هذا الشأن، إذا كان قد أخل بالتزامه بالإخطار حتى ولو علم المتعاقد الآخر أو كان ينبغي أن يعلم بوجود الحدث^(٢).

هذا وإننا نرى أن فرض جزاء على المدين لإخلاله بالالتزام بتنفيذ الإخطار هو أمر منطقي تقتضيه طبيعة الأمور، ويكون من المعقول جداً أن يتمثل هذا الجزاء بتعويض يلزم المدين بدفعه إلى الدائن لتقصيره بالإخطار، لكنني أظن أن إسقاط حق المدين في المطالبة بإعمال شرط إعادة التفاوض نظراً لتقصيره بالإخطار هو جزاء قاسٍ للغاية، ولا يفضل اللجوء إليه إلا فيما ندر من

(١) د. حياة محمد محمد أبو النجا، مرجع سابق، ص ٢٧١.

(٢) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٥٠٣.

الحالات، وذلك تبعاً للظروف المحيطة بالعوامل المُخلّة بتوازن العقد وبما يعود تقديره إلى هيئة التحكيم.

الفرع الرابع

الالتزام بالتعاون وتخفيف الضرر

إنَّ الالتزام بالتعاون يظهر في مختلف مراحل العقد أي قبل إبرام العقد وأثناء إبرامه وخلال التنفيذ، ويتمثل هذا الالتزام في التشاور والمشاركة في إعداد مسار العملية التفاوضية، وكذا في تحديد مكان وزمان إجراء المفاوضات، والتراضي على تحديد الخبراء الفنيين والاستشاريين. ومن أبرز صور الالتزام بالتعاون الالتزام بالإعلام والإخبار، ذلك لأنَّ الإدلاء بالمعلومات من قبل أيٍّ من الطرفين يعدُّ أمراً حاسماً لإيضاح الرؤية والتفكير واتخاذ القرار المناسب حول الظروف المحيطة بتنفيذ العقد.

ويُعدُّ الالتزام بالتعاون التزاماً ببذل عناية يُفترض وجوده ابتداءً، وينبغي النصُّ عليه بشكلٍ صريح، حيث إنَّ الإخلال به يُوجب قيام المسؤولية العقدية طبقاً لأحكام القانون الواجب التطبيق على العقد^(١).

هذا وإنَّنا نرى أنَّ الالتزام بالتعاون واجب الاحترام من قبل أطراف العقد في مختلف مراحله، وإن لم يتمَّ النصُّ عليه في العقد بشكلٍ صريح، وذلك كونه تطبيقاً مهماً من تطبيقات مبدأ حسن النية في العقود.

ويرتبط الالتزام بالتعاون بالالتزام آخر في غاية الأهمية، ألا وهو الالتزام بتخفيف الضرر والحدّ من الخسائر الناجمة عن تغيّر الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، ومقتضى هذا الالتزام أنَّ الدائن ينبغي عليه أن يبذل كلّ ما في وسعه وباستخدام الوسائل المعقولة والمشروعة كافّة، للتخفيف من الضرر الناجم عن تغيّر الظروف، والذي يؤدي إلى إعمال شرط إعادة التفاوض. ويترتّب على مخالفة هذا الالتزام جزاءً يتمثّل في فقدان الدائن للتعويض الذي كان يمكن أن يُطالب به بالنسبة إلى الجزء الذي تقاعس فيه عن الحد من خسارته، حيث إنَّ هذا الالتزام يترجم المبدأ الاقتصادي الذي يلزم الدائن بإدارة أعمال مدينه في حالة الضرورة^(٢).

إنَّ الالتزام بتخفيف الضرر لا يتجسّد فقط في التزامٍ سلبيٍّ يتمثّل بعدم زيادة الضرر وحسب، وإنّما يُطلب من الدائن إضافةً إلى ذلك التزاماً إيجابياً بتخفيف

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، العقد الدولي الطليق في القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ١٩٨٨، ص ١١٠.

(٢) د. سلامة فارس عرب، مرجع سابق، ص ٣٩٨.

الضرر، بمعنى ألا يوفر جهداً لتخفيف الضرر لأقل قدر ممكن، أي أن يبذل أي جهد ممكن لتخفيف الضرر، كأن يبرم عقوداً جديدة مع متعاقدين آخرين بشكل مباشر أو من الباطن، أو بالتفاوض مع المتعاقد الآخر، أو بقبول عرض مقبول قُدم إليه من المتعاقد الآخر^(١)؛ بمعنى أنه يجب على الدائن أن يبذل جهوداً معقولة يظهر من خلالها رغبته الجدية والواضحة بتخفيف الضرر إلى حدّه الأدنى، وهنا يكون تقدير هذه الجهود وأهميّتها وفعاليتها ملقًى على عاتق هيئة التحكيم.

ولا يفوتنا في هذا الإطار التأكيد على أنّ التزام الدائن بتخفيف الضرر اللاحق بالمدين نتيجة الظروف المستجدة مُستقى من مبدأ حُسن النية في تنفيذ العقود.

مع الإشارة إلى أنّه تتنوع وتتباين طرق تخفيف الضرر التي يمكن اتّخاذها من عقدٍ إلى آخر حسب طبيعة العقد، ويمكننا القول إنّ عملية تخفيف الضرر هي كلّ إجراءٍ يمكن اتّخاذها قد يسهم في تعجيل العودة إلى السريان الطبيعي للعقد^(٢)، حيث إنّ تنفيذ العقد هو أفضل طريقٍ من أجل إنقاص كميّة الضرر الناتجة عما استجدّ من ظروف في أثناء تنفيذ العقد. وفي حقيقة الأمر فإنّ شرط إعادة التفاوض الذي هو موضوع هذا البحث، هو أفضل الوسائل وأكثرها عمليّة وفعاليّة لتخفيف الضرر الناتج عن التغيّر في ظروف تنفيذ العقد، فهو يتيح للطرفين الجلوس على مائدة التفاوض وإعادة النّظر بشروط تنفيذ العقد على ضوء الوقائع الجديدة، وإعادة ملائمة العقد بالشكل الذي

(١) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٥٣٥.

(٢) د. مراد محمود المواجهة، مرجع سابق، ص ٤٦٤.

يحفظ حقوق الطرفين ويقلل الضرر الناتج، ويحافظ قدر المستطاع على العدالة والتوازن الاقتصادي للعقد.

ولقد أكدت الشروط التعاقدية في أكثر من موضع في العقود الإدارية الدولية والاتفاقيات الدولية وكذلك قرارات التحكيم الدولي على هذا الالتزام المهم الملقى على عاتق الدائن بتخفيف الضرر، مع تأكيدها على أن الدائن الذي لا يقوم بأي إجراءات معقولة من أجل تخفيف الضرر الذي يلحق بالمدين يتعرض لجزاء - أكثر ما يتمثل - في إنقاص مقدار التعويض المستحق له^(١).

وفي هذا الإطار يجب الإشارة بما جاءت به اتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٤، وذلك بخصوص الالتزام الملقى على عاتق الدائن بتخفيف الضرر الذي يصيب المدين نتيجة التغير الحاصل في ظروف تنفيذ العقد، حيث أوجبت على الدائن أن يقوم ببذل كافة الجهود الممكنة لمعالجة الأضرار التي لحقت بالمدين^(٢)، مع التأكيد مرة أخرى على أن هذه الإجراءات تتباين وتختلف من عقد إداري دولي إلى آخر حسب طبيعة العقد وخصائصه.

ومن القرارات التحكيمية المهمة جداً على هذا الصعيد القرار الصادر عن غرفة التجارة الدولية في باريس في آذار ١٩٩٩ بين إحدى الشركات الإسبانية وأخرى هندية حيث جاء فيه^(٣):

(١) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٥٣٤.

(٢) د. صالح بن بكر الطيار، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مركز الدراسات العربي الأوروبي، عام ١٩٩٩، ص ١٩٥.

(٣) د. مراد محمود المواجهة، مرجع سابق، ص ٤٦٧.

١. يجب على المدّعي أن يتّخذ جميع الإجراءات والخطوات للتخفيف من وطأة الضرر الواقع عليه، والنتائج عن إخلال المدّعي عليه ببند العقد، وأنّه لا يحقّ له الحصول على تعويضاتٍ عن خسائر كان بإمكانه تجنّبها، لكنّه تكاسل أو تخلف عن تجنّبها، وذلك إمّا باتّخاذ إجراءاتٍ غير منطقيّةٍ أو ركونه إلى السلبية وعدم التّحرك، أو بتجنّبه المتعمّد لاتّخاذ أيّ تدابير من شأنها أن تقلّل من الخسائر أو تمنعها.
٢. يحقّ للمدّعي أن يحصل على التّعويض عن الخسائر التي نتجت عن أيّ خطواتٍ معقولةٍ حاول اتخاذها من أجل تفادي الخسارة.
٣. لا يحقّ للمدّعي أن يطالب بتعويضاتٍ عن الخسائر التي كان بإمكانه تجنّبها إلّا أنّه لم يفعل.

وأوضحت الهيئة أنّه فيما يتعلّق بالقاعدة الأولى، فإنّ القانون يلزم المدّعي أن يتّخذ جميع الخطوات المعقولة والممكنة للتخفيف من مقدار الخسائر الناجمة عن إخلال المدّعي عليه بالعقد، ويمنعه القانون من المطالبة بتعويضاتٍ عن أيّ خسائر كان بإمكانه اتّخاذ خطواتٍ لتجنّبها، وإنّ واجب المدّعي في التّخفيف من الخسائر ليس واجباً حيال نفسه، ولكنّه واجبٌ حيال المدّعي عليه، هذا وتعدّ طبيعة التّخفيف من الخسائر من مسائل الواقع وليست من مسائل القانون، وقد تمّ ترسيخ هذا المعيار على المستوى الدولي وبصورةٍ خاصّة في مبادئ ال Unidroit لعام ١٩٩٤

المطلب الثاني

وقف تنفيذ العقود الإدارية الدولية والنتائج الناجمة في حال نجاح أو فشل عملية إعادة التفاوض

في الحقيقة إنّ هناك العديد من الآثار القانونية التي تنتج عن عملية إعادة التفاوض، فقد ينتج عنها وقف تنفيذ العقود الإدارية الدولية، سواء تمّ بإرادة طرفي العقد أو بحكم قاضي، وقد يترتب على عملية إعادة التفاوض نجاح العقد وبالتالي الاستمرار في ترتيب آثاره القانونية، بحيث يخرج الطرفان المتعاقدان من إطار النزاع إلى دائرة تنفيذ العقد بشروط جديدة. ومن الممكن ألا يتوصل طرفا العقد إلى إيجاد حلّ مناسب، ما يعني فشل عملية المفاوضات، وهنا لا بدّ من اللجوء إلى وسيلة أخرى لحلّ هذا النزاع كاللجوء إلى التحكيم أو العمل على إنهاء الرابطة -على ما يحمله من سيئات- عن طريق فسخ العقد.

الفرع الأول

وقف تنفيذ العقود الإدارية الدولية

لاشكَّ وأنَّ عملية وقف تنفيذ العقود الإدارية الدولية هي من أهم وأخطر الآثار المترتبة على شرط إعادة التفاوض وأخطرها، وعلى الرغم من خطورة هذا الطرح خاصة مع النظرة التقليدية في إطار العقود الإدارية، التي ترفض رفضاً قاطعاً فكرة وقف تنفيذ العقود الإدارية، إلا أنَّ ذلك برأينا يبقى أفضل من فسخ العقد، خاصة وأنه في الأزمات كثيراً ما يتم تجميد تنفيذ العقود كحل واقعي تفرضه الأزمة.

أولاً- وقف التنفيذ و شروط إعماله والأساس القانوني له:

ما هو وقف تنفيذ العقود الإدارية الدولية ؟ وما هي طبيعته ومفاعيله على العقد ؟ وما هي الشروط المتطلّبة لتحقيق هذا الوقف وإعماله ؟ وما هو الأساس والمركز القانوني الذي يستند إليه ويتكئ عليه هذا الوقف؟

١- ماهية وقف تنفيذ العقود الإدارية الدولية:

يُقصد بوقف تنفيذ العقد اصطلاحاً أنه: "عبارة عن انقضاء مؤقت لا رجعة فيه للالتزامات الناشئة عن العقد، من دون أن يؤثر ذلك على بقاء الرابطة العقدية أو يرتب المسؤولية العقدية"^(١).

إنَّ وقف تنفيذ العقود الإدارية الدولية مرحلة وسطى بين تنفيذ العقد وانتهائه، حيثُ إنَّ العقد في مرحلة الوقف يبقى قائماً، لكنَّ تنفيذ أحكامه هو

(١) د. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص ٤٧٠.

الذي يتوقّف بشكلٍ مؤقتٍ و ذلك لوجود سببٍ طارئٍ، ذلك أنّه في مرحلة الوقف هذه يختفي تنفيذ العقد من دون أن ينتهي^(١)، حيث إنّ تنفيذ الالتزامات العقدية يسكن ويهمد بصورة مؤقتة حتّى انتهاء الظرف المُستجدّ، ثمّ يعود إلى السريان الطبيعيّ بعد ذلك.

فلما كانت العقود الإدارية الدّولية تُبرم لمدّة زمنيّة طويلة، فإنّ المدين يجد نفسه قادراً على معاودة تنفيذ التزاماته بعد انتهاء فترة الوقف، وذلك لأنّ هناك فترة زمنيّة منصوص عليها في العقد، إلّا أنّه ومع ذلك فلا بدّ أن ينصّ العقد على أنّ العلاقة بين الطرفين سوف تمتدّ إلى فترة زمنيّة مساوية لفترة الحدث الخارجي غير المتوقّع والذي يستحيل مواجهته. ومن ذلك ما أشار إليه العقد البتروكيميائي السّعودي (ESSIEVX) حيثُ جاء في المادة (٢/٢) منه أنّه "إذا وقع حدثٌ قوّة قاهرة يؤدّي إلى تعليق العمل التعاقدّي فإنّ الاتفاق وبرنامج التنفيذ سوف يمتدّان إلى فترة تعادل فترة حدث القوّة القاهرة"^(٢).

إضافةً إلى ذلك فقد جاء في عقد " رينو رومانيا " في المادة (٥/١٦) أنّه: "في حالة وقوع حدثٍ يشكّل حالة قوّة قاهرة، فإنّ الالتزامات التي أثّرت عليها القوّة القاهرة سوف تمتدّ بطريقةٍ أوتوماتيكيّةٍ لمدّة تعادل التأخير الحاصل نتيجة القوّة القاهرة"^(٣).

(١) د. جعفر المغربي، حالات وقف عقد العمل الواردة في القانون الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، العدد ٣٩، ٢٠٠٥، ص ٨٠.

(٢) د. صالح بن بكر الطيار، مرجع سابق، ص ١٩٦.

(٣) د. الطيار، صالح بن بكر، مرجع سابق، ص ١٩٧.

وبالتالي يمكننا القول إنَّ وقف تنفيذ العقد الإداريِّ الدولي من شأنه أن يحقق فائدة مزدوجة :

أ_ يحمي وقف التنفيذ العقد الإداريِّ الدولي من الزوال الحال، وذلك نظراً لوجود عائق قد يستمرُّ فترة قصيرة، أي إنَّه يؤمّن بقاء العلاقة العقدية ويحافظ على المراكز القانونية للأطراف خلال فترة معينة.

ب_ كذلك يسمح للعقد الإداريِّ الدوليِّ بالسريان الطبيعيِّ مرةً أخرى، منتجاً لذات الآثار التي كان ينتجها من قبل، بمعنى أنَّه يعمل على حفظ فرصة هذا العقد في المستقبل.

وإذا نظرنا إلى الميزات والفوائد الناتجة عن وقف تنفيذ العقد الإداري الدولي لوجدنا أنها تتمثّل في الآتي^(١):

أ_ إنَّ وقف العقد هو عبارة عن عدم تنفيذٍ مؤقتٍ للالتزامات العقدية، حيث إنَّ عدم تنفيذ الالتزامات العقدية هو نتيجة لوجود سببٍ من أسباب الوقف، وبالتالي فهو ذو طبيعة مؤقتة بحيث ينبغي استئناف تنفيذه عندما يزول سبب الوقف.

ب_ إنَّ وقف تنفيذ هذا العقد يُعدُّ مانعاً من قيام المسؤولية العقدية للمدين الذي توقّف عن تنفيذ التزاماته.

ج _ إنَّ وقف التنفيذ لا يؤدي إلا إلى وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسة التي تأثرت بسبب الوقف.

(١) د. جعفر المغربي، مرجع سابق، ص ٢.

إنَّ اهتمام أطراف العقد يتركز بشكلٍ أساسيٍّ على عمليّة الإبقاء على العقد والمحافظة عليه، وذلك حتى يؤدي كلُّ متعاقدٍ لالتزاماته التي يفرضها عليه العقد^(١)، بحيث يحصل كلُّ متعاقدٍ منهما على ما يصبو إليه من منافع يتوخّاها من تلك العلاقة، ويكشف الواقع العمليّ بشكلٍ واضح أنّه من النادر أن يشكّل التّغير في الظروف التي تحيط بتنفيذ العقد الإداريّ الدّولي عقبةً نهائيّةً أمام تنفيذ الالتزامات العقدية، ويكون في صالح طرفي العقد أن يتمّ تعليق تنفيذ العقد لمدّة معيّنة من الزّمن، يقوم بتحديدِها الخبراء بدلاً من اللجوء إلى فسخ العقد، حيثُ إنّهُ ولا شكَّ أنّ الإبقاء على علاقةٍ تعاقديةٍ مجمّدةٍ لفترةٍ مؤقتةٍ أفضل اقتصادياً لهما.

ويعدّ ذلك جزءاً من التدابير والإجراءات التي تستجيب المصلحة العامة. حيثُ إنّ الهدف الأساسيّ من هذه العقود يتمثّل في إنجاز عمليّة اقتصاديةٍ معيّنة لهما، لذلك لا يُمكن التخلّي عن هذه العلاقات التعاقدية بصورةٍ نهائيةٍ إلا في ظروف استثنائيةٍ للغاية كارتكاب أحدهما لإخلال عقدي^(٢).

لاشكَّ أنّ مبدأ وقف تنفيذ العقد يختلف عن المفهوم التقليديّ الذي يترتّب على القوّة القاهرة، حيثُ إنّ الأخير يؤدي إلى نتيجةٍ محدّدةٍ لا خلاف عليها في الفقه وفي القضاء، تتمثّل في انفساخ العقد وانتفاء مسؤوليّة المدين عن عدم تنفيذ التزاماته العقدية، فمبدأ الحفاظ على العقد والحفاظ إلى أبعد حدٍّ على العلاقات التعاقدية في العقود الإدارية الدّولية هو من المبادئ الأساسية

(١) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق ، ص ٣١٣.

(٢) د. صالح بن بكر الطيار، مرجع سابق ، ص ١٩٧.

المتعلقة بهذه العقود والمرتبطة بها، لذا نلاحظ أنه نادراً ما يقوم الأطراف بالاتفاق على إنهاء العقد أو فسخه^(١).

وهنا يثار تساؤل في غاية الأهمية حول مصير العقد الإداري الدولي خلال مرحلة إعادة التفاوض، وهو هل يبقى الطرفان المتعاقدان ملتزمان بتنفيذ أحكام هذا العقد كما هي واردة في الاشتراطات الأولية للعقد في أثناء مدة التنفيذ^(٢)؟ في الحقيقة إن مصير العقد في مرحلة إعادة التفاوض يخضع إلى إرادة الطرفين المتعاقدين، حيث يكونان أمام خيارين: يتمثل الأول في وقف تنفيذ العقد في أثناء القيام بعملية إعادة التفاوض، في حين يتمثل الثاني بالاستمرار في تنفيذ العقد، فإن اختارا الخيار الأول فلا مُعَقَّب عليهما ويستطيعان أن يُحدداً ذلك في متن العقد، أي منذ إبرام العقد وقبل وقوع تلك الأحداث التي أدت إلى تغيير الظروف أو بعد حدوث هذا التغير.

لكن الواقع العملي يظهر أنه نادراً ما تكون هذه النقطة المهمة موضع تنظيم من قبل المتعاقدين عند إبرام العقد، حيث إنَّ جُلَّ اهتمامهما يكون مُنصباً على النص على عملية إعادة التفاوض من دون الدخول في معالجة الأمور التفصيلية الأخرى، فإذا ما غابت إرادة الطرفين المتعاقدين في هذا الشأن، فإنَّ بعض الفقه يذهب إلى أنَّ الالتزام بإعادة التفاوض يُوقف بشكل تلقائي تنفيذ هذا العقد، وذلك ما لم يوجد شرطٌ مُخالفٌ ينصُّ على الاستمرار

(١) V. P. KHAN Op.Cit, p.486.

(٢) د. مراد محمود المواجهة، مرجع سابق، ص ٤٧٣.

بتنفيذ العقد^(١)، لكنَّ البعض الآخر من الفقه يذهب إلى أنَّ هذا العقد يستمرُّ في توليد آثاره خلال فترة إعادة التفاوض ما لم يوجد إرادةٌ تُخالف ذلك، بمعنى أنَّه في حال اتفاق الطرفين المتعاقدين بشكلٍ صريحٍ أو بصورةٍ ضمنيةٍ على وقف العقد الإداري الدولي، ففي هذه الحالة يوقف تنفيذه، أما دون ذلك فإنَّ العقد يستمرُّ في ترتيب آثاره^(٢).

وفي حقيقة الأمر فإنَّنا نرى وقف تنفيذ العقد الإداري الدولي في فترة إعادة التفاوض هو الخيار الأمثل والأكثر ملاءمةً، فليس من المنطقيَّ القبول بالاستمرار في تنفيذ العقد لأن من شأن ذلك أن يؤدي إلى تقاعس أحد الطرفين المتعاقدين عن إنهاء عملية التفاوض بشكلٍ مناسب إذا كان الاستمرار في تنفيذه لصالحه، وبالمقابل فإنَّه في حالة وقف هذا العقد سيكون لدى الطرفين المتعاقدين مصلحة حقيقية في إعادة التفاوض، وتالياً التوصل إلى اتفاقٍ مناسبٍ بشأن العقد في أسرع وقتٍ ممكنٍ.

وإذا ما أردنا تبيان الصّور التي يُمكن أن يتّخذها وقف تنفيذ العقد الإداري الدولي لوجدنا أنَّها تتمثّل في صورتين اثنتين^(٣):

أ_ اتفاق طرفي العقد على إطالة فترة تنفيذه وذلك نتيجة ما طرأ من ظروف أدت إلى اختلال التوازن العقدي، دون النصّ بشكلٍ صريحٍ على وقف تنفيذ العقد، وبصنّف البعض هذه الصّورة على أنَّها تُعدُّ وفقاً ضمناً لتنفيذ العقد.

مشار إليه عند د. مراد محمود المواجهة، مرجع Elmahy (H), Op.Cit, p96^(١)
سابق، ص ٤٧٣

(٢) المرجع السابق، ص ٤٧٣.

(٣) د. مراد محمود المواجهة، مرجع سابق، ص ٤٧٤.

بـ أن يتفق الطرفان على الاستمرار بتنفيذ العقد دون إبطائه، بمعنى أنهما يتفقان على أن هذا التغير في الظروف سوف يؤدي إلى وقف تنفيذ العقد، أي وقف الالتزامات كافة التي تأثرت بحالة تغير الظروف ومع ذلك يستمر العمل لإنهاء العقد في المدة المحددة رغم الوقف الذي أصابه^(١).

٢_ شروط وقف تنفيذ العقود الإدارية الدولية في أثناء عملية إعادة التفاوض:

لا بدّ لوقف تنفيذ العقود الإدارية الدولية من تحقق الشروط اللازمة لهذا الوقف، وهي أن تكون هناك استحالة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وألا تكون هذه الاستحالة بفعل أحد طرفي العقد، وألا تكون المدة من الأمور الجوهرية التي لا يمكن التجاوز عنها للتنفيذ، فضلاً عن إمكانية زوال العائق الذي سبب الوقف.

أ_ أن تكون هناك استحالة وقتية في تنفيذ العقد الإداري الدولي أو اختلال كبير وبيّن في اقتصاديات العقد:

في حقيقة الأمر فإنه يجب لكي يقف تنفيذ العقد الإداري الدولي عن ترتيب آثاره، أن يكون هناك استحالة وقتية في التنفيذ. ويقصد بها تلك الاستحالة التي يمكن معها أن يزول المانع الذي أدى إلى وقوعها بعد فترة معينة، إلا أنه هنالك أمل في زوالها والعودة لاستئناف تنفيذ العقد لآثاره القانونية حتى ولو امتدّ هذا المانع فترة طويلة من الزمن، ويشترط لذلك إمكانية زوال أسباب حدوث هذه الاستحالة قبل أن تنتهي المدة المحددة لتنفيذ العقد، مع ضرورة أن

(١) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٣٢٣.

يكون هذا التنفيذ مجدياً خلال هذه المدّة^(١)، وإذا ما كان عدم تنفيذ الالتزام في العقد الإداري الدولي يتّصف بالتأقيت، أي إنّه لم يصبح نهائياً بعد، فإنّ هناك فرصة لإمكان استئناف تنفيذ هذا العقد، ذلك أنّ مبدأ استبقاء العقد خيراً من زواله، حيث إنّ هذا المبدأ يتطلّب استبقاء هذا العقد وانتظار ما قد يُسفر عنه عدم التنفيذ المؤقت من نتائج، وبما أنّ عدم التنفيذ يعود إلى عائق مؤقت، فليس من الملائم انقضاء العقد، وإنّما يُوقف تنفيذه حتّى يزول سبب عدم التنفيذ كي يستأنف العقد سريانه.

فالهدف من وقف تنفيذ العقد خلال مرحلة إعادة التفاوض هو الحرص على استمرار العلاقة العقدية، وتثبيت المراكز القانونية والواقعية للطرفين، وتقادي اللجوء إلى إنهاء العلاقة، بالإضافة إلى إمكانية استئنافها بعد انقضاء وقف العقد، فإذا ما أصبح تنفيذ هذا العقد غير مفيد في المستقبل بعد زوال الوقف، فإنّ العقد الإداري الدولي يفسخ في هذه الحالة ولا يتمّ وقفه^(٢).

ذهب جانب من الفقه إلى أنّ وقف تنفيذ العقد الإداري الدولي نتيجة حدث معيّن وإن كان مبدأ هاماً ومقبولاً، إلا أنّه إذا ما استمرّ الحدث لمدّة طويلة بحيث لا تُمثّل عودة العقد إلى السريان العاديّ أية فائدة لهما^(٣)، فإنّ ذلك ولاشكّ يشكّل تهديداً لمصالح الطرفين المتعاقدين في هذه العقود، وبالتالي فإنّ

(١) د. عبد الوهاب بن سعد الرومي، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق_ جامعة القاهرة، عام ١٩٩٤، ص ٧٧٧.

(٢) د. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص ٤٧٥.

(٣) V. P. KHAN, Op.Cit, p216.

تقدير المدة المفيدة بعد زوال العائق المؤقت يجب أن تتم وفقاً لمصلحة الطرفين المتعاقدين معاً^(١).

إنَّ اختلال التوازن الاقتصادي للعقد نتيجة حادثٍ معيَّن أو ظرف طارئ، بشكلٍ يلحق ضرراً وإجحافاً اقتصادياً كبيراً بأحد الطرفين المتعاقدين فيما لو تقرر الاستمرار بتنفيذ العقد على التَّهَج السابق، هو سببٌ وجيهٌ ومقنعٌ لإيقاف تنفيذ العقد بصورةٍ مؤقتةٍ، وإيقاف تنفيذ الالتزامات الرئيسة المترتبة عليه، بحيث يتم استئناف العقد بعد زوال هذا العارض وزوال تبعاته.

وهنا بالطبع يجب أن نميّز بين الاختلال البسيط العادي في اقتصاد العقد والذي يعدُّ جزءاً طبيعياً من متطلبات العمليات التجارية، وبين الاختلال الكبير المُجحف الذي قد يُصيب أحد الأطراف، كما لو زادت كلف تنفيذ العقد على أحد الطرفين المُتعاقدين بنسبةٍ تزيد عن (٥٠%)، أو انخفضت أرباح أحد الطرفين المُتعاقدين نتيجة هذا الحادث غير المتوقع بنسبةٍ تزيد عن (٦٠%)، ولا شكَّ أنَّ تقدير هذا الأمر يعود بالدرجة الأولى إلى اتفاق الطرفين المُتعاقدين وحُسن صياغة شرط إعادة التفاوض في العقد وتنظيمه.

ب_ ألا تعود الاستحالة المؤقتة أو اختلال التوازن الاقتصادي للعقد إلى أحد طرفي العقد:

لا بُدَّ من أجل تطبيق الأثر الوقتي للاستحالة أو للاختلال الاقتصادي الكبير من أجل أعمال شرط إعادة التفاوض، ألا تعود هذه الاستحالة أو الاختلال إلى المدين ذاته، بمعنى أن يكون هذا التغيّر في الظروف الذي

(١) د. حياة محمد أبو النجا، مرجع سابق، ص ٢٤٩.

ساهم في حدوث المانع الوقتي يرجع لسببٍ أجنبيٍّ لا يد للمدين فيه، كذلك الأمر فإنه إذا كانت هذه الاستحالة المؤقتة أو الاختلال بالتوازن الاقتصادي للعقد تعود إلى فعل الدائن^(١) أو سوء تقديره أو إهماله أو تقصيره، فلا يحقُّ له عند ذلك أن يُطالب بالوقف المؤقت لتنفيذ العقد نتيجة ما اقترفت يداه.

ج- ألا تكون المدة المحددة لتنفيذ العقد الإداري الدولي من الأمور الجوهرية التي لا يمكن التجاوز عنها:

لكي يتم وقف تنفيذ العقد الإداري الدولي بسبب الاستحالة المؤقتة أو اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، فإنه من الضرورة بمكان ألا تكون المدة المخصصة لتنفيذ هذا العقد من الأمور الجوهرية التي لا يمكن المساس بها، أي ألا تلعب مدة العقد دوراً جوهرياً في تنفيذه.

بمعنى آخر يمكننا القول إن وقف تنفيذ العقد الإداري الدولي لا يمكن تطبيقه إلا إذا كانت مدة تنفيذ العقد ليس لها إلا دور ثانوي بالنسبة إلى تلك الشروط التي تم الاتفاق عليها، فإذا كانت مدة التنفيذ غير جوهرية فإنه يمكن اللجوء إلى وقف هذا العقد، فلا بد أن يكون الاستئناف اللاحق لهذا العقد مفيداً ومجدياً لكلا الطرفين المتعاقدين^(٢).

(١) د. عبد الوهاب بن سعد الرومي، مرجع سابق، ص ٧٨٠.

(٢) د. عبد الوهاب بن سعد الرومي، مرجع سابق، ص ٧٨٢.

د- إمكانية زوال العائق وجدية تنفيذ العقد :

إنَّ إمكانية زوال العائق الذي أدَّى للاستحالة المؤقتة في تنفيذ العقد أو للاختلال الكبير في التوازن الاقتصادي له، تُعدُّ من الشروط الأساسية والعامّة للقول بتوفر إمكانية وقف تنفيذ العقد، حيث لا يُعتدُّ بالقول بقيام الاستحالة الوقتية أو الاختلال الكبير في التوازن الاقتصادي للعقد، ومن ثمَّ وقف العقد إذا ما حدثت تلك الاستحالة^(١) أو الاختلال في الفترة بين نشوء الالتزام العقدي وزوال تلك الاستحالة أو الاختلال قبل الوقت المُحدّد للتنفيذ، فيجب أن تكون استحالة التنفيذ أو الاختلال الاقتصادي الكبير مُعاصرةً إلى وقت استحقاق الالتزام، أمّا إذا كانت سابقةً لوقت الاستحقاق وزالت بعد ذلك فلا محلّ لوقف تنفيذ العقد.

٣- الأساس القانوني لوقف تنفيذ العقد :

في حقيقة الأمر إنَّ وقف تنفيذ العقد الإداري الدولي يجد أساسه في عدد من المصادر، والتي تتمثّل في إرادة طرفي العقد كمصدرٍ أساسيٍّ وأوّلٍ له، ثمَّ في اتفاقيّات التجارة الدوليّة والشروط النموذجيّة، ثمَّ في قرارات التحكيم التجاريّ الدوليّ^(٢).

فأمّا بالنسبة إلى إرادة الطرفين المتعاقدين كأساسٍ لوقف تنفيذ العقد الإداري الدولي، فإنّها تُعدُّ الأساس والجوهر الذي يقوم عليه وقف تنفيذ العقد الإداري الدولي، حيثُ إنَّ طرفي العقد يميلان إلى إيقاف التنفيذ عوضاً عن إنهاء

(١) د. حسام الدين كامل الأهواني ، مرجع سابق، ص ٣٨١.

(٢) د. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق ، ص ٤٧٨.

العلاقة العقدية، مع ما تحمله هذه العقود من أهمية اقتصادية كبيرة وثقل للدول الأطراف في هذه العقود، حيث قد يقوم طرفا العقد بالاتفاق على إطالة مدة تنفيذه نتيجةً للتغير في الظروف المحيطة بهذا التنفيذ، من دون النص بشكل صريح على وقف التنفيذ في العقد، كذلك فقد يتفقا على أن تغيّر الظروف المحيطة بتنفيذ العقد سيؤدي بالضرورة إلى وقف تنفيذ العقد، أي وقف الالتزامات الناشئة عنه كافة، وهو ما سيؤدي إلى وقف كلي لتنفيذ العقد، أو وقف الالتزامات التي تأثرت بتلك الظروف وحسب، وهو ما ينتج عنه وقف جزئي للعقد.

وكمثال على اتفاقيات التجارة الدولية والشروط النموذجية التي أخذت بنظام وقف تنفيذ العقد، فقد نصّت المادة ٣/٧٩٣ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع (فيينا ١٩٨٠) على أنه: "يُحدثُ الإعفاءُ المنصوص عليه في هذه المادة أثره خلال الفترة التي يبقى فيها العائق قائماً" بمعنى أنه بعد زوال العائق فإنَّ العقد يعود إلى السريان العادي له^(١).

كذلك ما نصَّ عليه الشرط النموذجي الذي أعدته غرفة التجارة الدولية في باريس ICC بخصوص شرط إعادة التفاوض والقوة القاهرة، حيث جاء فيه: "إنَّه وعلاوةً على ذلك فإنَّه يوقف مدد التنفيذ في أثناء مدة معقولة، مستبعداً بذلك في ذات الوقت حقَّ الطرف الآخر في أن يلغي أو يفسخ العقد" ولا شكَّ في أهمية مثل هذا الشرط الذي يحمي المتعاقد المدين من سلوك الدائن الذي قد يطلب فسخ العقد، بأن يفرض عليه وقف العقد فترةً من الزمن قد يزول فيها

(١) د. غنام، محمد شريف، مرجع سابق، ص ٣٢٦.

العائق أو أن يتوصّل إلى اتفاقٍ مع الدّائن لكي يحمي بقاء العقد واستمراره، ولا يفوتنا القول إنّ حقّ وقف تنفيذ الالتزام لا يقتصر على المدين وحسب ولكنّه كذلك يُمتدُّ إلى المتعاقدين الآخر^(١).

كذلك تجد فكرة وقف تنفيذ العقود الإداريّة الدوليّة أحد أسسها في القرارات الصّادرة عن التحكيم التجاريّ الدولي، حيث إنّ مُحكّمي التجارة الدوليّة يميلون بشكلٍ واضحٍ إلى وقف تنفيذ العقود أيّاً كانت التّغيرات التي تطرأ على التنفيذ، على فرض وقف تنفيذ هذه العقود حلّاً أوليّاً يسبق فسخ العقد، ولا يتقاعسون في إقامة المسؤوليّة العقديّة على المتعاقدين الذي يبادر إلى استعمال حقّه في الفسخ قبل أن يتمسّك بوقف تنفيذ العقد^(٢).

ومن القرارات المهمّة الصّادرة في هذا الشّأن قضية ياسوست "Pasons"، والتي تتلخّص وقائعها في أنّ مشروعاً أمريكياً التزم ببناء مصنع ورقٍ لصالح الهيئة المصريّة العامة لصناعة الورق بالإضافة لنقل المعرفة الفنيّة، لكنّه لم يستطع الوفاء بتنفيذ التزاماته بسبب حرب السّادس من تشرين عام ١٩٧٣، وما ترتّب عليها من خطورةٍ بالغةٍ على الرعايا الأمريكيين في مصر خلال الحرب، واستند المشروع الأمريكيّ في ذلك إلى حالة القوّة القاهرة التي سبّبتها الحرب في معرض ردّه على طلب التّعويض الذي تقدّمت به الهيئة المصريّة العامّة لصناعة الورق، وقبلت هيئة التّحكيم هذا الدّفع خلال فترة قيام الحرب فقط، رافضةً إعفاء هذا المشروع من تنفيذ التزاماته بعد انتهاء الحرب، حيثُ

(١) المرجع السابق، ص ٣٢٦.

(٢) د. حياة محمد أبو النجا، مرجع سابق، ص ٢٤٦.

رأت هيئة التّحكيم أنّ الحرب يقتصر أثرها على وقف تنفيذ العقد أثناء قيامها وحسب، أمّا بعد انتهائها فإنّ العقد يستأنف سريانه الطبيعي^(١)

ثانياً _ مدّة وقف تنفيذ العقود الإداريّة الدوليّة وآثار ذلك :

ماهي مدّة وقف تنفيذ العقود الإداريّة الدوليّة ؟ وماهي الآثار المهمّة التي تترتب على هذا الوقف ؟ ثمّ ما الالتزامات الواقعة على عاتق الطرفين المتعاقدين خلال فترة وقف تنفيذ العقد ؟

١ _ مدّة وقف تنفيذ العقود الإداريّة الدوليّة وانقضائها:

إنّ بدء سريان وقف تنفيذ العقد الإداريّ الدوليّ يعتمد على اللحظة التي تبدأ فيها حالة التّغيير في الظروف في ترتيب آثارها، حيث إنّ وقف التنفيذ هو أحد نتائجها، لذلك يجب أن ينصّ شرط إعادة التّفاوض على أنّ من واجب المدين أن يقوم بإخطار الطرف الآخر بالطّرف المُستجدّ في أسرع وقتٍ ممكن، حيثُ تسري مدّة الوقف من اليوم الذي وجّه به المدين الإخطار إلى الدائن، أو من اليوم الذي تسلّم فيه المرسل إليه ذلك الإخطار^(٢).

حيثُ يتعيّن على طرفي العقد أن يتّفقا على مدّة محدّدة لوقف تنفيذ العقد، فإذا ما زالت حالة تغيّر الظروف تنتهي مدّة وقف تنفيذ العقد، ومن ثمّ استئناف تنفيذه، بحيث تكون مدّة وقف تنفيذ العقد قد أدّت دورها في الحفاظ على

(١) د. غنام، محمد شريف، مرجع سابق ، ص ٣٣٢.

(٢) د. مراد محمود المואدة، مرجع سابق ، ص ٤٨٠.

العقد^(١)، أمّا فيما لو استمرت حالة تغيّر الظروف على الرّغم من انتهاء المدّة المحدّدة لوقف التنفيذ، فإنّ ذلك يقتضي أن يجتمع الطّرفان المتعاقدان من أجل التّوصّل إلى قرارٍ مناسبٍ إما بإنهاء العقد أو بإعادة ملاءمته في ظلّ الظروف المُستجدة.

في حال الاتفاق على وقف تنفيذ العقد عند تغيّر الظروف المصاحبة لهذا التنفيذ، فإنه يجب عليهما أن يحدّدا بوضوح المدّة التي سيتوقّف فيها تنفيذ العقد، بالإضافة إلى الالتزامات الواجبة على كلّ منهما خلال تلك المدة تجاه الآخر وتجاه العقد الموقوف، وخاصةً طرق الحفاظ على العقد التي يحدّدانها معاً، و كذلك السّعي إلى استئناف سريانه بعد انتهاء هذه المدّة^(٢)، فضلاً عن ضرورة الاتفاق على الجزاء الذي يترتّب على أيّ منهما في حال عدم احترام هذه الالتزامات من قبل أيّ منهما وعدم أدائها على الوجه الأمثل، مع عدم إغفال ضرورة بيان مصير العقد بعد انتهاء الوقف، مع أهميّة إيضاح ما إذا كانت مدّة تنفيذ العقد سوف تُضمّ إلى مدّة التنفيذ أو سيتمّ الحفاظ على مدّة العقد المحدّدة مسبقاً رغم الوقف الذي أصابه^(٣).

إنّ تحديد مدّة معيّنة لوقف تنفيذ العقد الإداري الدّوليّ لهو حلّ عمليّ وسريع من أجل حسم ما قد يترتّب على تغيّر الطّروف من آثار على تنفيذ العقد، حيثُ إنّ معظم شروط إعادة التفاوض تنصّ على مدّة محدّدة لوقف

(١) د. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص ٤٨١.

(٢) د. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص ٤٨١.

(٣) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٥٤٥.

تنفيذ العقد، وإن كانت هذه المدة تختلف من عقدٍ إلى آخر، لكنّها غالباً ما تتراوح من ستة أشهرٍ إلى السّنة^(١).

في حقيقة الأمر فإنّ طرفي العقد قد يغفلان تحديد المدة التي يجب أن يُوقف تنفيذ العقد خلالها، من خلال اتفاقهم على أن يستمرّ وقف العقد طيلة المدة التي تبقى فيها حالة التّغير في الظروف قائمةً، حيث إنّ هناك بعض العقود التي تتطلّب البقاء في حالة انتظار حتى يزول العائق الذي يحول دون تنفيذ الالتزام العقدي، وذلك لأجل غير معلوم قد يطول أو يقصر وذلك وفقاً لمدة بقاء حالة تغيّر الظروف، وخلال مدة الانتظار هذه يظلون في حالة من الحياد السلبي بانتظار ما يمليه عليهم الواقع^(٢).

أما بالنسبة إلى انقضاء وقف العقود الإداريّة الدولية فإنه إذا ما توقف العقد عن ترتيب التزاماته خلال عمليّة إعادة التفاوض، فإنه يعود إلى السريان الطبيعي وبشروطٍ جديدةٍ يتفق عليها الطرفان بعد جهودٍ مضنيّةٍ من التشاور والبحث والتباحث من أجل مواجهة الظروف التي استجدت، حيث من الممكن أن تشمل تلك الشروط التي توصّل إليها الطرفان جميع الشّروط الواردة في العقد وقد تشمل جزءاً منها^(٣)، فضلاً عن أنّ هذا التّعديل قد يكون في الشروط الجوهرية أو في الشروط الثانويّة، وفي معظم الأحيان فإنّ هذا التّعديل غالباً ما ينصبّ على الشّروط التي تتعلّق بالمقابل المالي.

(١) V. P. KHAN, Op.Cit, p481.

(٢) د. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص ٤٨١.

(٣) المرجع السابق، ص ٤٨١.

بالإضافة إلى أن وقف التنفيذ قد ينقضي بانتهاء مدة العقد ما لم تمتد مدته إلى مدة مساوية لمدة وقف العقد، ولا يفوتنا أن نشير إلى أن من طرق انقضاء العقد هو أن يصبح التنفيذ غير مجدٍ في المدة المتبقية لانتهاء العقد، وذلك كأن تكون مدة تنفيذ العقد محل اعتبار في العقد ويترتب على انقضائها من دون انتهاء تنفيذ الالتزامات العقدية خسارة للدائن أو كسبٌ فائت.

وبالطبع فإن من طرق انقضاء العقد اتفاق طرفا العقد على إنهائه، واضعين بذلك حداً لوقفه حتى قبل انتهاء المدة المحددة لانتهاء العقد^(١)، ويثار في هذا الصدد سؤالٌ على قدرٍ كبيرٍ من الأهمية، وهو هل يلزم لكي يتم استئناف تنفيذ العقد إعدار المدين بضرورة استئناف التزامه؟

— لا حاجة إلى إعدار المدين إذا كان الدائن قد أعذره لكي يقوم بتنفيذ التزامه العقدي، فتمسك المدين بوقف تنفيذ العقد، حيث إن الإعدار السابق على وقف تنفيذ العقد يبقى سارياً كونه تعبير عن إرادة الدائن في تنفيذ الالتزام العقدي، أما في حالة أن المدين لم يُوجَّه إليه إعداراً قبل وقف التنفيذ، فيجب عندئذٍ أن نفرِّق بين حالتي العقود الفورية والعقود الزمنية^(٢): ففي الحالة الأولى فإن الدائن يُعفى من الإعدار بخلاف القاعدة العامة، أما في الثانية فإن الإعدار يعدّ أمراً ضرورياً لا بد منه سواء للتنفيذ أو للحصول على التعويض، مع بقاء العقد من دون شكٍّ خاضعاً بعد سريانه إلى القانون الواجب التطبيق عليه وقت الإبرام.

(١) د. صالح بن بكر الطيار، مرجع سابق، ص ١٩٦.

(٢) د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص ٣٨١.

٢_ آثار وقف تنفيذ العقود الإدارية الدولية في أثناء عملية إعادة التفاوض:

إذا ما وجد طرفا العقد في أثناء مدة وقف تنفيذ العقد الإداري الدولي أن أثر الحدث محسوسٌ بعد الوقف، فإنهما يشرعان فوراً في إجراءاتٍ حقيقيّةٍ من أجل إعادة ملاءمة العقد، وبالتالي لا بدّ أن يتقابلا من أجل إعادة النّظر في تلك الآثار التي أحدثها التغيّر في الظروف المحيطة بتنفيذ هذا العقد على أوضاع مختلف الالتزامات^(١).

في حين أنه بعد انتهاء مدة الوقف فإن الفسخ لا يمكن أن ينطبق بشكلٍ تلقائي في حالة تغير الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، لكن يلتزم طرفا العقد بالتفاوض حول النتائج التي ترتبت على حالة التغير في الظروف، حيث إنّ هذا الطرف هو الذي وجد لأجله شرط إعادة التفاوض^(٢).

بالتأكيد يختلف أثر الوقف في العقود محددة المدة عنه في تلك غير محددة المدة، ففي الأولى لا يحتاج العقد إلى امتداد مدته بقدر الوقف، ذلك أن العقد بالأصل غير محدد المدة، وبالتالي فإنه بزوال الحادث المستجدّ يُستأنف العمل بالعقد وفقاً لما هو متفق عليه، أما في العقود محددة المدة فالأصل أن العقد يمتدّ تنفيذه مدّةً من الزمن بقدر المدة التي استغرقها الوقف، إلا إذا اتفق الطرفان على أن يتم إنهاء العقد بالمدة المحددة مسبقاً من دون أي تغيير^(٣).

(١) V. P. KHAN, Op.Cit, p483.

(٢) V. P. KHAN, Op.Cit, p482.

(٣) د. جعفر المغربي، مرجع سابق ، ص ٢٤.

ولا شكّ بأن هذه النقطة في غاية الأهمية، ولا يمكن أن يتركها طرفا العقد من دون تنظيم لأثرها العظيم في تحديد وقت إنهاء العقد.

إنّ وقف تنفيذ العقد الإداري الدولي يشمل الالتزامات المتبادلة التي يفرضها هذا العقد على طرفيه، فالأثر الطبيعي للوقف يتمثل في وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسة المترتبة على العقد، لكن إذا ما استمر وقف تنفيذ العقد لفترة طويلة من الزمن وترتّب عليه ضرر شديد لحق بأحد طرفيه، فإنه لا بدّ أن يتمّ إنهاء العقد، هذا ويعفى المدين من تنفيذ التزاماته العقدية ومن المسؤولية عن عدم التنفيذ بصورة مؤقتة طيلة مدة الوقف، أما بالنسبة إلى الالتزامات الثانوية التي لم يلحقها الوقف فإنها لا تتأثر، ويجب أدائها على الوجه المتفق عليه، ونتيجةً لبقاء الرابطة العقدية فإن الحقوق والالتزامات كافة التي لم يلحقها الوقف تبقى قائمة نافذة^(١).

٣_ الالتزامات المترتبة على وقف تنفيذ العقود الإدارية الدوليّة في أثناء عملية إعادة التفاوض:

يترتّب على وقف تنفيذ العقود الإدارية الدوليّة التزامان رئيسان، وهما: الالتزام بالسّعي إلى إزالة سبب الوقف، والالتزام بالحفاظ على العقد في أثناء مدّة الوقف.

أ_ الالتزام بالسعي إلى إزالة سبب وقف تنفيذ العقد:

يجب على المدين الذي توقف عن تنفيذ التزامه العقدي أن يسعى إلى إزالة سبب الوقف، واستئناف تنفيذ التزاماته في أقرب وقتٍ ممكنٍ بعد زوال السبب،

(١) د. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص ٤٨٤.

حيث إنّ استئناف تنفيذ العقد الإداري الدولي من جديد وبعد انتهاء الوقف، يعدّ الهدف الأساسي الذي يسعى نظام الوقف إلى تحقيقه، حيث يجب على كلّ متعاقد أن يقوم باتخاذ الإجراءات اللازمة كافة من أجل تيسير العودة لاستئناف تنفيذه، والتخلص من العائق الذي كان سببا في وقف التنفيذ^(١).

وفي هذه المرحلة يجب على كلّ من طرفي العقد أن يتبادلا الإخطار بكلّ الوسائل الممكنة، وذلك من أجل التخلص من العائق وإعادة السريان الطبيعي إلى العقد في أقرب وقت ممكن، إنّ هذا الالتزام التزام متبادل، الغاية منه إيجاد تواصل مستمر بين طرفي العقد ما يجعلهما يعملان كفريق عمل واحد في مواجهة عقبات التنفيذ^(٢).

في المقابل يجب على الدائن أن يمدّ يد العون والمساعدة والدعم إلى المدين بناءً على مقتضيات حسن النية والتعاون، وذلك من أجل دفع الأسباب كافة التي أدت لوقف تنفيذ العقد من دون تباطؤ أو تقصير من أحدهما تجاه الآخر.

ب_ الالتزام بالحفاظ على العقد في أثناء مدة وقف تنفيذه:

يجب خلال فترة وقف تنفيذ العقد الإداري الدولي أن يبذل كل طرف من طرفي العقد الجهود الحثيثة من أجل الحفاظ على العقد واستبقائه، ويمتنع على أيّ منهما القيام بكلّ ما من شأنه أن يعمل على تهديد استبقاء العقد^(٣).

(١) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٣٥٩.

(٢) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٣٨٨.

(٣) د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص ٥٣٥.

فإذا ما انتهت مدة وقف تنفيذ العقد قد ينتج عن ذلك العمل على استمرار تنفيذه، بناءً على الشروط الجديدة التي اتفق عليها الطرفان، وقد يصل الطرفان إلى طريقٍ مسدود يترتب عليه فسخ العقد، مع التزام المدين بدفع التعويض إلى الدائن نتيجة هذا الفسخ، مع الإشارة إلى أنه في معظم الأحيان يقرر الطرفان اللجوء إلى التحكيم، فيما لو فشلت عملية إعادة التفاوض في الوصول إلى حلٍ يرضي الطرفين، هذا وتتمثل إيجابية التحكيم في أنه يحدّد بصورة علنية ودقيقة موضوع النزاع، وهو ما يلعب دوراً مهماً في تقييم المسؤوليات الملقاة على عاتق الطرفين^(١).

الفرع الثاني

النتائج الناجمة في حال نجاح عملية إعادة التفاوض أو فشلها

لابدّ أن تثمر عملية إعادة التفاوض نتيجة تغيير الظروف في العقود الإدارية الدولية عن نتيجة معينة، قد تكون هذه النتيجة هي التوصل إلى اتفاق، وبالتالي نجاح عملية إعادة المفاوضات، أو عدم التوصل إلى اتفاق، وبالتالي فشل عملية إعادة التفاوض.

(١) د. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص ٤٨٦.

أولاً - نجاح عملية إعادة التفاوض في إعادة ملائمة العقود الإدارية الدولية:

يقصد بنجاح عملية إعادة التفاوض وصول طرفا العقد إلى نتيجة إيجابية تتمثل في تعديل شروط العقد، كي يصبح متلائماً مع الظروف المستجدة، وإذا ما كانت فكرة التفاوض تحتل النجاح والفشل بشكل عام، فإن نجاح المفاوضات يعدُّ النتيجة الطبيعية التي ينبغي أن يؤدي إليها التفاوض^(١).

إن نجاح المفاوضات يتمخض عن تنازلات متبادلة؛ لأن مقتضى ذلك أن هناك نتيجة معينة لا بدَّ من الوصول إليها بأي ثمن، وإن تعنت أحد الطرفين في تقديم التنازلات قد يلحق ضرراً شديداً بالمتعاقدين الآخرين.

ولا شكَّ في أنَّ توصّل طرفا العقد إلى اتفاقٍ إلى إعادة ملائمة لا يهدر القوة الملزمة للعقد؛ وذلك لأن إهدار القوة الملزمة للعقد لا يتمُّ إلا بتعديل أحكام هذا العقد أو بنقضه من جانب أحد الطرفين المتعاقدين، في حين إذا ما تمَّ تعديل العقد أو نقضه باتفاق الطرفين معاً فلا يعدُّ ذلك إهداراً للقوة الملزمة له. ويلزم شرط إعادة التفاوض طرفا العقد بالتفاوض من أجل تعديل العقد وإعادة التوازن الاقتصادي له بعد اختلاله، فإذا ما حصل تعديل العقد بوساطة الطرفين المتعاقدين معاً و برضاها ما يكون بذلك قد تحقق الهدف والغاية التي وجد لأجلها شرط إعادة التفاوض^(٢).

(١) د. مراد محمود المواجهة، مرجع سابق، ص ٤٨٧.

(٢) د. مراد محمود المواجهة، مرجع سابق، ص ٤٨٨.

وفي هذا الصدد يثار تساؤلٌ في غاية الأهمية، وهو هل يُلزم طرفا العقد بالتوصّل إلى اتفاق خلال عملية إعادة التفاوض؟

— يرى جانبٌ من الفقه — وهو ما نتفق معه ونؤيِّده — أن طرفي العقد الإداري الدولي ليسا ملزمين بالوصول إلى اتفاق في حالة إعادة التفاوض لإعادة ملاءمة العقد، حيث إنّ التزامهم في هذه الحالة هو التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق غاية^(١)، ذلك أنه يصعب تحميلهم التزام التوصّل إلى نتيجة معيّنة، فمن المعلوم أن احتمال عدم التوصّل لاتفاق يبقى أمراً محتملاً مع عدم وجود أيّ خطأ من أيّ منهما.

إلا أنّ مقتضيات حسن النية توجب على الطرفين التزامات متبادلة تتجسّد في تقديم اقتراحاتٍ مناسبةً ومعقولةً، وقبول تلك الاقتراحات، وإلاّ فإنهما يتعرّضان إلى المسؤولية العقدية ولاشك، حيث إنّ الدافع المحرّك للطرفين هو التّوصّل إلى اتفاق والحفاظ على وجود العقد^(٢).

وإذا ما كان لهذه المفاوضات هدف يتمثّل في تحقيق المصلحة المشتركة لطرفي العقد، لكن لا يجب الوصول إليه بأيّ ثمن، فهناك العديد من الظروف والعوامل التي تتحكم وتؤثّر في سير عملية إعادة التفاوض وبالتالي تجعل نتائجها الإيجابية والسلبية احتماليةً إلى حد بعيد، فكفاءة الطرف المفاوض وخبرته وقوته الاقتصادية، بالإضافة إلى نوع الاستراتيجية والتكتيك المستخدمين في المفاوضات، فضلاً عن طبيعة المشكلة والصعوبة المطروحة

مشار إليه عند د. مراد محمود المواجهة، مرجع سابق، p92 (H) Elmahy (١)
ص ٤٨٨ .

(٢) Oppetit , Op.Cit, p806.

على بساط البحث، كل هذه عوامل تؤثر على النتيجة النهائية لعملية إعادة التفاوض^(١).

إنَّ طرفي العقد ملزمان خلال عملية إعادة التفاوض بالدخول في العملية التفاوضية، من دون أن يكون هناك التزام بتحقيق نتيجة معينة، لكن بكل تأكيد فإنه يقع على عاتقهما أن يراعى مبدأ حُسن النية، والعمل على طرح الأفكار البناءة ومناقشتها من أجل التوصل إلى حلٍّ مناسب، مع ضرورة ألا يغيب عن ذهنهما ضرورة الحفاظ على العقد الإداريِّ الدوليِّ ما أمكن ذلك، والخطأ يتمثّل هنا برأينا في الإخلال بالواجب العام بعدم الانحراف عن المسلك العام والمعتاد في العملية التفاوضية، وليس بعدم التوصل إلى اتفاق حيث إنَّ العملية التفاوضية إما أن تنتهي بالتوصل إلى اتفاق أو أن تنتهي بالفشل في الوصول إلى اتفاق مناسب لإرادة الطرفين.

في حين أن هناك رأيٌ فقهيٌّ يرى أن التزام الطرفين المتعاقدين بعملية إعادة التفاوض هو التزام بتحقيق غاية، مفرّقين في هذا الشأن بين المفاوضات التمهيدية لإبرام العقد، والتي ليس من الضرورة بمكان أن تصل إلى إبرام اتفاق عقدي، وبين عملية إعادة التفاوض اللاحقة لإبرام العقد، والمرتّبة على تغيير في ظروف تنفيذه والتي -وفق هذا الرأي- لا بدّ أن تنتهي بالتوصل إلى اتفاق جديد لملاءمة العقد^(٢).

(١) د. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص ٤٨٨.

(٢) Cabas (F), Op.Cit, p136.

ونحن دون شك لا نؤيد هذا الرأي، لأن أهمية العقود الإدارية الدولية تقتضي من طرفي العقد بذل كل جهد ممكن للحفاظ على العقد، وإعادة ملاءمته بما يوائم الظروف المستجدة، لكن ذلك لا يعني بحال من الأحوال حتمية الوصول إلى اتفاق مهما كان الثمن، لأن من شأن ذلك أن يلحق ضرراً فادحاً بأحد طرفي العقد، بحيث قد يكون في بعض الحالات من الأفضل فسخ العقد في حال عدم الوصول إلى اتفاق، على أن يُعدّل بطريقة لا منطقية، فروح عملية إعادة التفاوض تتمثل بالوصول إلى حل مرضٍ للطرفين، يراعي مصالحهما، آخذاً بها بأكبر قدر ممكن من الإنصاف والتوازن.

وهنا يثار تساؤل مؤداه، إذا ما انتهت عملية إعادة التفاوض في العقود الإدارية الدولية إلى التوصل إلى اتفاق جديد من أجل ملاءمة العقد، فهل يعدّ هذا الاتفاق عقداً جديداً، أم أنه استمرار للعقد الأصلي لكن بشروط جديدة؟

— هناك رأيان مهمان ينقسم الفقه حولهما في هذا الشأن:

فأما الرأي الأول: وهو الرأي الذي نؤيده، فيقول إنَّ العقد يستمر في ترتيب آثاره خلال مرحلة إعادة التفاوض حتى المستقبل، وبالتالي فإن العقد الأصلي يبقى، وإن تمَّ إدخال شروطٍ جديدةٍ والعمل على إعادة ملاءمته مع هذه الشروط، إلا إذا ما اتجهت إرادة الطرفين المتعاقدين بصريح العبارة إلى تجديد العقد^(١)، حيث إنَّ جوهر وجود شرط إعادة التفاوض هو الحفاظ على العقد واستبقائه، وإن أُدخلت عليه شروطٌ جديدةٌ لإعادة مواءمته مع ما استجدَّ

(١) Oppetit , Op.Cit, p810.

من ظروف.

أما الرأي الثاني: فيقول إنَّ الأصل أن يكون الاتفاق الجديد الذي توصَّل إليه الطرفان تعديلاً للاتفاق الأصلي، إلا إذا كان هذا التعديل تعديلاً أساسياً، حينئذٍ يعدُّ هذا الاتفاق تجديدًا للاتفاق الأصلي، لكن كي يتمَّ تحديد طبيعة الاتفاق الجديد، فلا بدَّ من النظر إلى أمرين معاً^(١):

الأول: يكون فيه محل التغير وجود الالتزام ذاته أو مصدره، وهنا نميِّز بين حالتين: الحالة الأولى تتمثَّل في اختفاء الالتزام الأصلي وزواله ومن ثمَّ ظهور التزام جديد، وهنا نكون بصدد عقدٍ جديد وليس العقد القديم ذاته، أما إذا كان الالتزام المختفي والذي استبدل بآخر ليس التزاماً جوهرياً، فإننا في ظلِّ تعديل للعقد لا تجديد له.

الثاني: يكون محل التغير فيه غير وارد على وجود الالتزام ذاته أو مصدره، لكنه يرد على طريقة تنفيذ الالتزام وأسلوبه، أو على المدد التي اتفق الطرفان عليها لتنفيذه خلالها، أو العملة المتفق عليها، هنا يمكننا القول إنَّ الاتفاق الجديد هو تعديل للاتفاق القديم ويرجع ذلك إلى تخلف نيّة التجديد.

(١) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٤٣٢.

ثانياً _ فشل عملية إعادة التفاوض في إعادة ملائمة العقود الإدارية الدولية:

يعدُّ فشل المفاوضات -بصورةٍ طبيعيّةٍ- أولى النهايات المتوقعة في أثناء عملية إعادة التفاوض؛ ذلك أنه من السمات المميزة للتفاوض بشكل عام أن نتيجته احتمالية دوماً، فالنجاح قد يكون خاتمة العملية التفاوضية، كما قد يكون الفشل هو النتيجة^(١).

وإذا كانت العملية التفاوضية تسعى إلى الحفاظ على مصلحة طرفي العقد، وإبقاء العقد الإداري الدولي والاستمرار فيه، إلّا أنّه وكما أشرنا سابقاً لا ينبغي الوصول إلى هذا الهدف بأي ثمن كان، فقد يفشل الطرفان في الوصول إلى اتفاقٍ أو تسوية للمشكلات القائمة بينهما رغم الجهود الحثيثة.

ويمكن القول إنّ عوامل عدّة يمكن أن تؤدي إلى هذا الفشل، فقد تؤدي الوسيلة التي يختارها الطرفان من أجل حل المشكلات الناتجة إلى عدم التوصل إلى اتفاق لإعادة ملائمة العقد، حيث لا يمكن أن ننفي ما لهذه الوسيلة من تأثير كبير على مجرى العملية التفاوضية^(٢)، كذلك فقد تفشل هذه العملية بسبب إخلالٍ ارتكبه أيٌّ منهما خلال سير العملية التفاوضية، كأن لا يتمّ حضور جلسات التفاوض، أو عدم الالتزام بحسن النية والأمانة في صياغة المقترحات التي توضع على الطاولة، فنجاح العملية التفاوضية يتوقّف على نجاعة الحلول والاقتراحات المقدّمة وجديّتها، وأما فشل الخيار التفاوضي فقد

(١) د. حياة محمد محمد أبو النجا، مرجع سابق، ص ٢٨٥.

(٢) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٤٢٣.

لا يُنسب إلى أيٍّ من الطرفين، لكن بسبب عدم التوصل إلى اتفاقٍ مقبول من كليهما.

فقد تتعثر العملية التفاوضية لتصل إلى مرحلةٍ من الجمود التام، وبذلك تتجمّد عملية إعادة التفاوض، فهي عبارة عن حالة من اللانجاح واللافشل^(١)، وإن كانت أقرب للفشل بكل تأكيد.

هنا يثار سؤالٌ حول مصير العقد الإداري الدولي في حالة فشل عملية إعادة التفاوض؟

— يرى جانبٌ من الفقه أنّه نظراً لأنّ الالتزام بإعادة التفاوض هو التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق غاية، وبالتالي فإن الطرفين وإن كانا مُطالبين بالوصول إلى حلٍّ وسط لكن من غير إلزام، فإنّ فشل العملية التفاوضية لا يترتب أيّ مسؤوليةٍ على أيٍّ منهما إذا ما كان حُسن النية هو السمة التي طبعت هذه العملية، ولذلك فإن الحل المُترتب على هذا الفشل هو الحفاظ على العقد كما هو، بالشروط ذاتها السابقة للتغيير الطارئ، ما لم يوجد نصٌّ صريحٌ يقضي بخلاف ذلك^(٢).

لكننا لا نؤيّد هذا الطرح المتقدّم، فإذا كان اللجوء إلى خيار إعادة التفاوض هو الأمر الذي طلبه أحد المتعاقدين لإزالة حالة الظلم وعدم التوازن والعدالة التي حاقت به نتيجة ما استجدّ من ظروفٍ أرخت بثقلها على التوازن

(١) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٤٣٥.

(٢) Oppetit, Op.Cit, p811.

الاقتصادي للعقد، فكيف والحال هذه أن نطالب بإعادة العقد لحاله السابق وشروطه المسبقة قبل العملية التفاوضية إذا ما وصلت هذه العملية إلى طريق مسدود؟ إنَّ لمثل هذا الطرح بالغ الضرر وعظيم الأثر على الطرف المتضرر من الظروف المستجدة، ونرى أنه طرح بعيدٌ كلَّ البعد عن العدالة القانونية والمنطقية وينطوي على ظلم واضح^(١).

لذا فإننا نرى أنه في حالة فشل التفاوض لا يبقى لنا سبيلٌ سوى اللجوء إلى أحد خيارين، ألا وهما: اللجوء إلى التحكيم لفض النزاع، أو فسخ العقد على ما يحمله من مرارة لا بدَّ منها. وبالتالي يمكننا القول إنَّ التحكيم هو آخر السبل التي يمكن السير بها للحفاظ على بقاء العقد، وهنا لا بدَّ لنا من تسليط الضوء على الخيار التحكيمي كخيار أخير.

ثالثاً - التحكيم في العقود الإدارية الدولية في حالة فشل عملية إعادة التفاوض:

إنَّ طرفي العقد الإداري الدولي قد يتفقان في العقد ذاته على أنه في الحالة التي تصل فيها العملية التفاوضية لطريق مسدود، فإنَّ النتائج المترتبة على تغيير الظروف المحيطة بتنفيذ العقد يفصل فيها التحكيم^(٢).

إذاً، يُمكننا القول إنَّه في حالة فشل عملية إعادة التفاوض يميل أطراف العقد إلى اللجوء للتحكيم، ذلك أنهما قد اتفقا منذ البداية على إعادة التفاوض

(١) Oppetit , Op.Cit, p841.

(٢) V. P. KHAN, Op.Cit, p485.

في العقد، نظراً لعدم إمكانية الاستمرار بتنفيذه وفق شروطه الأصلية، حيث تعدّ عملية إعادة التفاوض هي الوسيلة الأنسب لرفع الضرر الفادح الذي قد يتحمّله أحدهما نتيجة تغيّر الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، فإذا ما فشل في الوصول إلى حلّ مناسب، سواء أكان حلاً إيجابياً متمثلاً بتعديل أحكام العقد أو سلبياً بفسخ هذا العقد، فإن الاستمرار بتنفيذ أحكامه - كما ذهب جانب من الفقه - لا يُعدّ الحلّ الأمثل الذي يتماشى مع روح شرط إعادة التفاوض وجوهره، بالإضافة إلى أن فسخ العقد لا يُعدّ حلاً مقبولاً، ذلك أنه يفسح المجال للتخلّص من العلاقة العقدية إذا ما استشعر أيّ من الطرفين بأنهما سوف يتحمّلان ولو الجزء القليل من التّضحيات في سبيل تنفيذ التزاماتهم العقدية، لذلك يُعدّ التحكيم هو الخيار الأمثل لحلّ الخلافات إذا ما قصر شرط إعادة التفاوض عن أداء ذلك، فهو يعطي المحكّم الحرية الكاملة في تقدير الحلّ المناسب الذي يمكن الوصول إليه، ويمكن أن يتمّ ذلك بشرط تحكيم منصوص عليه في متن العقد لاحقاً لشرط إعادة التفاوض حال فشله، أو في حال وصول العملية التفاوضية إلى طريق مسدود وذلك عن طريق مشاركة تحكيم^(١).

يجب على المحكّم أن يأخذ بعين الاعتبار مبدأ غاية في الأهمية، وهو المحافظة على توازن الالتزامات العقدية، مظهرًا قدرًا كبيرًا من المرونة، ارتكازاً لقواعد قانون التجارة الدولية، آخذاً بعين الاعتبار أنه الكاشف عن هذه القواعد، فطابع المرونة يجب أن يكون سمةً مميزةً وواضحةً في نظره إلى

(١) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٤٤٨.

النزاع، مبتعداً قدر المستطاع عن التّشدّد الكبير الذي عانت منه القوانين الوطنية عند معالجتها لموضوع اختلال التوازن العقدي^(١).

هذا ويلتزم المحكم في نظره للعقد الإداري الدولي بإعادة التوازن إلى العقد المختلّ بصيغةٍ أو بأخرى، عاملاً على توزيع العبء التعاقدي بأسلوبٍ عقلانيٍّ منطقيٍّ، بغية الوصول إلى صيغةٍ معيّنةٍ حسنةٍ لحسن ملاءمة العقد والوصول إلى العدالة المنشودة.

هنا لا بدّ أن يلمع في ذهننا سؤالٌ، وهو في حال عدم وجود شرط تحكيم في العقد الإداري الدولي فهل يمكن اللجوء إليه؟

— ذهبت بعض أحكام التحكيم التجاري الدولي إلى عدم جواز اللجوء إلى التحكيم لملاءمة العقد في حال خلوه من هذا الشرط، على فرض أنّ الحفاظ على الالتزامات العقدية هو أحد مبادئ وأسس القانون التجاري الدولي، فإن هذه القرارات تستبعد تطبيق ملاءمة العقد إذا لم يُدرج فيه طرفاه شرطاً ينصّ على تطويعه في حالة تغيّر الظروف التي تحيط بتنفيذ العقد، والتي تؤدي إلى قلب التوازن الاقتصادي للعقد^(٢)، أي أن الحلول القانونية تتخذ في هذا الصدد شكل الاستثناءات، حيث إنّ غياب النص يساوي الصمت المعبر، وبالتالي فلا يستطيع المحكم التدخل لإعادة ملاءمة العقد^(٣).

(١) د. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص ٤٩٦.

(٢) د. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص ٤٩٨.

(٣) المرجع السابق، ص ٤٩٩.

ولقد نازعت بعض قرارات التحكيم يؤيدها في ذلك جانباً من الفقه أن قبول نظرية التّغير في الظروف يعدّ تهديداً للاستقرار المطلوب في عقود التجارة الدوليّة، وبالطبع فإن الحقيقة غير ذلك، فكيف يمكننا الحديث عن الاستقرار المطلوب في عقود التجارة الدوليّة مادام العقد قد أصبح مختلّ التوازن؟

إنّ الاستقرار الفعلي لا يتمّ إلا من خلال قبول ملائمة العقود الإداريّة الدوليّة كلما تغيّرت الظروف المحيطة بتنفيذها، فمسألة الحفاظ على التوازن العقدي في العقود الإداريّة الدوليّة لا تقلّ أبداً من حيث الأهميّة عن مسألة الاستقرار في مجال التجارة الدوليّة، فالحفاظ على التوازن الاقتصاديّ للعقد هو وسيلة هذا الاستقرار التي لا غنى عنها، والاستقرار الحقيقي للعقد لا يقوم إلا على ركيزتين، وهما مبدأ قدسيّة العقد ومبدأ ملائمته للظروف الجديدة^(١).

ويرى جانب آخر من الفقه - وهو ما نؤيده - بجواز تدخّل المحكم لملائمة العقد الإداري الدولي في حال غياب شرط التحكيم، ففشل عمليّة إعادة التفاوض في إعادة ملائمة العقد يعدّ إحدى الحالات الاستثنائيّة التي يمكن استناداً إليها إنهاء العقد من جانب المتعاقد المتضرر، أو على الأقل اللجوء للتحكيم في حالة عدم وجود نص في العقد ذاته، حيث يقرّر التحكيم إنهاء العقد أو تعديله، ذلك أنّ الاستمرار بهذا العقد بالشروط ذاتها السابقة يعدّ تكريساً للتقليد الصّارم لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين^(٢).

(١) د. عبد المومن محمد ناجي، مرجع سابق، ص ١٠٨.

(٢) د. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص ٤٩٩.

هنا يمكننا القول إنّ الحديث عن وجود قاعدةٍ للمحافظة على توازن الالتزامات العقدية، يتطلب قبول التحكيم من أجل ملاءمة العقد في حالة تغيير ظروف التنفيذ، ولو لم يتضمّن هذا العقد شرط إعادة التفاوض بالأساس، فمن مصلحة التجارة الدولية والمتعاملين فيها أن يفترض المحكم أنه في حال غياب شرط صريح بملاءمة العقد الإداري الدولي، أن إرادة طرفي العقد قد اتجهت إلى ملاءمة العقد في حال تغيير الظروف بعد فشل عملية إعادة التفاوض من خلال اللجوء إلى التحكيم، أم أنّ مصلحة التجارة الدولية هي في الإبقاء على عقودٍ أخّلت الظروف المستجدة بتوازنها^(١) ؟

إنّ المنازعات التي تنجم عن تغيير الظروف في العقود الإدارية الدولية، والتي تفشل عملية إعادة التفاوض فيها بالتوصّل إلى حلّ، لا تأبى أن تكون محلاً للنسوية عبر اللجوء إلى التحكيم، خاصّة إذا كانت هيئة التحكيم متمتعةً بسلطة الفصل في المنازعات وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف، حيثُ يستطيع المحكم المفوض بالصلح أن يعمل على تعديل أحكام العقد الإداري الدولي في حال عدم التوصّل إلى حل إيجابي بالتعديل، وتضمّن العقد شرطاً يجيز اللجوء إلى التحكيم.

ويؤيّد هذا الرأي أن المحكم المفوض بالصلح عند فصله في موضوع النزاع استناداً إلى قواعد العدالة والإنصاف والمبادئ العامة للقانون يسهّل التدخّل لتعديل هذا العقد^(٢)، فالمحكم وفق هذه القواعد يتمتّع بسلطة كبيرة في الاختيار الذي يراه مناسباً لحل موضوع النزاع، سواء استُمدّ هذا الحل من شروط العقد

(١) د. عبد المومن محمد ناجي، مرجع سابق ، ص ١٠٧.

(٢) د. شريف محمد غنام ، مرجع سابق ، ص ٤٥٨.

أو من نصوص القانون المطبق، أو اتضح له أن هذا الحل ينسجم مع قواعد العدالة والإنصاف، فقد يرى أن الحل الذي يتناسب مع ظروف الدعوى وقواعد العدالة هو تعديل أحكام العقد بشكل جزئي، من خلال رفع الضرر الفادح الذي أصاب أحد الطرفين^(١).

في هذا الإطار يتبادر إلى الذهن سؤال، وهو هل يمكن أن يصل شرط إعادة التفاوض إلى الحد الذي يسمح للمحكم بإنهاء العقد الإداري الدولي؟

— في حقيقة الأمر يمكننا القول إنّه إذا ما اتفق طرفا العقد على قانون معيّن هو القانون الواجب التطبيق، فإن هذا القانون هو الذي يحدّد الإجابة، أما إذا لم يكن هناك تحديد للقانون الواجب التطبيق بشكل صريح فإنه ينبغي توخّي الدقة والحذر عند الإجابة^(٢).

ففي حكم تحكيمي صدر عام ١٩٨٩ في قضية (Valencia company de portland cement sa V-primary calling) جاء أنه "في حالة جرى العمل في عملية إعادة التفاوض على المقابل المتفق عليه الذي يطالب به (س)، والذي لم يكن محلاً لأيّ تجربة، نظراً لأنه في العقود طويلة المدّة المحدّد فيها المقابل يجب إعادة التفاوض في الحالة التي يصل فيها تطور الظروف الاقتصادية إلى درجة ينقلب معها توازن العقد الذي أبرمه الأطراف بدايةً، حيث إنّ في حالة غياب هذا الشرط من المفترض أن الأطراف الذين يألّفون التجارة الدوليّة لم يرتضوا إعادة التفاوض، ومن الصائب في الحالة

(١) د. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص ٥٠٠.

(٢) د. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص ٥٠١.

الخاصة التي يتفق فيها الأطراف على نظام للتفاوض لكل موسم، قصد تخفيض مخاطر التغير الشديد بالثمن إلى أدنى مستوى، القول إنهم قد استبعدوا بالضرورة إمكانية إعادة التفاوض التي نجدها في الظروف الصعبة^(١).

يجب على المحكم أن يعمل على تعديل أحكام العقد أو فسخه إذا وجد الظروف اللاحقة على إبرامه صعبة جداً، ولاحظ عدم تعادل شديد بين الالتزامات المتقابلة، بحيث يكون الاستمرار بتنفيذ العقد نوعاً من التعسف، وبالتأكيد فإن أصعب قرار يتخذه المحكم سواء بالنسبة له أو بالنسبة إلى المتعاقدين هو أن يفسخ العقد نظراً لما يربته من آثار سلبية تتأذى منها بشكل كبير العقود الإدارية الدولية.

(١) د. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص ٥٠١.

المبحث الثاني

أثر الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض وإمكانية تبني الشرط في التشريعات الداخلية

إنّ للإخلال بالالتزام بشرط إعادة التفاوض مجموعة من المحاذير المهمة والشديدة، والتي لا بدّ من تطبيقها على الطرف الذي يُخلّ بالتزاماته التعاقدية، وذلك حتّى تكون مؤيداً قانونياً في وجه الطرف الذي يحاول التلاعب مع هذا الشرط المهمّ والجوهريّ.

ولا بدّ لنا بعد أن ننتهي من دراسة هذه الآثار أن نرى مدى إمكانية تطبيق شرط إعادة التفاوض واستخدامه كوسيلة لتسوية المنازعات العقدية في القوانين الداخلية النازمة للعقود الإدارية الدولية، وما هي الصعوبات التي يمكن أن تواجهنا على هذا الصعيد ؟

المطلب الأول

الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض

إنَّ العبرة في أية تقنية قانونية أو صيغة عقدية اتفافية، تكون في الحماية الجزائية لها، وبالتالي ماهية الجزاء الذي سيلحق بمن يخالفها ويخرج عنها، من هنا فإنَّ فكرة إعادة التفاوض لا بدَّ لها من حماية جزائية تتوافر لها وتضفي عليها الطابع الإلزامي للأطراف ولا شك، وبالتالي يجب علينا أن نوضح ما هو الإخلال الذي يمكن أن يلحق بشرط إعادة التفاوض أولاً، ثمَّ نعمل بعد ذلك على إيضاح الجزاءات التي يمكن إيقاعها بمرتكب هذه المخالفات.

الفرع الأول

مفهوم الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض

إنَّ الإخلال بالالتزامات العقدية يعدُّ خطأً تعاقدياً يستوجب قيام المسؤولية في عقود المعاوضة، واستناداً لذلك فإنَّ تقاعس أيٍّ من الطرفين المتعاقدين عن القيام بأداء الالتزام بإعادة التفاوض حين تتوفَّر شروطه، يُعدُّ خطأً تعاقدياً يثير المسؤولية إذا توفَّر ركنا الضرر والعلاقة السببية.

وبالتّالي فإنّ دراسة عدم تنفيذ الالتزام بإعادة التّفاوض يقتضي دراسة مظاهر السلوك التّعاقديّ كخطأٍ لازم لقيام المسؤولية التّعاقديّة أولاً، وكيفية إثباته ثانياً.

أولاً _ السلوك التّعاقديّ كسلوك ضار:

يعدّ السلوك التّعاقديّ سلوكاً ضاراً حينما يكون مخالفاً ومغايراً لقواعد السلوك المنطقيّ والمعقول في الحالات المُشابهة وهو سلوك الرّجل المعتاد، حيث يُفترض بالطرفين المتعاقدين أن يعملّا على الحفاظ على العلاقة العقديّة ما أمكن وبأفضل صورةٍ ممكنة، هذا ويتّسم السلوك التّعاقديّ الضار بأنّه سلوكٌ سلبيّ وغير تعاوني.

١ _ السلوك التّعاقديّ سلوكٌ سلبيّ:

إنّ فكرة إعادة التّفاوض تتركز على عمل طرفا العقد على إنجاح العمليّة العقديّة والوصول بها إلى برّ الأمان، مع أداء الالتزامات كافة التي يقتضيها هذا النّجاح، بالمقابل فإنّ هناك العديد من السلوكيّات السّلبية التي يمكن القيام بها بما يعارض متطلّبات عمليّة إعادة التّفاوض، من ذلك على سبيل المثال امتناع أحد المتعاقدين عن إخطار المتعاقد الآخر باختلال ظروف تنفيذ العقد، وكذلك امتناعه عن الإخطار بتوفر شروط إعمال الالتزام بإعادة التّفاوض، كل ذلك ولا شكّ يُعدّ مخالفاً لضمن المصالح المشتركة للمتعاقدين، ويتعارض مع الاحترام الواجب للالتزام بالإعلام من قبل الطرفين^(١).

مُشار إليه عند د. هني عبد اللطيف، مرجع R. ALACHKAR, Op.Cit, P133^(١)
سابق، ص ١٩١.

كذلك يعدُّ من قبيل السلوك السلبي امتناع الطرف المستفيد عن الردّ على إخطار الطرف المتضرر من اختلال العقد والتزامه الصمت السلبي في هذا الخصوص، هذا ويرى الأستاذ Pascal أنّ مثل هذا السلوك يعدُّ "سلوكاً ضاراً مخالفاً للمرونة التي يجب أن يُبديها أطراف العقد للمحافظة عليه، حيث يظهر هذا السلوك عند حصول الاختلال، ويُظهر حقيقة إذا ما أراد الأطراف وبأيّ طريقة الدخول في عملية إعادة التفاوض"^(١).

كذلك تظهر الصفة السلبية الفظة في حال رفض أحد الطرفين إعادة التفاوض أو القيام بأيّ إجراء من شأنه تعديل أحكام العقد، رغم ما استجدّ من ظروف، وهو ما أشار إليه القضاء في قضية ETAP VS BOMAR، وقد أشارت المحكمة إلى عدم احترام شرط العدالة الوارد في العقد، حيث لم تُجر أيّ محادثات ترتّب عنها اتفاق جديد حول النّمن، أو تشخيص بأنّ عدم الاتفاق جعل العقد غير مفيد^(٢).

كذلك فقد أشار القضاء الفرنسي إلى أنّ من مظاهر السلوك السلبي للمتعاقدين عدم مساعدة أحدهما للآخر في مواجهة صعوبات تنفيذ الالتزام، فضلاً عن عدم الحرص على عدم اختلال المعطيات الاقتصادية للعقد، بالإضافة إلى عدم التفاوض بشأن العقد رغم تغيّر المعطيات الاقتصادية له^(٣).

(١) P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit, p135.

د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ١٩٢. (٢)

(٣) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ١٩٣.

فضلاً عن ذلك فإنّ من الصّور المهمّة التي أشار إليها الأستاذ Pascal للسلوك السّلبّي، هي التزام أحد الطّرفين بالتّنفّيز الحرفيّ للعقد في مقابل الصّعوبات المُستجدة التي تواجه الطّرف الآخر، وعدم منحه أيّ أجلٍ لتنفّيز العقد بالشّكل الذي يحافظ على مصالح الطّرفين^(١).

من هنا يُمكننا القول إنّ السلوك السّلبّي قد يظهر من خلال امتناع أيّ من الطّرفين عن تقديم المساعدة إلى الطرف الآخر المتضرّر من تغيّر الظروف، وذلك بما يتماشى مع روح العقد وروح الحفاظ عليه، بعيداً عن التعسّف في النّظر للعقد وفق المصلحة الشّخصيّة المحضة، وبما يتلاءم مع طبيعة العقود الإداريّة الدّوليّة.

٢ _ السلوك التّعاقديّ سلوكٌ غير تعاوني:

إنّ مبدأ حُسن النّيّة ومبدأ النّعاون يمثّلان مبادئ أساسيّة تصبغ العقود الإداريّة الدّوليّة وتحفظ مصالح الأطراف فيها، وفي ذلك يرى الأستاذ Pascal أنّه^(٢): "يجب أن يكون لدى الأطراف ميلٌ لعدم المساس كليّةً بتنفيذ العقد، أي وفقاً لمبدأ حُسن النّيّة ليس الالتزام فقط بما هو عقلائي، ولكن أيضاً بما هو ضروري لعدم تحوّل تنفيذ العقد إلى تنفيذ غير عادل".

(١) P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit, p 405.

(٢) P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit, p 409.

واستناداً لذلك فإنّه في حال اختلال التّوازن العقديّ بسبب ظروفٍ استجدّت على العقد، فإنّه يجب على أطراف هذا العقد العمل على تخفيف الأضرار الناتجة عن هذا الاختلال والتي قد تصيب أحدهما^(١).

كذلك فإنّ الالتزام بتخفيف الضّرر يرتبط بشكلٍ جذريٍّ بعمليةٍ إعادة التّفاوض، حيثُ يرى الأستاذ Pascal أنّ: "الالتزام بإعادة التّفاوض يُترجم بصورةٍ فعليةٍ من خلال التزام المتعاقدين بقبول إعادة التّفاوض، كضمانةٍ لإمكانية تنفيذه وفق شروطٍ مقبولةٍ من جهة، ومن جهةٍ أخرى الالتزام باقتراح وقبول مقترحاتٍ منطقيةٍ بشأن تعديل العقد، وذلك إذا ما سمحت بالحفاظ على الهدف العقديّ وفق شروطٍ معقولة"^(٢).

كذلك تتجلى مظاهر عدم التّعاون في عدم ردّ أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر، في ظلّ اختلال ظروف التنفيذ العقدية عما كان مخططاً له. وهو ما أكّدت عليه هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدوليّة في قرارها (٣٣٤٤) لعام ١٩٨١^(٣).

بالإضافة إلى ذلك فإنّه من أبرز صور عدم التّعاون بين الأطراف هو امتناع الدّائن عن مساعدة مدينه في تنفيذ التزاماته العقدية إذا ما واجه صعوباتٍ في ذلك التنفيذ، وخاصةً فيما يتعلّق بمنحه أجلاً إضافياً لتنفيذ الالتزام، وهو ما أكّدت عليه مبادئ ال Unidroit في المادة (٧.١.٥) تحت عنوان ((الأجل الإضافي للتنفيذ)).

(١) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٥١٣.

(٢) P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit, p 408.

(٣) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ١٩٨.

ومن الصّور الشّائعة للاّخلال بمبدأ عدم التّعاون، هو عدم مساعدة الدّائن في تجاوز الصّعوبات التي يواجهها المدين في تنفيذ التزاماته العقديّة، والعمل على إعمال الشّروط الفاسخ الوارد في العقد بصرامة، حيث إنّهُ من المُخلّ بمبدأ التّعاون قيام الدّائن بإعمال الشّروط الفاسخ الوارد في العقد من دون وجود إعدارٍ مسبقٍ إذا ما تأخّر المدين عن تنفيذ التزاماته العقديّة. وهو ما أشارت إليه غرفة التّجارة الدّوليّة في قرارها رقم (٢٥٢٠) لعام ١٩٧٥، حيثُ قضت أنّه: "بالنّظر إلى قبول الأطراف التّشيكوسلوفاكيّة لتأخّر(س) المتزايد فإنّ لهذه الأخرى الحقّ في افتراض عدم إمكانيّة فسخ العقد من قبل (أ) و(ي) على الرّغم من أنّ نصّ العقد يجيز لهما ذلك"^(١).

وأخيراً فإنّ عدم تعاون الأطراف واجتهادهم لإجراء عمليّة إعادة التّفاوض في إطار حُسن النّيّة بغية الحفاظ على العقد، هو من الصور التي أشارت إليها غرفة التّجارة الدّوليّة، وذلك في قرارها رقم (٥٩١٠) لعام ١٩٨٠^(٢)، معتبرة أنّ سلوك البائع المُتمثّل في عدم تنفيذ ما التزم به تجاه المشتري يُعدّ سلوكاً ضاراً بمصلحة هذا المشتري، ويتعارض مع مبدأ تعاون الأطراف اللّازم في جميع مراحل العقد.

بعد ذلك يمكننا القول إنّ السلوك غير التّعاوني في إطار العقود الإداريّة الدّوليّة يتجاوز السلوك السّلبّي، وذلك بأن الطّرف غير المتعاون لا يفسح المجال للطرف الآخر لأداء التزاماته العقديّة في إطار من المرونة التي تتأتّى

(^١) V. Sentence ICC N° 2520, 1975, Rec. sent. arb , ICC 1974-1985, p. 278.

(^٢) V. Sentence CCI N° 5910, 1988, Rec. sent. arb , ICC 1986-1990, p.373.

من ضرورة الحفاظ على العقد، وإفساح المجال له لتجاوز الصّعوبات كافة التي تواجهه؛ نظراً لأنهما طرفان في عقد ضخم، تتطلب طبيعته في مختلف الظروف العمل بروح الفريق السّاعي إلى الوصول بالعقد لبر الأمان.

ثانياً _ إثبات السلوك الضّار:

إنّ اختلال توازن العقد الإداريّ الدّولي خلال مرحلة تنفيذه من شأنه أن يؤدّي إلى الإضرار بمصالح أحد الطرفين المتعاقدين، بالمقابل فإنّ الطّرف الآخر قد يستفيد من هذا الوضع المستجّد، ما قد يدفعه إلى التقاعس عن تنفيذ التزامه بإعادة التّفاوض بشأن العقد، وذلك بهدف الحفاظ على الوضع المُستجّد كما هو، من هنا يُمكننا القول إنّهُ على المتعاقد المُتضرّر عبء إثبات السلوك الضّار للمتعاقد الآخر كقاعدة عامّة، وإن كانت ترد بعض الاستثناءات على ذلك.

١ _ عبء إثبات السلوك الضّار:

يجب على الطّرف المُتضرّر من مشكلة تغيّر ظروف تنفيذ العقد أن يثبت بالدليل أنّ سلوك المُتعاقد الآخر هو الذي يحول من دون تعديل العقد من خلال عمليّة إعادة التّفاوض، استناداً إلى القاعدة الشهيرة "البينة على من ادّعى"^(١)، ذلك أنّه من المعروف أنّ التنفيذ الجيّد للعقد يقتضي الالتزام بما جاءت به نصوص العقد، فضلاً عن الالتزام بأحكام القانون المُطبّق على العقد، فإنّ تنفيذ العقد من قبل أطرافه لا يشتمل مضمون العقد وحسب، بل

(١) همام محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنيّة والتجاريّة، الاسكندرية، دار الجامعة الجديده، عام ٢٠٠٢، ص ٥١.

كذلك ما هو من مستلزماته وفق القانون والعرف والعادات طبقاً لطبيعة الالتزام^(١).

واستناداً إلى ذلك فإنّ على الطرف المتضرر أن يبيّن أنّ سلوك دائنه يتعارض مع مبدأ حُسن النية، وذلك من خلال عدم تنفيذه لالتزامه بإعادة التفاوض أو سوء تنفيذه له.

وفي هذا الصدد فإنّه لا يمكننا أن نفوّت أهميّة بيان طبيعة الالتزام بإعادة التفاوض، وذلك بغية تحديد على من يقع عبء إثبات الإخلال بالالتزام بعملية إعادة التفاوض، هنا لا بدّ أن نشير إلى أن الالتزام بالدخول في عملية إعادة التفاوض هو التزام بتحقيق غاية ألا وهي الدخول في العملية التفاوضية، لكن الوصول إلى تحقيق النتيجة بتعديل العقد بعد الظروف المستجدة هو ولا شكّ التزام ببذل عناية.

هنا يجب أن نبيّن أن على المتضرر -المدين- أن يقيم الدليل على إثبات الإخلال بحسن النية العقدية وعدم احترام روح الاتفاق المبرم من قبل الطرف الآخر، وذلك إذا ما تقاعس الدائن عن أداء الالتزام الواجب عليه بالدخول في العملية التفاوضية، لمواجهة ما استجدّ من ظروف. وبالتأكيد في مثل هذه الحالة، فإن عبء إثبات قيام المسؤولية من جانب المدين على عاتق الدائن ليس من الصّعوبة بمكان، هذا فيما يتعلّق بتحديد المسؤولية بخصوص الإخلال بالالتزام بالدخول في العملية التفاوضية^(٢).

(١) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٢٠٢.

(٢) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٢٠٢.

أما بالنسبة إلى الشق الآخر، والمتمثل بالالتزام بأداء عملية إعادة التفاوض بعد ذاتها، وعلى الرغم أن الصعوبة تدق على المدين في إثبات قيام المسؤولية على عاتق الدائن، لكن يجب على المدين في مثل هذه الحالة لإلقاء المسؤولية على عاتق المتعاقد الآخر، أن يقيم الدليل على أن الدائن لم يلتزم بسلوك الرجل المعتاد خلال سير العملية التفاوضية، بمعنى أن سوء نية الدائن تتمثل من خلال عمله على عرقلة سير المفاوضات، أو عدم قبول الحلول المنطقية التي طرحها المدين لمواجهة الخلل الحاصل بما يحافظ على توازن العقد، ويراعي مصلحة الطرفين المتعاقدين في الوقت ذاته^(١).

بالتأكيد فإنه رغم صعوبة المهمة الملقاة على عاتق المدين في الإثبات فإنه من خلال الأدلة المقدمة من جانبه، بالإضافة إلى طبيعة العقد الإداري الدولي وخصوصيته، والعوامل المحيطة بتنفيذ العقد، والخلل الذي أصاب التنفيذ، كلها عوامل تأخذها هيئة التحكيم النافذة بالنزاع في الحسبان.

وفي الجانب الآخر فإن الدائن يتمتع بدوره بعدد من العناصر التي يمكنه الاستفادة منها بغرض إبعاد المسؤولية عن ذاته وإلقائها على عاتق المدين، فبالنسبة للدخول في العملية التفاوضية يمكنه أن يبرر عدم دخوله في عملية إعادة التفاوض بشأن العقد إذا ما استطاع إثبات أن شروط أعمال الالتزام بإعادة التفاوض لم تتوفر، فضلاً عن أنه يمكنه أن يثبت أن الضرر اللاحق

(١) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٢٠٣.

بتنفيذ العملية العقدية ناجم عن خطأ فادح من جانب المدين، وبالتالي فهو ليس مطالباً بالدخول في عملية إعادة التفاوض^(١).

أما في حال الدخول في العملية التفاوضية فإن الدائن يمكنه إثبات قيام مسؤولية المدين، من خلال إقامة الدليل على عدم طرح حلول واقعية للمشكلة المستجدة، أو مطالبته بمطالبات غير عادلة، كأن يطالب بتعديل العقد لتعويض الخسارة التي أصابته جراء الظروف المستجدة تعويضاً كاملاً من دون الوضع في الحسبان أنه يجب أن يتحمل ولو جزءاً من هذه الخسارة^(٢).

من هنا يمكننا القول إن عبء الإثبات يقع بصورة أساسية على عاتق المدين المتضرر من وقوع الأحداث المستجدة، التي أثرت على تنفيذ العقد بالصورة المثلى والمفترضة، ويلعب معيار الرجل المعتاد دوراً مهماً وأثراً حاسماً في مقارنة هيئة التحكيم للنظر بالتزاع وتحديد الطرف المسؤول، لكن وكما أن لكل قاعدة استثناء، فإنه وفي بعض الحالات يمكن أن يقع عبء الإثبات على عاتق الدائن.

٢_ الاستثناءات الواردة على قاعدة عبء إثبات السلوك الضار:

ترد في الحقيقة بعض الاستثناءات على القاعدة العامة المتمثلة في أن عبء الإثبات مُلقى على عاتق المدين في حال فشل عملية إعادة التفاوض، وذلك في حالتين أساسيتين، هما: فيما لو كان الاتفاق بالأساس يقضي بأن عبء الإثبات مُلقى على عاتق الدائن، أو فيما لو رجع سبب الفشل لسلوك المدين.

(١) P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit, p 408.

(٢) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٢٠٥.

أ_ الاستثناءات الواردة بسبب اتفاق الأطراف:

إنّ مسؤولية الدائن تكون مُفترضةً في إخلاله بالتزامه بإعادة التفاوض، وذلك في حال إذا ما وجد اتفاق بين الأطراف يقضي أنّ الالتزام بإعادة التفاوض التزامٌ بتحقيق نتيجة، أو فيما لو كان هذا الاتفاق منصباً على مصير العقد بعد التفاوض^(١).

هنا يمكننا القول إنّ لو كان الالتزام بإعادة التفاوض التزاماً بتحقيق نتيجة، فإنّ عدم تحقّق هذه النتيجة، والمتجسّد في فشل عملية إعادة التفاوض، فضلاً عن الفشل في الوصول إلى اتفاق، يُعدّ قرينةً على إخلال الدائن بهذا الالتزام، فالمسؤولية في الإثبات في هذه الحالة لا تقع على عاتق المدين، بل تقع على عاتق الدائن الذي يجب عليه بدوره أن يُثبت أنّ فشل إعادة التفاوض يعود إلى المدين لدرء المسؤولية عنه^(٢).

كذلك فإنّ اتفاق الأطراف على تحديد مصير العقد في حال فشل عملية إعادة التفاوض، يؤثّر على عبء إثبات الإخلال بما تمّ الاتفاق بشأنه، ففي حالة إذا ما اتفق الأطراف على إبقاء العقد على ما هو عليه من شروط قبل تغيير ظروف التنفيذ، هنا يقع عبء الإثبات على عاتق الدائن، وذلك كونه المُستفيد من هذا الوضع، وذلك بأن يُثبت أنّه قد بذل كلّ جهده في سبيل إنجاح العملية التفاوضية، وأنّ مسؤولية فشل هذه العملية تقع على عاتق المدين^(٣).

(١) P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit, p 418.

(٢) P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit, p 418.

(٣) P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit, p 419.

أما بالنسبة إلى اتفاق الأطراف على إنهاء العقد كمحصلة لفشل الاتفاق، وذلك كالشرط الذي ينص على أنه "إذا لم يتوصل الأطراف إلى حلّ خلال (١٢٠) يوماً من مدة التفاوض فلشركة MNTC أن تنتهي العقد استناداً للبند (٢٢)، هنا يقع على عاتق المدين المتضرر أن يُثبت بالدليل على أنه بذل أقصى جهده لإنجاح عملية إعادة التفاوض، مع بيان أنّ قاعدة الإثبات الأساسية تقضي أن المدين المتضرر يجب عليه إثبات أنّ سلوكه دائنه مخالف للالتزام بإعادة التفاوض.

واستناداً إلى كلّ ما سبق، يُمكننا القول إنّ لكلّ طرفٍ من أطراف العقد مصلحة في الحفاظ على العقد أو إنهائه وفقاً لظروفه، وبالتالي فإنّ هذا الطرف هو الذي يقع عليه عبء إثبات أنّ سلوكه في أثناء عملية إعادة التفاوض كان سلوكاً معقولاً، وبالتالي لم يتسبّب في فشل المفاوضات.

ب_ الاستثناءات الواردة بسبب المدين:

لا يمكننا القول بإمكانية تحمّل الدائن لمسؤولية عدم إعمال الالتزام بإعادة التفاوض أو فشل إعادة التفاوض إذا كان ذلك يرجع إلى سلوك المدين، فمن غير المنطقي القول إنّ مسؤولية عدم إعمال الالتزام تقع على عاتق الدائن، مع العلم أنّ المدين لم يقدّم الإخطار للدائن عمّا استجدّ من أحداثٍ أدّت إلى الإخلال بالتنفيذ الحسن للعقد أو للتأخّر بالإخطار^(١)، أو على سبيل المثال أن تفشل عملية تعديل العقد بسبب المدين، وذلك بسبب محاولته تحسين مركزه التعاقدّي على حساب توازن العقد بعد اختلاله في مرحلة التنفيذ،

(١) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٢٠٨.

من خلال العمل على إنهائه^(١).

بعد هذه النظرة الموجزة بخصوص عبء الإثبات في حال اختلال توازن العقد في أثناء تنفيذه، يتّضح لنا أنّ القاعدة العامة هي أنّ عبء الإثبات يقع على عاتق المدين، كونه المتضرر المفترض من تغيّر ظروف التنفيذ التي أثّرت على توازن العقد، لكن بالمقابل قد ينتقل عبء الإثبات إلى الدائن، إذا ما تضمّن العقد شرطاً يقضي بذلك، أو ارتكب المدين خطأً يتمثّل في عدم الإخطار أو التقصير في الإخطار عن الحدث الذي أدّى إلى اختلال التوازن العقديّ.

فضلاً عن ذلك فإنّه إضافةً إلى انتقال عبء الإثبات من متعاقد إلى آخر، فقد يتباين ما هو واجب إثباته بالنسبة إلى المتعاقد ذاته، كالمدين الذي يجب عليه إظهار إخلال الدائن بتنفيذ التزاماته في بعض الأحيان، كذلك يقع عليه عبء إثبات أنّ سلوكه كان سلوكاً معقولاً في حالاتٍ أخرى.

(١) P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit, p 420.

الفرع الثاني

جزء عدم تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض

في حقيقة الأمر إنّ عدم إعمال الالتزام بإعادة التفاوض ينعكس بأثرٍ سيئٍ على الوضع الاقتصادي للعقد، لذلك فقد يقرّر القضاء أو التحكيم إقرار التنفيذ العيني للالتزام بإعادة التفاوض، وذلك كجزءٍ لعدم تنفيذه أو سوء تنفيذه، كذلك فقد يتمثّل هذا الجزء في تنفيذ ما قد يُقابله.

أولاً - التنفيذ العيني للالتزام بإعادة التفاوض:

يتمّ فرض الالتزام بإعادة التفاوض من قبل التحكيم على المتعاقدين حين يكون ذلك ممكناً، حيث إنّ هناك حالاتٍ تعاقدية لا يمكن فيها فرض عملية إعادة التفاوض.

١ - التنفيذ العيني الممكن للالتزام بإعادة التفاوض:

إنّ التنفيذ العيني للأطراف قد يكون ملزماً في بعض الحالات، كما أنّه قد يكون اختيارياً مقدّماً بصورة مقترحٍ في حالاتٍ أخرى.

أ - التنفيذ العيني الملزم للمتعاقدین:

إنّ المحكم قد يحكم في حالة عرض النزاع عليه بالزام المتعاقدين بالعودة للتفاوض متى كان ذلك ممكناً، من ذلك ما ورد في قضية شركة LIAMCO ضد الجماهيرية العربية الليبية من أنّه: "وفقاً للمبادئ العامة فإنّه يجب أن تُنفذ الالتزامات تنفيذاً طبيعياً، متى يكون ذلك ممكناً"^(١). حيث إنّ صفة الإمكان

(^١) V. Liamco Vs The Government of the Libyan Arab Republic, Decision of 12 April 1971 ,Rev. arb ,1980 , p 137.

المطلوب توافرها لإلزام المتعاقدين باللجوء لإعادة التفاوض تجد مُبرّرها في الفاعلية الاقتصادية لهذا الخيار، ذلك أنّ التنفيذ العيني لعملية إعادة التفاوض هو الحلّ الأكثر فاعليّةً وعمليةً من الناحية الاقتصادية والأكثر انسجاماً مع اقتصاد العقد^(١).

من هنا يمكننا القول إنّهُ يحقّ للمحكم بكلّ تأكيد أن يدفع المتعاقدين للجوء إلى خيار إعادة التفاوض في معرض الخلاف المعروض عليه، وذلك من خلال تحقّقه من توقّر شروط إعادة التفاوض بعد وقوع حدث ال Hardship، وبالتأكيد من دون إلزام الأطراف بالوصول لحلّ بتعديل العقد، وذلك سواءً عمل المتعاقدون على أعمال تقنية إعادة التفاوض سعياً نحو تعديل العقد، أو فشلوا في الأساس في تفعيل هذا الخيار، وهو ما أشارت إليه مبادئ ال Unidroit لعام ١٩٩٤، وذلك في متن المادة (٦-٢-٣) والتي بيّنت أنّ مهمة المُحكم تتمثّل في إنهاء العقد أو تعديله، من ذلك ما جاء في نصّها: "إذا كانت الظروف لا تسمح بفسخ العقد أو بتعديله، فإنّ الحل الوحيد المعقول لهيئة المحكمة، هو إلزام الأطراف على العودة إلى إعادة التفاوض، وذلك بغية الوصول إلى اتفاق بتعديل العقد، أو التأكيد على شروط العقد كما هي"^(٢).

في حين يرى بعض الفقه أنّ إلزام المحكم للطرفين لتفعيل عملية إعادة التفاوض هو خيارٌ غير واقعيّ، ونادراً ما يتمّ تطبيقه من الناحية العملية، لأنّ المحكمين يفضلون عند تبيّن سوء تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض أو عدم تنفيذه،

مُشار إليه عند د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق P239 (D), Op.Cit, Philippe^(١) ص ٢١٠.

(٢) Oppetit , Op.Cit, p809.

أن يتم منح تعويض للطرف المتضرر، مستندين في ذلك إلى أن الأطراف عند لجوئهم للتحكيم يكونون في حالة نزاع مبتعدين عن أي إمكانية للتقارب^(١).

من خلال ما سبق يمكن القول إن دفع هيئة التحكيم لأطراف العقد لتنفيذ عملية إعادة التفاوض تحت إشرافها المباشر، سواء اختلف الطرفان حول توفر شروط إعادة التفاوض، أو إذا قاما بالتفاوض من دون الوصول إلى حل مرضٍ لكليهما، هو أمرٌ منطقيٌّ يتناسب في أحد الجوانب مع الدور التوفيقية الذي تؤديه هيئة التحكيم، وتفرضه طبيعة العقد الإداري الدولي المعقدة المتشابكة، فضلاً عما يمكن تجنبه من حلول أخرى أكثر ضرراً فيما لو لم يُعط هذا الخيار فرصته.

ب_ إعادة التفاوض غير الملزم للمتعاقدین:

تُعد قضية EDF VS SHELL خير مثال لحالة إعادة التفاوض غير الملزم للأطراف، حيثُ لمس القضاء وجود رغبة مشتركة عند طرفي العقد للحفاظ عليه بعد فشل عملية إعادة التفاوض التي قاموا بها، وبعد عرض النزاع على القضاء الوطني وفي أثناء سير إجراءات المحاكمة، ظهر للمحكمة أن مقتضيات سير الدعوى تسمح بتلبية الرغبة المشتركة للطرفين بالوصول إلى حل وهو ما باركته المحكمة^(٢)، حيث دعتهما لإجراء عملية مفاوضات جديدة بغية الوصول إلى اتفاق لتعديل العقد تحت إشرافها، حيث تعمل هي على تقريب وجهات النظر في أثناء عملية إعادة التفاوض.

(١) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٢١٢.

(٢) P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit, p 426.

٢_ الاستثناءات الواردة على التنفيذ العيني للالتزام بإعادة التفاوض:

إنّ التنفيذ العينيّ لإعادة التفاوض الناتجة اختلال التوازن الاقتصاديّ للعقد مرهونٌ ولا شك بمقدار الفائدة التي ستنعكس على طرفيه إثر استئناف العقد، لكن لا يمكن أن ننكر أنّ هنالك حالاتٍ تفرض تجاوز هذا الخيار، منها ما يتعلّق بطبيعة العقد ومنها ما يرتبط بالظروف المحيطة به.

أ_ الاستثناءات بسبب طبيعة العقد:

إنّ الطّبيعة الخاصّة للعقد الإداريّ الدوليّ قد تفرض بعض الاستثناءات على قاعدة التنفيذ العينيّ لإعادة التفاوض - وإن كان ذلك في حدود ضيقة - كجزاءٍ لعدم تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض.

حيث إنّهُ لمن المعروف أنّ العامل الاقتصاديّ هو من أهمّ العوامل التي ترتكز عليها العقود الإداريّة الدوليّة، وبالتالي فإنّ ترتيب المراكز العقدية يتمّ وفق ما يخدم المصلحة الاقتصاديّة للأطراف، من هنا فإنّه وفي بعض الحالات المحدّدة قد لا ينسجم التنفيذ العينيّ مع الإطار الاقتصاديّ الذي يفرضه العقد، فقد تؤدّي الظروف المُستجدة للعقد إلى الوصول به إلى مرحلةٍ لا يمكن فيها إلّا تسوية النزاع الحاصل بشكلٍ جذريّ، وليس مجرد التوفيق بين المصالح، بمعنى أنّ النزاع وصل لدرجةٍ لم يعد فيها مجالٌ للتضامن والتعاون اللازمين للوصول للهدف التعاقدّي المرجوّ والمطلوب^(١).

(١) P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit, p 429.

من هنا يمكن القول إنّه إذا ما تعارض التنفيذ العينيّ لإعادة التفاوض مع العوامل الاقتصادية لأطراف العقد، فلا يمكن حينئذٍ مطالبتهم به، بمعنى آخر يكون العقد قد وصل هنا لمرحلة من انعدام الفائدة أو القيمة الاقتصادية له.

ب_ الاستثناءات بسبب ظروف العقد:

بالإضافة إلى عدم إمكانية التنفيذ العينيّ لإعادة التفاوض بسبب طبيعة العقد، فإنّ هناك ظروف قد تمنع ذلك، وقد تكون هذه الظروف قانونيّة وقد تكون ظروفًا واقعيّة.

• الاستحالة القانونية لتنفيذ الالتزام:

تتجسّد الاستحالة القانونية لتنفيذ الالتزام العينيّ بإعادة التفاوض بصورتين اثنتين، ألا وهما: القوّة القاهرة، وانعدام صفة الاعتبار الشخصيّ إذا ما كان يرتكز العقد عليها.

_ القوّة القاهرة:

بالنظر إلى الطبيعة الخاصة التي تمثّلها القوّة القاهرة في إطار العقود الإدارية الدوليّة والعقود الدوليّة بشكلٍ عام، ومع التطوّر الكبير الذي طرأ على هذا المفهوم، إلّا أنها قد ترد بالشكل السائد بالصورة التقليديّة في القوانين الوطنيّة، بحيث ينتج عن وقوعها استحالة مطلقة ودائمة لتنفيذ الالتزامات العقديّة^(١)، وهو ما يؤدّي إلى إعفاء المدين من المسؤوليّة، هنا يفقد العقد أيّ قيمة اقتصادية تعاقدية، ما يؤدّي إلى إعفاء المدين من التزامه، وبالتالي عدم

(١) P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit, p 429.

ترتيب أية مسؤولية عقدية عليه، بخلاف إذا ما أراد أطراف العقد تجاوز أثرها المؤقت، وفقاً لمبدأ التعاون والحفاظ على العقد، بما يوائم المصلحة المشتركة للطرفين.

_ الاستحالة بسبب انعدام الاعتبار الشخصي للعقد:

إذا ما كان الاعتبار الشخصي في العقد محل اعتبار فلا يمكن المطالبة بالتنفيذ العيني للعقد، وبالتالي بالتنفيذ العيني لإعادة التفاوض. ومن المعروف أنّ العقود القائمة على الاعتبار الشخصي هي العقود التي تكون شخصية أحد الأطراف فيها محل اعتبار، إمّا لصفات خاصة به، أو بسبب طبيعة الخدمة التي يؤديها، فالاعتبار الشخصي هو مفهوم ظهر بشكل جلي في العقود الداخلية، وانعكس بدوره على العقود الدولية.

واستناداً إلى ذلك فإنّ زوال الاعتبار الشخصي في هذا المجال من العقود، قد يؤدي إلى زوال أهمية العقد، كأن يتم التعاقد مع أحد الأشخاص لامتلاكه تقنية معينة محدّدة، لتظهر بعد ذلك تقنية أخرى من شأنها جعل هذه التقنية تقنية قديمة^(١).

• الاستحالة الفعلية :

تتأتى فكرة الاستحالة الفعلية أو الواقعية للتنفيذ العيني لإعادة التفاوض كنتيجة منطقية ومعقولة في حال فشل عملية إعادة التفاوض للمرة الأولى،

(١) P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit, p 429.

والتي تمت في إطار من التعاون وحسن النية^(١)، فلا يعود هناك إمكانية للقيام بإعادة التفاوض مرة أخرى كون المتعاقدين لن يبذلوا من الجهد أكثر مما بذلوه في المرة الأولى.

هنا لا يمكننا أن نغفل أهمية الأثر الاقتصادي للعقد وانعكاسه على الطرفين، فالتقلل الاقتصادي للعقد يدفع الطرفين إلى البحث عن سبيل آخر لتسوية النزاع العقدي بعد أن استنفد خيار إعادة التفاوض، حيث يمكن لأطراف العقد اللجوء إلى الخيار التحكيمي كخيار أخير، بعد أن أعطي الخيار التفاوضي نصيبه ولم يصل الطرفان للنتيجة المرجوة.

ثانياً _ التنفيذ بطريق التعويض للالتزام بإعادة التفاوض:

بعد إثبات خطأ أحد المتعاقدين في عدم تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض أو سوء تنفيذه له، بالإضافة إلى عدم إمكانية اللجوء للتنفيذ العيني لإعادة التفاوض، فإن التنفيذ بطريق التعويض يعدّ الحلّ الأمثل لجبر الضرر الناجم عن عدم إمكانية تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض، وهو ما أكدت عليه العديد من القوانين الوطنية.

وهنا لا يفوتنا الإشارة إلى التباين بين النظم القانونية المختلفة بين التنفيذ العيني للالتزام بإعادة التفاوض والتنفيذ بطريق التعويض، كجزء لعدم تنفيذ هذا الالتزام. فأنظمة القانون المدني، كالقانون الفرنسي^(٢) والقانون السوري والقانون الجزائري تفضل اللجوء إلى التنفيذ العيني، وفي حال عدم إمكانية

(١) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٢١٧.

(٢) P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit, p 434.

ذلك، يتمّ اللجوء للتنفيذ بطريق التعويض، في حين أنّ الأنظمة القانونية التي تتّبع نظام القانون الموحد، كالقانون الإنكليزي على سبيل المثال، تتجه عادةً إلى التنفيذ بطريق التعويض كنتيجة لعدم تنفيذ الالتزامات أو سوء تنفيذها، مع الإشارة إلى أنّ هذا السلوك ليس ثابتاً في القانون الإنكليزي؛ نظراً لعدم تراتبية الجزاءات الناتجة عن عدم التنفيذ^(١).

من هنا يجب دراسة هذا التعويض كتعويض كامل لعدم تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض، ثمّ دراسة حالة الإنقاص منه.

١- مبدأ التعويض الكامل للالتزام بإعادة التفاوض:

في حقيقة الأمر، إنّ مبدأ التعويض الكامل يجد أساسه في كلّ من النصوص القانونية الدوليّة بالإضافة إلى الكثير من القوانين الوطنيّة، ومن ذلك ما نصّت عليه مبادئ الـ UNIDROIT في المادة (٢-٤-٧) والتي نصّت على أنّه "١- للدائن الحقّ في تعويض كامل عن الضّرر الذي لحقه جراء عدم التّفيد، حيث يشمل الضّرر الخسارة التي لحقته والربح الذي فاتته، بما في ذلك الربح الناتج للدائن عن مصروف أو خسارة تمّ تفاديها.

٢- قد يكون الضّرر غير مالي لاسيما المترتب عن الأذى المادي أو المعنوي"

كذلك يجد هذا المبدأ أساسه في القوانين الداخليّة، من ذلك ما نصّت عليه المادة (٢٢٢ ف ١) من القانون المدني السوري: "إذا لم يكن التعويض مقدّراً في العقد أو بنص القانون فالقاضي هو الذي يقدّره، ويشمل التعويض ما لحق

(١) د. هني عبد اللطيف ، مرجع سابق ، ص ٢١٩ .

الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويُعتبر الضرر نتيجةً طبيعيةً إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقّاه ببذل جهدٍ معقول".

غير أنه لإقرار التعويض الكامل كجزاء لعدم تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض أو سوء تنفيذه، يجب توفر شروطٍ معيّنة، كما أنه يترتب على ذلك مجموعة من الآثار.

أ_ شروط إقرار مبدأ التعويض الكامل:

يشترط لإقرار مبدأ التعويض الكامل عن عدم تنفيذ الالتزام أن يكون الضرر الناتج ضرراً محققاً ومتوقعاً.

• الضرر المحقق:

يُشترط في الضرر الناتج عن عدم تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض أن يكون ضرراً مُحققاً، أي أن يكون الضرر حالاً قد وقع بالفعل، أو أن يكون مستقبلياً محقق الوقوع، وذلك بحيثُ يمكن للدائن أن يطالب بالتعويض، إذا كان بالإمكان تقدير الأضرار التي يمكن أن تقع بالفعل، هذا ويتمثل الضرر المحقق عند عدم تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض أو سوء تنفيذه بخسارة فرصة المحافظة على العقد وفق شروطٍ جديدةٍ، بما يحقق مصالح جميع الأطراف^(١)، واستناداً لذلك فقد أكّدت مبادئ ال UNIDROIT في المادة (٣-٤-٧) على حتمية أن يكون الضرر محققاً، حيث نصّت على أنه:

(١) P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit, p 499.

"١- لا يعوّض إلا الضرر الذي يكون محققاً بدرجة معقولة ولو مستقبلاً.

٢- يمكن تعويض الفرصة الضائعة في حدود احتمال توقعها.

٣- إن الضرر الذي يمكن تحديد مدى تحققه يُترك تقديره للمحكمة (١).

وقد أشار قرار غرفة التجارة الدولية ICC رقم (٢٤٧٨) السابق ذكره إلى شرط تحقق الضرر، حيث جاء فيه أنه "يبدو أن الضرر الذي لحق المدعية محقق، ذلك أن الخلل في توزيع أحد الأطراف للمنتجات البترولية محل العقد دفعها لاستبدال الكميات الناقصة، وذلك وفاءً لالتزاماتها (٢). "

• الضرر المتوقع:

يُشترط لإقرار التعويض الكامل عن الضرر، أن يكون متوقعاً، ذلك أنه لا يؤخذ بالضرر الاحتمالي في إطار الالتزامات العقدية، حيث إنّ فكرة إعادة التفاوض تقوم في الأساس على التوقع، حيث إنّها في الأصل ترد في شكل اتفاقٍ من خلال شرط إعادة التفاوض، حيث يتوقع الأطراف مرحلة مستقبلية تمسّ عقدهم في زمن التنفيذ عند إبرام العقد، كذلك لا يفوتنا -وكما بيّنا سابقاً- أنه في حالة عدم ورود شرط إعادة التفاوض في العقود الإدارية الدولية، وسكوت الأطراف عن ذلك، لم يعد يُفسّر على أنه قبولٌ لتنفيذ العقد كما هو بعد التغيّر الحاصل في ظروف التنفيذ (٣).

(١) V. Unidroit principles , 2004/1. p. 171.

(٢) V. Sentence ICC N° 2478, 1988, Rec. sent. arb , ICC, p.234.

(٣) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق ، ص ٢٢٤.

وفي حقيقة الأمر فقد أقرت الاتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية خاصية التوقع في الضرر، ففي إطار الاتفاقيات الدولية جاء في مبادئ ال UNIDROIT في المادة (٤-٤-٧) تحت إطار الضرر المتوقع أنه "لا يلزم المدين إلا بالضرر الذي توقعه أو الذي كان من المعقول أن يتوقعه لحظة التعاقد، كأثر محتمل لعدم التنفيذ"^(١)، ومن التشريعات الداخلية التي أكدت على توفر صفة التوقع في الضرر القانون المدني السوري في المادة (٢٢٢ ف٢) حيث نصت على أنه "إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التوقع". وهو ذات منطوق المادة (٢٢١ ف٢) من القانون المدني المصري.

مع التأكيد على أن معيار تقدير التوقع هو معيار موضوعي ولا شخصي.

ب _ أحكام التعويض الكامل:

إذا ما عدّ التعويض كنتيجة للإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض، فإنه يجب تقديره عبر تقدير الضرر والذي يُحدّد بدوره من خلال معاينة ظروف التعاقد ومضمون العقد، ومن العناصر المهمة أيضاً لتقدير الضرر جسامه الخطأ المتمثل في الإخلال بهذا الالتزام^(٢).

وهو ما أكدت عليه اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع في المادة ٨ بخصوص تحديد السلوك التعاقدية، حيث نصت على أنه :

^(١) V. Unidroit principles , 2004/1. p. 171.

^(٢) P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit, p 443.

"١_ في حكم هذه الاتفاقية تفسّر البيانات والتصرفات الصادرة عن أحد المتعاقدين وفقاً لما قصده هذا الطرف.

٢_ في حالة عدم سريان الفقرة السابقة تُفسّر البيانات والتصرفات الصادرة عن أحد المتعاقدين وفقاً لما قصده هذا الطرف، متى كان الطرف الآخر يعلم بهذا القصد، أو لا يمكن أن يجهله.

٣_ عندما يتعلّق الأمر بتحديد قصد أحد الطرفين أو ما يفهمه شخص سوي الإدراك يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار جميع الظروف المتصلة بالحالة، لا سيما المفاوضات التي تكون قد تمت بين الطرفين والعادات التي استقرّ التعامل بينهما عليها والأعراف، وأي تصرّف لاحق صدر عنهما^(١).

استناداً إلى ذلك يمكننا القول إنّهُ لا يمكن فهم السلوك التعاقدى من دون مراعاة ظروف التعاقد، من مفاوضات وأعراف وعادات تشكّل أطر العلاقة التعاقدية، بالإضافة إلى التصرفات الصادرة عن المتعاقدين، من هنا يمكننا القول إنّ تقدير الضرر يتركز على كلّ هذه العناصر^(٢).

وهو ما أكّدت عليه القرارات التحكيمية كذلك، كما في قضية AMINOIL حيث نصّت على أنه: "استناداً لمضمون العقد..... وإلى التعديلات والتفسير وإلى كيفية تسيير العقد، يُفترض فحص جميع الظروف المرتبطة بموضوع الحال قبل أيّ تأسيس قانوني^(٣)"، كذلك فقد أشار القرار ذاته إلى "أنّ

(١) اتفاقية فيينا للأمن المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، ص ٣ و ٤.

(٢) P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit, p 443.

(٣) P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit, p 444.

المحكمة تعدُّ أنه من الأنسب أن يتمَّ تحديد المبلغ (التعويض المناسب)، من خلال فحص جميع الظروف المرتبطة بالواقع الملموس، على أن يتمَّ على أساس مناقشةٍ نظريَّةٍ.

من هنا لا بدَّ أن نشير إلى أنه لتحديد الضرر يجب تحديد جسامة الخطأ، وذلك تبعاً للعلاقة السببيَّة الرابطة بين الخطأ والضرر، فمن المنطقيَّ القول إنَّ الخطأ كسلوكٍ تعاقدِيٍّ يكون مخالفاً لمقتضيات حسن النية وحسن السلوك في المجال التَّعاقدِي.

هذا ولا يفوتنا أن نشير إلى أنَّ من أبرز صور الخطأ في العلاقة التعاقدية في العقود الإدارية الدولية وأشدّها جسامةً، هو إنهاء العقد من دون السَّعي إلى المحافظة على العلاقة العقدية، مع كلِّ ما تمثَّله من أهميَّة كبيرة وثقلٍ اقتصاديٍّ لطرفي العقد، لذلك يمكن القول إنَّ فسخ العقد في إطار هذه العقود هو آخر الحلول التي يلجأ إليها متعاملوها. من هنا نستطيع القول إنَّ وقف المدين تنفيذ العقد بعد تغيُّر ظروف تنفيذه كردّ فعلٍ على رفض الدائن إعادة التفاوض^(١)، لا يعدُّ صورةً من صور إنهاء العقد، ولكنّه وسيلةٌ للضغط على الدائن للدخول بعملية إعادة التفاوض بغاية الحفاظ على العقد، من خلال الوصول إلى شروطٍ ترضي الطرفين وتحفظ مصالحهما.

من هنا يمكن القول إنَّ غاية جبر الضرر تتمثَّل في وضع الدائن بالالتزام بإعادة التفاوض في وضعٍ اقتصاديٍّ مماثل لذلك الوضع فيما لو نُفِّذ العقد^(٢).

(٢) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق ، ص ٢٢٨.

ومن خلال ما سبق نجد أن تقدير الضرر بهذه الطريقة لا يخرج عن توقع الأطراف وفق الطريقة المتفق عليها في كل من النصوص الدولية والقوانين الداخلية، والمتمثلة في التعويض عن الخسارة اللاحقة والربح الضائع.

بناءً على ما ذكر سابقاً نرى أنّ للتعويض عن الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض أحكاماً وأطراً عامة لا بدّ من أن يتمّ اعتمادها من قبل هيئة التحكيم الناطرة في النزاع، والمتمثلة في مضمون العقد وظروف التعاقد وفداحة الخطأ المتجسّد في الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض. وبالطبع فإن السلطة التقديرية لهيئة التحكيم ستمكّنها من تقدير مقدار التعويض بعد الدراسة المستفيضة لعملية التعاقد والظروف الخاصة بها والمميزة لها، والتي لا يمكن بحال من الأحوال إنكار أهميتها حيث تعطي عامل الخصوصية الذي يمنح الفريدة لكل حالةٍ عقديّة عن شبيهاتها.

٢_ الإنقاص من التعويض:

قلنا سابقاً إنّ تقدير التعويض يرتبط بظروف التعاقد، مرتكزاً على معيار موضوعي في ذلك، لكن بالمقابل فإن هذا التعويض قد يتأثر سلباً في حال عدم التزام المتعاقدين بسلوك تخفيف الضرر، هذا الالتزام المهم للغاية، والذي يجد أساسه في الاتفاقيات والنصوص الدولية، كما في القوانين الداخلية كذلك.

ومما نصّت عليه الاتفاقات الدولية في هذا الإطار، ما جاء في نص المادة (٧٧) اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع حيث نصّت على أنه: "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^(١). كذلك ما جاء في نص المادة (٨-٤-٧) من مبادئ الـ UNIDROIT حيث نصّت على أنّه:

"١_ لا يلتزم المدين بالتعويض في الحالة التي يمكن للدائن فيها أن يُخفّف الضرر بطرقٍ معقولةٍ.

٢_ يمكن للدائن أن يستردّ النفقات التي أنفقها بصورةٍ معقولةٍ بغرض تخفيف الضرر".

كذلك فقد أشارت العديد من التشريعات الوطنيّة الداخليّة إلى الالتزام بتخفيف الضرر، من ذلك ما جاء في القانون المدني السوري في نص المادة (٢٢٢ ف ١) المشار إليها سابقاً، وهي المادة التي لها نظيرها في كلّ من القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي وإن ربما بمنطوقٍ مختلفٍ.

وقد يتّخذ الالتزام بتخفيف الضرر صوراً متعدّدة، من ذلك حرص المدين على التفاوض مع الدائن بغية الوصول إلى اتفاقٍ ودّيٍّ^(٢) نظراً لعدم القدرة على تنفيذ الاتفاق بالصّورة المتفق عليها، وهو ما أشار إليه قضاء التحكيم لغرفة التجارة الدوليّة ICC في القضية (٥٩١٠) بين مؤسستين بلجيكيتين^(٣)، كذلك من صور تخفيف الضرر محافظة الدائن على البضاعة في عقد البيع.

(١) اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، ص ٢٤.

(٢) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص ٥٩٨.

(٣) V. Sentence ICC N° 5910, 1988, Rec. sent. arb, ICC1986 _ 1990, p 234.

مما سبق نستطيع القول إنّ التعويض الواجب دفعه من قبل المدين الذي أحلّ بتنفيذ الالتزام، هو تعويضٌ قابلٌ للإنقاص بمقدار الجهد الذي كان من الممكن للدائن أن يقوم به لتخفيف الضرر الناتج عن تغيير الظروف بصورة معقولة، وهو ما يُوجب علينا بدوره دراسة هذا السلوك في حالة رفض إعادة التفاوض، وفي حالة سوء تنفيذ إعادة التفاوض، كذلك في حال فشل عملية إعادة التفاوض.

أ_ في حالة رفض إعادة التفاوض:

إنّ أهمية دراسة السلوك التعاقدى للأطراف في إطار الالتزام بتخفيف الضرر، تتجسّد في تجنب المدين الذي أصبح التزامه مرهقاً تفاقم الضرر المترتب عن تنفيذه العقد في شروط غير عادلة، ذلك أن الالتزام بتخفيف الضرر يقتضي قيام المتعاقدين بتعديلاتٍ ولو بسيطةٍ على العقد⁽¹⁾، حيث إنّ الإخلال بالالتزام بتخفيف الضرر هو في حقيقته إخلالٌ بمبادئ أساسية في المعاملات العقدية، كمبدأ حسن النية ومبدأ التعاون.

واستناداً إلى ما سبق، جاء القرار التحكيمي لغرفة التجارة الدولية رقم ٢٤٠٤ لعام ١٩٧٥، والذي أشار إلى أنّ الالتزام بالتعاون يلزم الدائن بضرورة العمل مع المدين المضرور على تخطي المشكلات التي تواجهه في أثناء التنفيذ من خلال الالتزام بتخفيف الضرر، حيث نصّ على أنّه: "نظراً لكون كل محكمة مدعوة للفصل في نزاع إلى الأخذ في الحسبان إمكانية تخفيف الضرر، حيث غالباً ما يحاول الطرف المتضرر إلقاء كامل مسؤولية الضرر

(1) P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit, p 452.

الذي تعرّض له على عاتق المتعاقد الآخر، رغم أنه بإمكانه التخفيف منه، وذلك بالاستجابة السريعة من دون تأخير عندما يصل إلى علمه تضرّر هذا الطرف المتضرر^(١)."

مما سبق يمكننا القول إنّه في حالة تغيّر الظروف بحيث جعلت التزام المدين مرهقاً بصورة فادحة، فإنه لا يُعفى الدائن من المسؤولية إذا ما رفض إجراء تعديلاتٍ ولو طفيفة على العقد، من شأنها أن تُخفف الضرر الذي يصيب المدين، وإن كانت لا تتوافق في هذه الظروف الشروط المعتادة لعملية إعادة التفاوض، فضلاً عن أنّ قيامه بعملية تخفيف الضرر عن المدين تتسجم كلياً مع مبدأ حسن النية.

ب _ في حالة سوء تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض:

تتمثّل قيمة دراسة سلوك المتعاقدين في أثناء عملية إعادة التفاوض من خلال كون الالتزام بإعادة التفاوض كقاعدة عامة التزاماً ببذل عناية، هنا يوجب على هيئة التحكيم فحص مدى الجدية في العمل على إنجاح هذه العملية وصولاً إلى تعديل العقد، ذلك أنه يجب أن يتواءم سلوك المتعاقدين خلال هذه المرحلة مع مبادئ حسن النية والتعاون والتضامن^(٢).

وهو ما أكّد عليه قضاء التحكيم التجاري الدولي من خلال ما أكّدته غرفة التجارة الدولية في قرارها رقم (٢٥٠٨) لعام ١٩٧٦، حيث قضت فيه هيئة التحكيم بعدم إنقاص قيمة التعويض الذي وجب دفعه من قبل المدعى عليها،

(^١) V. Sentence ICC N° 2404 , 1975, Rec. sent. arb , ICC1974 _ 1986, p 281.

(^٢) P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit, p 453.

نظراً لأنها لم تلتزم بإنجاح عملية إعادة التفاوض من خلال طلبها لأسعار أعلى من السعر العالمي، حيث جاء في متن القرار^(١) : " لكن بالأخص من غير المعقول أن الشركة (و).... في ظلّ الظروف الاقتصادية اقترحت على (ي) تعديل العقد من خلال طلب أسعار أعلى من الأسعار العالمية، رغم أن طلب (و) انسجاماً مع مبدأ حسن النية يجب ألا يكتفي بما هو معقول وحسب، بل مع ما هو شديد الضرورة لئلا يجعل تنفيذ العقد غير عادل.... فليس ضرورياً أن يكون مقدار التعويض مماثلاً لقيمة الضرر، لكنه يمكن أن يكون أقل وفقاً للظروف ولجسامة الخطأ، واستناداً لذلك فإنه وإن كان من المقبول وفقاً للظروف مطالبة (و) بالزيادة في السعر التعاقدية، لكن من غير المقبول محاولتها الحصول على أسعار تقارب الأسعار العالمية، وهو ما أدى إلى فسخ العقد أي أنّ سلوك (و) لا يبرّر إنقاص التعويض".

ج - في حالة فشل عملية إعادة التفاوض:

سبق وأن أشرنا في هذه الدراسة إلى احتمالية عدم وصول عملية إعادة التفاوض إلى اتفاقٍ يقضي بتعديل العقد، بالنظر إلى أنّ الالتزام بإعادة التفاوض كقاعدة عامة هو التزامٌ ببذل عناية، حيث تفترض هذه الحالة عدم نجاح عملية إعادة التفاوض رغم سعي المتعاقدين إلى نجاحها، هنا فإنه وبالرغم من تضرر المدين إلا أنّه لا بدّ كذلك من أن يتضرر الدائن أيضاً، بالنظر إلى كون العقود الإدارية الدولية تقوم على المصالح المتبادلة والمعقّدة

(١) V. Sentence ICC N° 2508 , 1975, Rec. sent. arb , ICC1974 _ 1986, p 294.

والمتشابكة في آنٍ معاً، هنا وفي مثل هذه الحالة فإننا لا نرى ما يمنع الدائن -بعد تأكّده من فشل عمليّة إعادة التفاوض- من البحث عن متعاقدين اقتصاديين آخرين، سعيّاً منه إلى تخفيف الضّرر إلى أقلّ قدرٍ ممكن^(١)، وهو ما يحقّق الفائدة لكلا الطّرفين ويخفّض بالتّالي قيمة التعويض الواجب دفعه على المدين.

من خلال ما سبق يمكننا القول إنّ عمليّة إعادة التفاوض ترتكز في أساسها على مبدأ سلطان الإرادة، ما يعني التعامل بقدرٍ عالٍ من المسؤوليّة والاحترافيّة عند تحديد شروطها وظروف تفعيلها، لكن ذلك لا يغيّر بطبيعة الحال من حقيقة أنّ عمليّة إعادة التفاوض هي التزمّ ببذل عناية، غايته وصول أطراف العقد إلى اتفاقٍ لتعديله إذا ما استجدّت ظروفٌ جديدةٌ وتوفّرت شروط إعماله، وما يدفع أطراف العقد للوصول إلى هذه النتيجة هي مبادئ حسن النية والتعاون والتضامن، التي تلقى بظلالها على العقود الإداريّة الدوليّة، والتي فضلاً عن ذلك لها مضامين وآثار اقتصادية مهمّة في إطار هذه العقود الضخمة.

وبناءً عليه يمكننا القول إنّّه في حال ارتكاب أيّ متعاقّدٍ لمخالفةٍ لضرورات إنجاح عمليّة إعادة التفاوض يعدّ سلوكاً غير مقبولٍ يحمله المسؤوليّة عن ذلك، ويقتضي بالتالي فرض التنفيذ العيني متى أمكن، فإن لم يكن بالإمكان ذلك يتمّ اللجوء إلى خيار التعويض عن الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض.

(١) P.ACCAUI-LORFING, Op.Cit, p 455.

بعد هذه الدراسة لآثار الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض، لا بدّ لنا من دراسة مدى امكانية تطبيق نظام إعادة التفاوض في النّظم القانونيّة الداخليّة، ومدى قابليته لذلك، والظروف الواجب توفّرها في هذه النظم لتفعيل هذه الوسيلة المهمّة من وسائل تسوية منازعات العقود الإداريّة الدوليّة.

المطلب الثاني

نحو تبني فكرة إعادة التفاوض في التشريعات الداخلية

تطرح فاعلية وعملية استخدام شرط إعادة التفاوض كآلية لتسوية منازعات العقود الإدارية الدولية في المعاهدات والاتفاقيات الدولية، فكرة قابلية استخدام هذا الأسلوب الفعال كوسيلة أساسية لتسوية منازعات العقود الإدارية على الصعيد الداخلي، خاصة مع الانفتاح الاقتصادي الذي تشهده معظم اقتصادات دول العالم على بعضها البعض، والتسابق فيما بينها على استخدام الأساليب الجاذبة للاستثمارات.

الفرع الأول

معوّقات تبني فكرة إعادة التفاوض

إنّ تبني فكرة إعادة التفاوض في النظم القانونية الداخلية لا بدّ وأن يواجه مجموعة من الصعوبات والتحديات، والتي تنتج من التباينات المترتبة على اختلاف النظم القانونية الدولية عن النظم القانونية الداخلية، وهو ما سنوضحه في هذا الفرع بشيء من التفصيل.

أولاً _ تفاوت التشريعات الداخليّة في تنظيم مشكلة تغيّر ظروف تنفيذ العقد: إنّ من أبرز الصّعوبات التي تواجه إمكانية تبني فكرة إعادة التفاوض داخلياً، هي اختلاف تعامل النظم القانونيّة الداخليّة المختلفة مع مشكلة تغيّر ظروف تنفيذ العقد، ويرجع ذلك بالطّبع إلى تباين الفلسفة القانونيّة التي يتبنّاها كلّ مشرّعٍ عمّا يتبنّاه غيره من المشرّعين.

١ _ في القانون المدنيّ الفرنسيّ:

إنّ الأساس الذي يقوم عليه القانون المدنيّ الفرنسيّ، يتمثّل في عدم أخذه بنظريّة للظروف الطّارئة كمبدأ يحكم العقود في ظلّ القانون المدنيّ الفرنسيّ، تكريساً لمبدأ سلطان الإرادة وقدسيّة العقد، وهو ما كرّسته أيضاً محكمة النقض الفرنسيّة في قرارها الشهير Canal de Craponne عام (١٨٧٦)، والذي ورد فيه "لا يجوز للمحاكم الأخذ في الحسبان الزّمن والظّروف لتعديل اتفاقات الأطراف، وذلك مهما بدا قرارهم عادلاً"^(١).

استناداً إلى ذلك يظهر عدم اعتراف القانون المدنيّ الفرنسيّ بنظريّة الظروف الطّارئة، ولا بمشكلة تغيّر ظروف تنفيذ العقد كقاعدة عامّة، حيث اكتفى ببعض الاستثناءات التشريعيّة البسيطة نظراً لظروف الحربين العالميتين الأولى والثّانية^(٢)، إضافةً إلى بعض الاستثناءات القضائيّة، ما أدّى لوجود تردّدٍ فقهيّ في قبول هذه النظريّة أو رفضها.

(١) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٢٨١.

(٢) جاك غستان، مرجع سابق، ص ٣٦٨.

من هنا يمكننا القول إنّ رفض التعديل القضائي للعقد يفسح للأطراف القدرة على تعديل العقد لأنه أداة للتوقع، وهو ما يتيح للأطراف المجال لإدراج شروط إعادة التفاوض في العقد، فضلاً عن شروط التعديل الأخرى، وذلك تبنيًا للمقولة الشهيرة للأستاذ Fouillée " ما يكون تعاقدياً يكون عادلاً"^(١)، ما يقتضي أنّه لامجال لإعادة التفاوض مالم يكن هناك شرط يقضي به.

لكن وفي الجانب الآخر فإنّه يمكننا القول إنّّه وبالنسبة إلى القانون الإداري الفرنسي، فقد اعترف بنظرية الظروف الطارئة، وأخذ بها منذ قرار مجلس الدولة الفرنسي الشهير Gaz de Bordeaux الصادر في عام ١٩١٦ الخاص بارتفاع أسعار الوقود، حيثُ يترتب على هذه النظرية أحد الآثار التالية ألا وهي: منح التعويض، أو إنهاء العقد، أو فرض مفاوضات جديدة تحت رقابة القاضي الإداري.

من خلال ما سبق يمكننا القول إنّ فكرة إعادة التفاوض في القانون المدني الفرنسي لا تجد لها تطبيقاً إلّا في حالة ورود شرط عقدي يقضي بها، كذلك فإنه يمكن تطبيقها في حالة العقد الإداري كأثر لإعمال نظرية الظروف الطارئة، إذا ما وجد القاضي الإداري توفّر شروط هذه النظرية، حيثُ تُباشَر هذه المفاوضات تحت رقيبته، ما يجعلها أكثر فاعليّة بالمقارنة مع تلك التي تُباشَر قبل اللجوء للقضاء الإداري.

(١) محمد حمدي اسماعيل ، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، بدون سنة نشر، ص ١١.

٢- في القانون الجزائري:

نصّ المشرّع الجزائري على نظرية الظروف الطارئة في نصّ المادة (١٠٧) ق م ج، والتي جاء فيها "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية، ولا يقتصر على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه وحسب، ويتطلب أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف بحسب طبيعة الالتزام، غير أنّه إن طرأت حوادث استثنائية عامّة لم يكن في الوسع توقّعها وترتّب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدّي وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين، بحيث يُهدّده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يردّ الالتزام إلى الحدّ المعقول ويقع باطلاً كلّ اتفاقٍ مخالف".

من هنا يمكننا القول إنّ هذه المادة تُمثّل خروجاً صريحاً عن مبدأ القوّة الملزمة للعقد^(١)، واستناداً إلى هذه المادة يمكننا القول إنّّه في حالة توقّر شروط نظرية الظروف الطارئة، من عموميّة الحدث وعدم توقّعه واستقلاله عن إرادة المتعاقدين، فضلاً عن وقوعه بعد إبرام العقد^(٢)، فإنّه يجوز للقاضي التدخل لإعادة التوازن للعقد، لكن بالمقابل فإنّ هذه السّلطة الجوّازية الممنوحة للقاضي، واستناداً إلى جانبٍ من الفقه قد تتعارض مع غاية المشرّع من تبني نظرية الظروف الطارئة، حيثُ جعل كلّ اتفاقٍ على مخالفتها باطلاً وهو ما يجعل القاضي ملزماً بتعديل أحكام العقد^(٣)، حيثُ تتعلّق أحكام هذه النّظرية

(١) علي فيلالي، الالتزامات النّظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، عام ٢٠٠٨، ص ٣٧١.

(٢) عبد الحكم فودة، آثار القوّة القاهرة على الأعمال القانونيّة، ط١، الاسكندرية، منشأة المعارف، عام ١٩٩٩، ص ٤٨ .

(٣) علي فيلالي، مرجع سابق، ٣٧٨ .

بالنظام العام، ما يُمنع معه أطراف العقد -سواءً أكان داخلياً أو خارجياً- إدخال شرط إعادة التفاوض، إن كان خاضعاً إلى أحكام القانون الجزائري.

ولكن وبالمقابل فقد أجاز المشرع الجزائري تعديل العقود الإدارية ممثلةً بالصّفقات العموميّة، وذلك من خلال الاتفاق المشترك بين أطراف هذه الصّفقات، حيث نصّت المادة (٦٤) (ف١) و(ف٢) من المرسوم الرئاسي (٢٣٦) لعام ٢٠١٠ على أنه ^(١): "يمكن أن يكون السّعر ثابتاً أو قابلاً للمراجعة، فعندما يكون السّعر قابلاً للمراجعة يجب أن تُحدّد الصّفقة صيغة أو صيغ مراجعته، وكذلك كميّات تطبيق هذه الصّيغة أو الصّيغ الخاصة بالمراجعة ضمن الشّروط المحدّدة في المواد من (٦٧) إلى (٧١) أدناه".

وكذلك نصّت المادّة (٦٥) من ذات المرسوم على أنه: "يمكن القول بتحيين الأسعار التي يُحدّد مبلغها طبقاً للمادة (٦٦) من هذا المرسوم، إذا كان يفصل بين التاريخ المُحدّد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشّروع في تنفيذ الخدمة، أجلٌ يفوق مدّة تحضير العرض زائد ثلاثة أشهر، وكذلك إذا تطلّبت الطّروف الاقتصاديّة ذلك. ويمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحيّن أسعار صفقة مبرمة حسب إجراء التّراضي عند انقضاء أجل صلاحية السّعر المنصوص عليه في التّعهد، والذي يفصل بين تاريخ توقيع المتعاقد على الصّفقة وتاريخ الشّروع في تقديم الخدمة".

(١) المرسوم الرئاسي رقم (٢٣٦) لعام ٢٠١٠ الجزائر، الصادر في (٧) تشرين الأول لعام ٢٠١٠ المتضمّن تنظيم الصّفقات العموميّة.

كذلك فقد نصّت المادة (٦٦) (ف ١) من ذات المرسوم على أنّه : "إذا ورد في الفقرة بندٌ ينصُّ على تحيين الأسعار، فإنّ تطبيق هذا البند يتوقّف على هذه الشّروط: يمكن تحديد مبلغ التّحيين إمّا بطريقةٍ إجماليّةٍ وجزائيّةٍ وباتفاقٍ مشترك، أو بتطبيق صيغةٍ مراجعةٍ الأسعار إذا نصّت الصّفقة على ذلك".

من خلال ما سبق يمكننا القول إنّ المُشرّع الجَزائريّ قد أشار إلى إعادة التّفاوض في الصّفقات العموميّة من خلال عباراتٍ، كالاتفاق المشترك، وبند المراجعة، وذلك وفق شروطٍ محدّدةٍ أشار إليها المرسوم السّابق.

كما يمكننا القول بعدم إمكانيّة تطبيق فكرة إعادة التّفاوض في ظلّ الوضع الحاليّ لقواعد نظريّة الطّروف الطّارئة في القانون المدنيّ الجَزائري، ذلك أنّ هذه القواعد من النّظام العام التي لا يجوز مخالفتها، بخلاف قواعد القانون الإداريّ التي تسمح بذلك ضمن أطرٍ محدّدة.

ثانياً_ التّوجيه التّعاقدي كعائقي لفكرة إعادة التّفاوض:

إنّ من أبرز ما يواجه إمكانيّة تبني فكرة إعادة التّفاوض في التشريعات الدّاخلية لقانون العقود، هو ما تتسم به هذه التّشريعات من سمة التّوجيه التّعاقدي، حيث يظهر ذلك جليّاً في مختلف قوانين العقود في النّظم القانونيّة الدّاخلية. من هنا يمكننا القول إنّ فكرة إعادة التّفاوض تقوم على أساس ترك مواجهة تغيّر ظروف تنفيذ العقد إلى إرادة الأطراف، وذلك عن طريق التّفاوض بشأن الظروف المستجدة، أي أنّ أساس عمليّة إعادة التّفاوض هو إرادة الأطراف بهذا الخصوص، ومن المعروف أنّ التشريعات الدّاخلية تعمل على

تقييد حرية أطراف العقد في هذا الإطار، وفي أحسن الأحوال تقرّ هذه التشريعات ما أقرته إرادة الأطراف بهذا الخصوص، أي شرط إعادة التفاوض.

ومن المفيد التذكير في هذا الشأن أنّ موقف التشريعات الداخلية في هذا الإطار كان نتاج تطوّر نظرتها إلى مبدأ سلطان الإرادة من الإطلاق إلى التقييد، ذلك أنّ إطلاق مبدأ سلطان الإرادة أوجبه دواعي استقرار المعاملات^(١) استناداً إلى عوامل فلسفيّة واجتماعية مستمدّة من المذهب الفردي^(٢)، ولم تقف قداسة هذا المبدأ عند عاقيه وحسب، لكنها امتدّت إلى كلّ من المشرّع والقاضي^(٣).

لكن وفي المقابل فإنّ تطوّر الحياة الاقتصادية والتكنولوجيّة قد وسّع في حقيقة الأمر من الهوة بين المساواة القانونيّة والمساواة الفعلية لأطراف العقد، وهذه المساواة هي التي بُني عليها مبدأ سلطان الإرادة، على افتراض تقارب هذين النوعين من المساواة، ما دفع بالتشريعات إلى التضييق أكثر فأكثر من مبدأ سلطان الإرادة، تاركةً الحرية للمشرّع والقاضي إلى التدخل في العديد من الأحيان على حساب الإرادة العقدية، وذلك حمايةً لأحد المتعاقدين أو لمصالح إحدى الإرادتين^(٤)، ذلك أنّه يتصوّر أن يتمنّع أحد المتعاقدين بنفوذ

(١) عبد القادر علاق، مرجع سابق، ص ٢٧.

(٢) جاك غستان، مرجع سابق ص ٤٨.

(٣) عبد القادر علاق، مرجع سابق، ص ١٤.

(٤) محمد ابراهيم سليم، التسلّط الاقتصادي وأثره على التوازن العقديّ، ط ١، دار المطبوعات الجامعيّة، الاسكندريّة، عام ٢٠٠٧.

اقتصاديّ يقويّ مركزه نتيجة الاحتكار أو نتيجة تركيز المشروعات الاقتصادية^(١) على سبيل المثال.

ومن أبرز مظاهر تقييد حرية الأطراف في إطار قانون العقود هو نظرية الظروف الطارئة، وما يقابلها في النظم القانونية المختلفة. وفي حقيقة الأمر فقد أشار الفقه في إطار عقود التجارة الدولية إلى مسألة ارتباط فكرة إعادة التفاوض بالشروط التعسفية، حيث عبّر الأستاذ FONTAINE عن ذلك بقوله "قد تُدرج شروط إعادة التفاوض أيضاً حينما يكون هناك اختلال في القوى بين المتعاقدين، حيث إنّ الطرف الأكثر قوة يفرض إدراج مثل هذه الشروط بحيث يُحرّر بطريقة تخدمه وحده"^(٢)، لكن وفي المقابل، فإنّ هناك في قانون التجارة الدولية ما يحدّ من هذا الأثر السلبيّ، ذلك أنّ مقتضيات التعاون بين الأطراف لإنجاح المشروع أو البعد الاقتصاديّ للعقد تفرض استبعاد أيّ سلوكٍ مخالفٍ لمبدأ حسن النية، وذلك بسبب اندماج القيمة الخلقية للعقد بالقيمة الاقتصادية^(٣).

من خلال ما سبق يمكننا القول إنّ أعمال فكرة إعادة التفاوض في التشريعات الداخلية يواجه بعائقين اثنين: يتملّ الأول فيهما في وجود تقنيّات مزاحمةٍ تعالج مسألة تغيير ظروف تنفيذ العقد. أمّا الثاني فيتجسّد في التقييد

(١) أبو الحلو الحلو، النظام العام في مجال المنافسة والاستهلاك، مجلة دراسات قانونية، صادرة عن مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، عام ٢٠٠٥، ص ٤٠.

(٢) V. M. FONTAINE, International Contract Law, FEDUCI, p.49.

(٣) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٢٩٢.

الذي تفرضه التشريعات على مبدأ سلطان الإرادة، ذلك أنّ إعمال فكرة إعادة التفاوض من شأنه أن يؤدي إلى ترك الحرية إلى أطراف العقد في تجاوز المشكلات التي تواجه تنفيذ العقد.

لكن وفي المقابل فإنه يمكننا القول إنّ الواقع التعاقدّي اليوم بدأ يشهد بدايات تأسيس فكرة إعادة التفاوض في نطاق العقود، وذلك نتيجة عدّة عوامل، حيثُ أقرت بعض التشريعات تطبيقات تشريعية وأخرى قضائية، بالإضافة إلى التشجيع الواضح من الفقه على تبني هذه الفكرة الزائدة في إطار تسوية المنازعات العقدية.

ذلك أنّ الانفتاح الاقتصادي العالمي، وانتشار نظام العولمة القانونية كنتاج طبيعي للعولمة الاقتصادية، فضلاً عن السعي الدؤوب من الدول المختلفة إلى جذب الاستثمارات وإغراء الشركات الضخمة بالانطلاق بمشروعات اقتصادية عملاقة، يقتضي منها تبني الوسائل الحديثة لفض المنازعات القانونية العقدية والتي تتسم بمعظمها بالطابع الودي، وليس الطابع الحازم الذي تتصف به قوانين العقود في النظم القانونية الداخلية.

الفرع الثاني

بدايات التأسيس لفكرة إعادة التفاوض

على الرغم من الصعوبات التي تواجه أعمال فكرة إعادة التفاوض في إطار التشريعات الداخلية، لكن هذا لم يمنع بعض التشريعات من التأثير بها وإدخالها ضمنها، فضلاً عن أنه تشهد الأحكام القضائية أيضاً إقراراً بهذه التقنية من دون غيرها لمعالجة مشكلة تغيير ظروف تنفيذ العقد، ويرجع هذا السلوك نظراً لما تحمله هذه الفكرة من ميزات وخصائص رائدة يُعتدُّ بها.

أولاً _ البعد الاقتصادي لفكرة إعادة التفاوض:

من أبرز المزايا والخصائص التي قد تدفعنا لتبني فكرة إعادة التفاوض كوسيلة لتسوية المنازعات العقدية هو اعتماد أسلوب التحليل الاقتصادي للعقد^(١) كآلية للمفاضلة بين هذه الفكرة وغيرها من النظريات الموجودة في القوانين الداخلية بخصوص تغيير ظروف تنفيذ العقد، ذلك أن التفاوض في هذه المرحلة يعدّ من صميم إدراج العنصر الاقتصادي في القواعد القانونية^(٢)،

(١) إن التحليل الاقتصادي للقاعدة القانونية يُمثل مدرسة قائمة بذاتها في النظام الأنكلوسكسوني، بحيث تهتم هذه المدرسة بتحقيق أكبر فاعلية ومردودية اقتصادية للقاعدة القانونية، انظر في ذلك: معتصم بالله الغرياني، دور القاعدة القانونية في ضوء مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون، مجلة دراسات قانونية، ع ٤، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠٠٧، ص ١ وما بعدها.

(٢) A.BENECHENEB , The penetration of the economy into the contractual relationship some observations. RASJP, N 1992. P83.

حيث إنّه إذا ما كانت معالجة مشكلة تغيير ظروف تنفيذ العقد تتمثل قيمةً خلقيةً، تشترك فيها جميع النظريات القانونية، ولكنها تتعارض في الوقت ذاته مع مبدأ الأمن الاقتصادي للعقد، ممثلاً بمبدأ القوة الملزمة له، إلّا أنّ اعتماد مبدأ التحليل الاقتصادي لا يتعارض مع هذه القيمة الخلقية، ولا مع مبدأ الأمن القانوني للعقد، ما يدفعنا للقول إنّ مبدأ قدسيّة العقد أضحيّ يمثل مشكلةً، نظراً لكون العقود تبرم في مناخ اقتصادي واجتماعي غير مستقر^(١).

من هنا يمكننا القول إنّ عملية إعادة التفاوض تعدّ من أكثر التقنيات فاعليةً في إطار معالجة مشكلة تغيير ظروف تنفيذ العقد، حيث إنّها تفسح المجال لأطراف العقد بأنفسهم للحفاظ على استمرارية العقد، كونهم الأحرص والأعلم بالقيمة الاقتصادية له، ذلك أنّ القيمة الاقتصادية للعقد تفرض عليهم التعاون لتجاوز آثار هذه المشكلة، إذن نستطيع القول إنّ عملية إعادة التفاوض هي السبيل الأفضل لمعالجة الآثار المترتبة على تغيير ظروف تنفيذ العقد، وخاصةً إذا ما قورنت هذه التقنية بدور القاضي في معالجة مشكلة تغيير ظروف تنفيذه ، حيث يمكننا القول إنّ سبب عدم كفاءة القاضي في أداء دوره في معالجة مشكلة تغيير ظروف تنفيذ العقد يرجع بصورة أساسية إلى نقطتين اثنتين، ألا وهما: أولاً: الدور الوظيفي للقضاء، حيث إنّ دور القضاء يتمثل بصورة أساسية في الفصل بالمنازعات القائمة بين الأفراد.

ثانياً: هي آلية تكوين القضاة وعلاقتها باقتصاد العقد، حيث إنّنا يمكننا القول إنّ من الناحية الشخصية مهما كانت طبيعة التكوين المقدم للقضاة إلّا أنه

(١) M.Almedia Prado , Looking at the draft rules relating to the theory of unforeseenness in Europe INCD. 2010 , p 868.

ومع تطوّر التحليل الاقتصاديّ للقانون، فليس للقضاء المقدرة على الانشغال بالاقتصاد، ذلك لأنّ الامكانيات الاقتصادية والمالية للقضاء في الوقت الزاهر ليست في مستوى القضايا المطروحة أمامهم، حيث إنّ وظيفة القضاء بطبيعة الحال هي إقرار العدالة وليس تحديد الخيارات الاستراتيجية، فلا يمكن للقاضي الانشغال في محكمته بالاقتصاد، فضلاً عن أن يكون خبيراً اقتصادياً^(١).

ويمكننا القول إنّ أفضل ما يمكن أن يقوم به القاضي في هذا الشأن هو عملية إشرافه على عملية إعادة التفاوض التي يمكن أن يفعلها الطرفان، في سبيل الوصول لحلٍ مقنعٍ عادلٍ مرضٍ للطرفين. من هنا وبناءً على ما سبق، نستطيع القول إنّّه ونظراً لاستبعاد دور القاضي في تعديل العقد، فإنّ من شأن ذلك أن يفسح المجال واسعاً لإعمال فكرة إعادة التفاوض كآليةٍ مثلى لمواجهة تغيير ظروف تنفيذ العقد، ذلك أنّ تطوّر الحياة الاقتصادية أدّى إلى تعقيدٍ في إبرام العقود والصفقات، ما يقتضي إماماً وخبرةً معرفيّةً وفنيّةً^(٢) في مجال هذه العقود، وهو ما يقتضي أن تواكب التقنيّات والقواعد القانونية هذا التطوّر الاقتصاديّ، وخصوصاً في إطار عولمة القانون، والتي فرضتها عولمة الاقتصاد^(٣)، إذ أخذت تنتقل تقنيّات قانونيّة ذات منشأ أنكلوساكسوني إلى باقي النظم القانونية، حيث يعدّ إعادة التفاوض أحدها كآثر لهذه الظاهرة، حيث فرض ذلك تماشي الأطر القانونية الداخلية مع تطوّر التقنيّات القانونية الدوليّة. واستناداً لذلك فإنّه يمكننا القول إنّ العالم اليوم يشهد سحناً للقواعد الداخلية من

(١) L.Thibierge , The contract against unexpected Economic , Paris , p 444.

(٢) Oppetit ,Economic development and legal development in Law and business life ,studies in memory of alain Sayag , litesc ,Paris,p71.

(٣)Oppetit , Op.Cit, p71.

قبل القواعد والممارسة الدوليّة، وذلك تكييفاً للأنظمة الداخليّة مع متطلّبات الحياة الاقتصاديّة، الأمر الذي يُدلّل عليه ظهور تقنيّات دوليّة أو مشتركة كمبادئ ال Unidroit و مبادئ القانون الأوروبي للعقد، والتي تُمثّل حلقة وصلٍ في انتقال التقنيّات الدوليّة من مجال التّجارة الدوليّة إلى القوانين الداخليّة، والتي تُعدّ فكرة إعادة التفاوض إحدى ثمارها المميّزة.

لكن وبالمقابل فإنّه يمكننا القول إنّ عمليّة إعادة التفاوض لا يمكن أن تحصل بمنأى عن القاضي، حيثُ إنّ دوره يتمثّل في إطار هذه العمليّة- بصورةٍ أساسيّة في الإشراف، ومرافقة أطراف العقد لإنجاح العمليّة التفاوضيّة، فضلاً عن أنه يضطلع بدورٍ آخر في حال فشل العمليّة التفاوضيّة يتمثّل في التّقريب بين وجهات نظر الأطراف. بمعنى أنّنا نستطيع القول إنّ دور القاضي في إطار عمليّة إعادة التفاوض ليس دوراً سلبياً بتاتاً؛ لأنّ سير عمليّة إعادة التفاوض قد يخضع إلى إرادة أحد الطّرفين المتعاقدين كنتيجةٍ للهيمنة الاقتصاديّة المُعبّر عنها بال Hold up في إطار مبادئ التّحليل الاقتصادي⁽¹⁾، وهنا يكمن دور القاضي في تخفيف أثر الاحتكار الاقتصادي، من خلال إشرافه على عمليّة إعادة التفاوض.

من هنا يمكن القول إنّ النّظام التعاقدي يميل لتجاوز الحدود بين ما هو داخليّ وما هو دوليّ في الإطار التّعاقدي، متّخذاً موقفاً وسطاً بين الأخذ المطلق بمبدأ سلطان الإرادة والتقييد المُشدّد لهذا المبدأ، إذ يسمح هذا النّظام للإرادة العقديّة -متمثّلةً بفكرة إعادة التفاوض- بترتيب المراكز العقديّة في

(¹) B,Deffains , For an Economic Theory of foreseeability in contract law , RTD.civ,2010, p723.

مختلف مراحل التّعاقد. وهذا ما عبّر عنه الأستاذ Mendoza بخصوص نظريّة الظروف الطّارئة في القوانين المقارنة، بقوله^(١): "إنّ القانون نتيجةً دوماً لتطوّر داخلي وكلّ بلد يُقرّ قواعد مختلفة، ولكن في حاضرتنا هذا حيث العولمة أقوى بكثيرٍ من ذي قبل، بحيثُ يمكننا أن نلاحظ أنّ هناك تناقضاً خلف الزّيادة الكبيرة في النّصوص القانونيّة يتمثّل في أنّ الأفراد وهم المطالبين بالقواعد القانونيّة، لكنّهم في ذات الوقت لا يريدونها أن تكون جدّ ملزمةً، بحيثُ يمكننا القول إنّنا أمام الانتقال من ظاهرة القانون المفروض إلى القانون المتفاوض بشأنه".

إذاً، ومن خلال كلّ ما سبق يمكننا القول إنّّه ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من إدراج شرطٍ لتعديل التزاماتهم العقديّة نتيجة الظروف الاقتصاديّة المستجدة، وهو ما يُسمّى بشرط إعادة التفاوض في العقود طويلة الأجل، بمعنى أنّه وفي ظلّ هذا الشرط يقع على عاتق المتعاقدين التّزام بالتفاوض بحسن نيةٍ لتعديل عقدهم، قبل أن يلجأ المدين إلى طلب تدخّل القاضي في حال فشل المفاوضات.

بناءً على ذلك نرى أن فكرة إعادة التفاوض تُجسّد اندماج الاقتصاد بالقانون، من خلال ما توفّره من سلاسةٍ في تجاوز آثار اختلال العقد بسبب تغيير ظروف تنفيذه، حيثُ إنّّه لا يجب النّظر إلى البعد الاقتصاديّ لفكرة إعادة التفاوض على أنّها تجاوز أو معارضة للمبادئ الأخلاقيّة التي تحكم مراحل تنفيذ العقد، كحسن النية و التعاون.

(١) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٢٩٩.

في ختام هذه الفقرة يمكن القول بطبيعة الحال إنّ فكرة إعادة التّفاوض تُجسّد بطبيعة الحال وبكلّ وضوح الميل إلى تجاوز الحدود التّعاقدية بين التّجارة الدوليّة والقوانين الداخليّة، والتي أخذ البعض في تبنيها.

ثانياً _ تطبيقات فكرة إعادة التفاوض:

استناداً إلى العوامل الاقتصادية التي أدّت لتنامي الاهتمام بفكرة إعادة التّفاوض، فقد عمدت بعض التشريعات إلى إدراج فكرة إعادة التّفاوض في قوانينها الحديثة أولاً، وقد سبقها لذلك القبول القضائي لهذه الفكرة في هذه التشريعات ثانياً.

١ _ التّطبيق التشريعي لفكرة إعادة التّفاوض:

تجد فكرة إعادة التّفاوض تطبيقها الأول في ظل التشريعات الداخليّة الحديثة في القانون المدني الفرنسيّ الحديث والمُقَرّر في عام ٢٠١٦، ويرجع سبق القانون الفرنسيّ في هذا المجال إلى كون أنّ هذا القانون لم يتضمّن أيّ تقنيّة مزاحمة لهذه الفكرة، ما جعله أكثر قبولا لها، خصوصاً مع بروز الحاجة إلى معالجة مشكلة تغيير ظروف تنفيذ العقد وتهذيب مبدأ القوّة الملزمة له، وهو ما عبّرت به الأستاذة Anne عن هذه الحاجة بقولها: "لقد حان الوقت لنظامنا القانونيّ أن يكون جاذباً للمستثمرين الأجانب، بحيث يجب على التأسيس

الجديد لقانوننا للالتزامات أن يندرج ضمن منطق استراتيجية منافسة لا أقل ولا أكثر، في الوقت الذي تُعدّ فيه عدّة مشروعات لقانون أوروبي للعقود^(١).

لكن مما يميّز هذا القانون المدني الفرنسي الجديد هو أنّه استبعد سلطة القاضي في الأمر بمفاوضاتٍ جديدةٍ، تاركاً له في حال فشل المفاوضات أن يتدخّل لتعديل أو إنهاء العقد، حيث نصّت المادة (١١٩٦) من هذا المشروع على أنّه "إذا صار تنفيذ العقد جدّ مرهقاً لأحد المتعاقدين بسبب تعيّر للظروف غير متوقّع عند إبرام العقد، ولم يقبل هذا المتعاقد تحمّل هذا الخطر، فيمكنه طلب إعادة التفاوض من المتعاقد الآخر مع استمراره في تنفيذ التزاماته التعاقدية، طيلة فترة إعادة التفاوض، وفي حال رفض أو فشل عملية إعادة التفاوض، فللأطراف وباتفاقٍ مشتركٍ طلب تدخّل القاضي لتعديل العقد، وفي حالة عدم الاتفاق، فلكلّ طرفٍ حقّ اللجوء للقاضي لطلب إنهاء العقد وفق الشروط والأجل الذي يحدّده".

إذاً، واستناداً إلى ما تقدّم يتّضح أنّ تبني التشريعات الوطنية ممثّلة في القانون المدني الفرنسي الحديث -والذي يعدّ من أكثر القوانين تقديساً والتزاماً بمبدأ القوة الملزمة للعقد- لفكرة إعادة التفاوض، يُدلّل على إمكانية أن تتبعه في ذلك تشريعاتٌ أخرى، وذلك في إطار تكييف النظم القانونية الداخلية مع قواعد التجارة الدولية لضمان قدرة أكثر تنافسية في جذب الاستثمارات الأجنبية.

(١) V.A.Outin-Adam , The revision of the contract for unforeseenness, in " Which contract for tomorrow " , GDR, No ,2010 , P71.

٢- التطبيق القضائي لفكرة إعادة التفاوض:

تجد فكرة إعادة التفاوض تطبيقها القضائي في ثلاثة أحكام للقضاء الفرنسي في العقد الأخير من القرن العشرين، وهذه الأحكام هي حكم الغرفة التجارية في ١٣ / ١١ / ١٩٩٢، وحكمها في ٢٤ / ١١ / ١٩٩٨، وحكم محكمة النقض الفرنسية في ١٦ / ٣ / ٢٠٠٤^(١)، حيثُ يرتبط الحكم الأول الصادر عن الغرفة التجارية في ١٣ / ١١ / ١٩٩٢ بإقرار المسؤولية على الشركة البترولية لعدم بحثها مع المتعاقد الآخر (المورّع) طرق الحفاظ على عقدهما من خلال الحفاظ على القدرة التنافسية للمورّع في السوق، وذلك بعد تعديل حكومي لأسعار بيع المواد البترولية، وهو ما منع المورّع من البيع بأسعارٍ تنافسية، بمعنى أن إقرار مسؤولية الشركة البترولية كان نتيجة عدم مباشرتها لإعادة التفاوض مع المتعاقد الآخر، وهو ما عدّ بنظر المحكمة إخلالاً بمبدأ حسن النية.

أما الحكم الثاني الصادر في ٢٤ / ١١ / ١٩٩٨، فقد أقرت فيه الغرفة التجارية مسؤولية شركة un mandant القانونية نتيجة عدم اتخاذها إجراءات ملموسة تسمح للمتعاقد الآخر (وكيلها التجاري) بعرض البضاعة بأسعارٍ تنافسية بعد المشكلات الاقتصادية التي تعرّض لها، ما يفهم معه عدم مباشرة هذا الموكل التفاوض مع وكيله التجاري.

لكن وفي المقابل يبقى أكثر القرارات أهمية على الصعيد القضائي، هو قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٦ / ٣ / ٢٠٠٤، والذي يرتبط

(١) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٣٠٦.

بعقدٍ ثلاثيّ لمدة عشر سنواتٍ بين بلدية Cluses وجمعية إقامة العمّال الشّباب (AFJT) ومؤسسة وجباتٍ باريسية (LRP)، والذي استناداً إليه تستثمر (LRP) محلاً كمطعمٍ مقابل بدلٍ إيجارٍ تدفعه لـ (AFJT) ورسم بلدية تدفعه لـ بلدية (Cluses)، لكنّها تقوم بفسخ العقد بصورةٍ انفراديّةٍ بسبب استحالة تنفيذ العقد اقتصادياً وفقاً لما احتجّت به، لكنّ محكمة النّقض الفرنسيّة قضت برفض الطّعن المقدّم من (LRP)، مؤيّدّة في ذلك لقرار محكمة الاستئناف الذي أدانها، وذلك على أساس أنّ (LRP) استندت على أنّ الاختلال المالي للعقد كان منذ إبرام العقد، وليس على أساس الرّفّض غير المبرّر للمتعاقدین معها لإعادة التّفاوض بشأن آليّات تعديل العقد مراعاةً لالتزامهم بالتفاوض والتّنفّيز بحسن نيّة^(١).

من هنا يمكننا القول إنّ أهميّة هذا القرار تتمثّل ليس فقط في اعترافه بأنّ رفض المتعاقد لإعادة التّفاوض يقيم مسؤوليّة القانونيّة، ولكن أيضاً من خلال تحديد نطاقه لإعادة التّفاوض بالأحداث غير المتوقّعة التي تحدث بعد إبرام العقد، والتي تؤدّي لتنفيذ مرهقٍ للعقد من جانب أحد أطرافه، وهو ما دعمته أيضاً محكمة النّقض الفرنسيّة في قرارها الصّادر في ٢٩ / ١٧ / ٢٠١٠.

من هنا يمكن القول إنّ القضاء الفرنسيّ قد سبق التعديل الحديث للقانون المدنيّ الفرنسيّ في الاعتراف بفكرة إعادة التّفاوض كوسيلةٍ لحلّ مشكلة تغيّر ظروف تنفيذ العقد مع اتّصالها بمبدأ النّضامن وحسن النّيّة، فضلاً عن أنّه قد

(١) د. هني عبد اللطيف، مرجع سابق ، ص ٣٠٧.

أخذ في التوسّع في تطبيق فكرة إعادة التّفاوض، بدايةً من الاعتراف بها وصولاً إلى تحديد نطاقها.

من خلال كلّ ما سبق نجد أنّ فكرة إعادة التّفاوض قد بدأت بالانتقال من المجال التّعاقدّي، عبر الممارسة العمليّة التّعاقدية إلى مجال التّخصيص القانوني الدّوليّ، وذلك كون إعادة التّفاوض قاعدةً من قواعد *lex mercatoria* حيث تضمّنتها مبادئ *Unidroit*، كما تضمّنتها مبادئ القانون الأوروبي للعقود.

هذا وتظهر مميّزات فكرة إعادة التّفاوض من خلال تجاوزها للحدود الفاصلة بين مختلف النّظم القانونيّة، فهي ذات منشيّ أنكلوسكسونيّ، ولكن مع ذلك فقد ساعدت العولمة الاقتصاديّة ومعها العولمة القانونيّة في انتشارها في باقي النّظم القانونيّة، حيث يظهر ذلك جلياً من خلال تبنيها في القانون المدنيّ الفرنسيّ الحديث المعدّل بما يتواءم مع التّطوّرات الاقتصاديّة الأخيرة، مما يُبيّن تلاشي الحدود الفاصلة بين النّظم القانونيّة من جهة، وتلاشي الحدود الفاصلة بين قواعد التّجارة الدّوليّة والنّظم القانونيّة الدّاخلية من جهةٍ أخرى.

خاتمة:

إننا وفي ختام هذا البحث المتواضع لا ندّعي أننا نطأ أرضاً بكرّاً لم تطأها قدمٌ من قبل، لكنّها لبنةٌ متواضعةٌ في سبيل دراسة هذه الوسيلة المهمة الحديثة من وسائل فض المنازعات العقديّة ومعالجتها، وهي دون شكٍّ مازالت تحتاج إلى المزيد من الدّراسة والمناقشة العلميّة الأكاديميّة الفقهيّة، حتّى تأخذ ملامحها الواضحة التي تدفع المُشرّع لتبنيها والأخذ بها.

حيثُ خالصنا في ختام هذا البحث إلى مجموعة من النتائج المستقاة منه، والتي تُعدّ عصارة هذا البحث، لنخرج بعد ذلك إلى مجموعة من التّوصيات، والتي نأمل أن تُؤخذ بعين الاعتبار من قبل المُشرّع العربيّ عموماً والسّوريّ خصوصاً.

النتائج:

١. إنّ النظام الاقتصاديّ العالميّ السّائد الآن يقوم على مجموعةٍ متشابكةٍ من المصالح المترابطة فيما بين الشّركات العابرة للقارات والدّول، وذلك لدرجةٍ بات فيها يكاد يكون من الصّعب الفصل التّام بين ما هو وطنيّ بامتياز وما هو أجنبيّ على الصّعيد الاقتصاديّ.

٢. إنّ العولمة الاقتصاديّة كان لا بدّ أن تتعكس على النظم القانونيّة العالميّة، فالعلاقة بين الاقتصاد والقانون علاقةٌ مترابطةٌ متداخلة، وكون النظام القانونيّ هو الإطار الذي يشكّل المجال الحيويّ للاقتصاد، فمن الطّبيعيّ أن

يساير القانون المرونة والسّعة الكبيرة التي يتطوّر فيها الاقتصاد في عالم اليوم، بحيثُ تتجلى هذه المسايرة بأدواتٍ قانونيّةٍ مرنةٍ وحديثةٍ.

٣. إنه وكما حصل تطوّر على صعيد مفهوم القوّة القاهرة في المجال القانوني من مفهومها التقليديّ مروراً بالمفهوم الحديث للقوّة القاهرة، من هنا ظهرت أداةً حديثةً ألا وهي شرط إعادة التفاوض، والتي تُعدّ من الأساليب الوديّة لتسوية منازعات العقود الإداريّة الدوليّة، خاصّةً مع الاتجاه الواضح على الصّعيد العالميّ لاتخاذ أساليب التسوية الوديّة مساراً لحل المنازعات العقديّة الضخمة.

٤. إنّ معظم دول العالم في الوقت الحاليّ على اختلاف مشاربها، تسعى جاهدةً إلى جذب الاستثمارات الأجنبيّة للإسهام في تطوّر اقتصاداتها الوطنيّة ونموّها، وهو ما يقتضي منها العمل على تأمين عناصر عمليّة الاستثمار كافة للشركات العابرة للقارات، ومن أهم هذه العناصر ولا شكّ أساليب فضّ المنازعات العقديّة التي قد تنشأ بين هذه الشركات وبين الدّول الوطنيّة الحاضنة للاستثمار.

٥. إنّ شرط إعادة التفاوض كوسيلةٍ تأخذ بها الدّول الوطنيّة لمعالجة مشكلات العقود الإداريّة الدوليّة التي تكون طرفاً فيها وتقوم على أراضيها، لهو دليل مصداقيّة وجديّة من هذه الدّول على الرّغبة الحقيقيّة في العمل على معالجة أيّ اختلالات في أثناء تنفيذ هذه العقود، وهو ما يُدلّل على رغبة صادقةٍ ونوايا حسنةٍ من جانب هذه الدّول تجاه المستثمرين الأجانب بوجود مناخ استثماريّ آمنٍ وحقيقيّ في هذه الدّول.

٦. إنَّ استخدام شرط إعادة التفاوض لحلّ النزاع العقديّ بين الدّولة والشركة الأجنبية وإعادة النّظر ببعض شروط العقد نتيجة ما استجدّ من مشكلاتٍ في أثناء التنفيذ بغية الوصول لحلّ حقيقيّ، من شأنه أن يُوفّر الكثير من الجهد والمال والوقت عنه فيما لو تمّ اللجوء مباشرةً إلى التحكيم أو للقضاء الوطنيّ، خاصّةً مع ما يجمع هذين الطّرفين من الرّغبة الصّادقة في الوصول بالعقد إلى برّ الأمان، لأنّ أيّاً منهما لا يرغب بكلّ تأكيدٍ في فشل هذا المشروع المشترك.

٧. إنّ الممارسات العقديّة لطالما قدّمت حلولاً قانونيّةً لمواجهة المشكلات التي تعترضها في أثناء تنفيذ هذه العقود ولطالما كانت حلولاً مرنةً منطقيّةً ذات فائدةٍ حقيقيّةٍ تنعكس على طرفي العقد، نظراً لكونها وليدة اتّفاقهما، وهو ما ينطبق بطبيعة الحال على شرط إعادة التفاوض، وهنا كانت الدّراسة الفقهية والمعالجة الفكرية لأسس هذه الحلول هي التي تُعبّد الطريق للمشرّع الوطني لتبنيها بعد مواعمتها مع ظروفه المحليّة والاستفادة من التّجارب المُشابهة.

التوصيات:

نتوجّه بهذه التوصيات للمشرّع العربيّ عامّةً والمشرّع السوريّ على وجه الخصوص، خاصّةً وأنّنا مُقبلون على مرحلة إعادة إعمارٍ تقتضي منا بكلّ تأكيدٍ تهيئة الظروف الملائمة للدول الصديقة وشركاتها للاستثمار في ربوع وطننا الغالي وإعادة إعمار ما دمرته يد الإرهاب. وأهم هذه التوصيات هي:

١. ضرورة النظر بقدر كبير من المرونة إلى أساليب إبرام عقود الجهات العامة مع الأطراف الأجنبية عند إنشاء مشروعات البنى التحتية، والابتعاد قدر المستطاع عن الصرامة الكبيرة المطبوعة بطابع القانون العام عند إبرام مثل هذه العقود، خاصةً وأننا دولٌ في طور النمو، لا يمكننا الاستفادة من التطور التكنولوجي الذي بحوزة الشركات الأجنبية، بعقليةٍ لا تراعي مصالح هذه الشركات ومتطلباتها.

٢. العمل على الاستفادة من التجارب العربية على هذا الصعيد في اتباع الأسلوب التفاوضي لمعالجة المنازعات العقدية الضخمة، والاستفادة من هذه الخبرات بشكلٍ كبير عن طريق العمل على استقدامها إلى بلدنا، حيث لا يمكن تجاهل التجربة الجزائرية المميزة على هذا الصعيد.

٣. ضرورة أن يلحظ مشرّعنا السوري وسيلة شرط إعادة التفاوض كوسيلة مهمة وفعالة لمعالجة المنازعات العقدية التي قد تنشأ بخصوص العقود الإدارية الدولية التي تكون الجمهورية العربية السورية طرفاً فيها، وذلك من خلال تعديل نظام العقود الموحد رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ وإضافتها إليه، من خلال وضع نموذج عام يمكن الاقتداء به، مع ضرورة الحفاظ على الخصوصية المطلوبة لكل حالة عقدية على حدة.

٤. إنّ هذه الوسيلة الجديدة لفض المنازعات العقدية هي وسيلة فعالة حديثة لا يفوتنا أنها تُطبّق على نطاقٍ ضيقٍ جداً ألا وهي العقود الإدارية الدولية على وجه التحديد، أي أنها قابلةٌ للتطبيق فقط على عقود ضخمة تمسّ مصالح السيادة الوطنية للجمهورية العربية السورية، وهو ما يقتضي تشكيل

لجنة تابعة لرئاسة مجلس الوزراء تضم نخبة من أساتذة القانون والاقتصاد فضلاً عن خبراء من الوزارات المعنية، يكون دورها متمثلاً في العمل على إعداد العقود الخاصة بهذه المشروعات الضخمة.

قائمة المراجع

• المراجع باللغة العربية:

أولاً: المؤلفات العامة:

١. د. جابر جاد نصّار، عقود البوت، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة،

عام ٢٠٠٠.

٢. جاك غستان، المطوّل في القانون المدني مفاعيل العقد وآثاره،

ترجمة منصور القاضي، ط(١)، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر

والتوزيع، بيروت لبنان، عام ٢٠٠٠.

٣. د. حسام الدين كامل الأهواني ، النظرية العامة للالتزامات ج(١)

مصادر الالتزام، ط(٢)، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام ١٩٩٥.

٤. د. عبد الحكم فودة، آثار القوّة القاهرة على الأعمال القانونية، ط(١)،

منشأة المعارف، الاسكندرية، عام ١٩٩٩.

٥. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التّحكيم في منازعات العقود الإداريّة

الدّاخليّة والدّوليّة، ط(١)، دراسة تحليليّة في ضوء أحكام مجلس

الدّولة، عام ٢٠٠٦.

٦. د. عبدالله طلبة، مبادئ القانون الإداري الجزء الثاني، ط(٦)، دمشق،

منشورات جامعة دمشق، عام ٢٠٠٧.

٧. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الالتزام

بوجه عام، ط(٣)، مصادر الالتزام، المجلد الأول، العقد، دار النهضة

العربية، القاهرة، عام ١٩٨١.

٨. د. عبد المنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، عام ٢٠٠٦.
٩. د. عصام الدين القسبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ١٩٩٣.
١٠. علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، عام ٢٠٠٨.
١١. محمد ابراهيم سليم، التسلط الاقتصادي وأثره على التوازن العقدي، ط(١)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، عام ٢٠٠٧.
١٢. د. محمد الحسين و د. مهند نوح، العقود الإدارية، ط (١)، دمشق، منشورات جامعة دمشق، عام ٢٠٠٥.
١٣. د. محمد حمدي اسماعيل، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، بدون سنة نشر.
١٤. د. محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
١٥. د. محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الأشغال الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط(١)، عام ٢٠٠٣.
١٦. د. محمد عزيز شكري، المدخل إلى القانون الدولي العام، جامعة دمشق، عام ١٩٩٥.
١٧. د. عصام انور سليم، خصائص البيع الدولي للبضائع، منشأة المعارف، الاسكندرية، عام ٢٠٠٤.

١٨. د. همام محمود زهران ، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، بدون طبعة، الاسكندرية، عام ٢٠٠٢.

ثانياً: المؤلفات المتخصصة

١. أسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض (دراسة في عقود التجارة الدولية)، ط(١)، منشورات جامعة بابل، عام ٢٠١٢.
٢. د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، عام ٢٠٠١.
٣. د. شريف محمد غنّام، أثر تغيّر الظروف في عقود التجارة الدولية، ط(١)، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، عام ٢٠٠٧.
٤. د. صالح بن بكر الطيّار، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مركز الدراسات العربي الأوروبي، عام ١٩٩٩.
٥. د. عبد المؤمن محمد ناجي، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده في عقود التجارة الدولية طويلة المدة، بلا دار نشر، عام ١٩٩٦.
٦. د. نجم الأحمد ، التّحكيم في العقود الإدارية الدّولية، ط(١)، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية ، عام ٢٠١٨.
٧. د. مراد محمود المواجدة، المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا، ط(١)، عمّان، دار الثقافة، عام ٢٠١٠.

ثالثاً: الرسائل العلمية:

١. د. حمزة أحمد حداد، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عام ١٩٧٥.

٢. د. حياة محمد محمد أبو النجا، الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة المنصورة ، عام ٢٠٠٤.
٣. د. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عام ١٩٨٨.
٤. د. السيد البدوي، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات التجارية، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة، عام ١٩٨٩.
٥. عبد القادر علاق، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أوبكر بلقايد، تلمسان الجزائر، عام ٢٠٠٧.
٦. د. عبد الوهاب بن سعد الرومي، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق _ جامعة القاهرة، عام ١٩٩٤.
٧. فاتن سيروان، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، بحث دبلوم، جامعة دمشق _ كلية الحقوق، عام ٢٠٠٥.
٨. د. هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، رسالة دكتوراه، تلمسان، جامعة أبي بكر بلقايد، عام ٢٠١٦.

رابعاً: المقالات العلمية:

١. أبو الحلو الحلو، النظام العام في مجال المنافسة والاستهلاك، مجلة دراسات قانونية، صادرة عن مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، عام ٢٠٠٥.
٢. د. جعفر المغربي، حالات وقف عقد العمل الواردة في القانون الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، العدد ٣٩، عام ٢٠٠٥.
٣. معتصم بالله الغرياني، دور القاعدة القانونية في ضوء مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون، مجلة دراسات قانونية، ع ٤، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، عام ٢٠٠٧.

خامساً: أعمال المؤتمرات:

١. د. حسام الدين كامل الأهواني، تقرير مقدّم إلى ندوة " الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية "، الجزء الخاص ب "المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية و مراحل إعداد العقد الدولي"، معهد قانون الأعمال الدولي، القاهرة (٢-٣) كانون الثاني عام ١٩٩٣.
٢. مُلتقى لمناقشة " كَيْفِيَّة التفاوض في عقد دولي طويل الأجل "، وذلك من خلال مناقشات عدة أساتذة لبنود عقد تموين مبرم لمدة ٥ سنوات بين JONSON و SONSMITH CHEMIE الخاص بتوريد حمض السلفريك.

سادساً: القوانين والاتفاقيات الدولية:

١. اتفاقية فيينا للأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع عام ٢٠١١.
٢. القانون السوري (٥١) الخاص بنظام العقود للجهات العامة لعام ٢٠٠٤.
٣. المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية Unidroit الترجمة العربية ٢٠١٤.
٤. المرسوم الرئاسي الجزائري رقم (٢٣٦) لعام ٢٠١٠، الصادر في ٧ تشرين الأول لعام ٢٠١٠ المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.
٥. مجموعة الأحكام الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس ICC للأعوام (١٩٦٩ ، ١٩٧١ ، ١٩٧٢ ، ١٩٧٦ ، ١٩٧٩ ، ١٩٨٢ ، ١٩٨٧ ، ١٩٨٩ ، ١٩٩٨)
٦. مجموعة القرارات الصادرة عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى للأعوام (١٩٨٣، ١٩٨٦).

سابعاً: المواقع الإلكترونية:

- ١ . موقع غرفة التجارة الدولية في باريس

www.iccwbo.org

المراجع باللغة الإنكليزية:

أولاً: الكتب:

- 1- A.BENECHENEB , **The penetration of the economy into the contractual relationship some observations.** RASJP, N 1992.
- 2- B,Deffains, **For an Economic Theory of foreseeability in contract law** , RTD.civ,2010.
- 3- Cabas (F) **the clause of hardship**, these, 3rd cycle, Montpellier ,1 , 1981.
- 4- Draetta (U), Lake (R.B) and Nada (V.P):"**Breach and adaptation of international contracts , an introduction to lex mercatoria** ", Butter worth legal publishers, USA,1992
- 5- Elmahi (H): **The hardship clause** ,Rev, economic legal research, University of Mansoura ,1994.
- 6- ICC 2003, **Force majeure clause, hardship clause**, Pub. ICC 2003.
- 7- Lambfre (I) , **The effect of changes in circumstances on long-term contracts** ,French report in contract law today ,Edited by Harris and Denis Tallon, 1989.
- 8- Leroy (D) **The major force in the international trade** , these , paris , 1992.
- 9- L.Thibierge , **The contract against unexpected Economic** , Paris.
- 10- MAYER (P) , **The principle of good faith before the arbitrators of international trade** , in mélanges Pierre Lalive ,1993.
- 11- M.Almedia Prado , **Looking at the draft rules relating to the theory of unforeseenness in Europe INC.** 2010.

- 12- M.Fontaine , **Unpredictability in long-term international contracts**, 1976.
- 13- M.Fontaine and F.Dely, **International contract law** , Bruylant , Brussels.
- 14- Morin (G) **The duty of cooperation in international contracts** ,Law and practice ,Dr. Pra.com. Int , 1980.
- 15- M.Trouchu , **The Intervention of the notion of time in successive international contracts in the internationalization of the law mixtures in honor**, Won Loussouarn , 1994.
- 16- M,TROCHU, **intervention on 'the problem of the long term', in 'how to negotiate a long-term contract'**.
- 17- Oppetit ,**Economic development and legal development in Law and business life** ,studies in memory of alain Sayag , litec ,Paris.
- 18- Oppetit ,**the adaptation of international contracts changing circumstances , The hardship clause** , J.D ,1974.
- 19- P.ACCAOU-LORFING, **The renegotiation of international contracts**, Thesis PhD, Paris, 2008.
- 20- PH,Khan **Lex mercatoria and the practice of international contracts in the international economic contract** , Bruylant pedon ,1975
- 21- Philippe (D) **Pacta sunt seservanda "and" rebus sic stantibus "in" the contribution of arbitration jurisprudence** , seminaire of 7 and 8 April 1986, I.C.C, paris ,1986.

- 22- P. VANOMMESLAGHE, **The clauses of force majeure and hardship in international contracts**, R.I.D.C, 1980.
- 23- R. ALACHKAR, **Hardship clause and amicable clause composition**, PhD thesis, Paris II, 2010
- 24- V.A.Outin-Adam , **The revision of the contract for unforeseenness , in " Which contract for tomorrow "** , GDR, No ,2010.
- 25- VOUIN, **Of unpredictability in private law relations**, these , Nancy , 1922.
- 26- V. P. KHAN, **Force majeure and long-term international contracts**, J.D.I, 1975.

ثانياً: قرارات التحكيم التجاري الدولي

- 1- Liamco Vs The Government of the Libyan Arab Republic , Decision of 12 April 1971 ,Rev. arb ,1980.
- 2- ICC No. 3344/1981, Rec.sen.arb, ICC 1974-1985.
- 3- Sentence ICC N° 2520, 1975, Rec. sent. arb , ICC 1974-1985.
- 4- V. Sentence ICC N° 2404 , 1975, Rec. sent. arb , ICC1974 _ 1986.
- 5- Sentence ICC N° 2508 , 1975, Rec. sent. arb , ICC1974 - 1986.
- 6- Sentence ICC, N° 2142, 1974, Rec. Arb.sen., de la ICC, 1974-1986, (version anglaise).
- 7- Sentence ICC N° 2763, Rec. Arb.sen., de la ICC, 1974-1986, version anglaise.

- 8- Sentence ICC N° 2763, Rec. Arb.sen., de la ICC, 1974-1986, version anglaise.
- 9- ICC No. 2216/1973, Rec. Arb.sen., ICC, 1974-1986.
- 10-ICC t No. 1990/1972 Rec. Arb.sen., ICC, 1974-1986.
- 11-Sentence CCI N° 5910, 1988, Rec. sent. arb , ICC 1986-1990.
- 12-Sentence ICC N° 2478, 1988, Rec. sent. arb , ICC.
- 13-Sentence ICC N° 5910 , 1988, Rec. sent. arb , ICC1986-1990

الفهرس

مقدمة	١
الفصل الأول : فكرة إعادة التفاوض وتغير ظروف تنفيذ العقد	١٥
المبحث الأول : العقود الإدارية الدولية المجال الحيوي	
لإعمال شرط إعادة التفاوض	١٦
المطلب الأول : مبررات استحداث فكرة إعادة التفاوض	١٨
الفرع الأول : طبيعة العقد الإداري الدولي	١٨
الفرع الثاني : أساس الالتزام بإعادة التفاوض في العقود الإدارية	
الدولية	٢٧
المطلب الثاني : تمييز فكرة إعادة التفاوض	٣٣
الفرع الأول : إعادة التفاوض والقوة القاهرة	٣٣
الفرع الثاني : فكرة إعادة التفاوض وباقي شروط تعديل العقد	٥٥
المبحث الثاني : الإطار التفاوضي	٦٨
المطلب الأول : شروط الالتزام بإعادة التفاوض وطبيعة الحدث المخل	
بتوازن العقد	٦٩
الفرع الأول : شروط تطبيق شرط إعادة التفاوض	٦٩
الفرع الثاني : درجة تأثير الحدث المبرر لإعمال شرط إعادة التفاوض	
(الاختلال) على توازن العقد	٨٧
المطلب الثاني : القواعد التي تحكم عملية إعادة التفاوض	٩٦

الفرع الأول : القواعد الشكليّة.....	٩٧
الفرع الثاني : مبدأ حُسن النّيّة في إعادة التّفاوض	١١١
الفصل الثاني : آثار فكرة إعادة التّفاوض ومكانتها.....	١٣٣
المبحث الأول : آثار إعمال فكرة إعادة التّفاوض	١٣٤
المطلب الأول : الالتزامات المترتبة على أطراف العقد في أثناء سير	
عملية إعادة التفاوض.....	١٣٥
الفرع الأول : الالتزام بالدّخول في المفاوضات.....	١٣٥
الفرع الثاني : الالتزام بمراعاة مبدأ حُسن النّيّة في عملية إعادة	
التّفاوض.....	١٤٣
الفرع الثالث : الالتزام بالإخطار لإعادة التفاوض في العقود الإداريّة	
الدّوليّة.....	١٤٨
الفرع الرابع : الالتزام بالتّعاون وتخفيف الضّرر	١٥٤
المطلب الثاني : وقف تنفيذ العقود الإداريّة الدّوليّة والنتائج النّاجمة في	
حال نجاح أو فشل عملية إعادة التّفاوض.....	١٥٩
الفرع الأول : وقف تنفيذ العقود الإداريّة الدّوليّة.....	١٦٠
الفرع الثاني : النتائج النّاجمة في حال نجاح عملية إعادة التفاوض أو	
فشلها.....	١٨١
المبحث الثاني : أثر الإخلال بالالتزام بإعادة التّفاوض	
وإمكانيّة تبني الشرط في التّشريعات الدّاخلية	١٩٥

المطلب الأول : الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض	١٩٦
الفرع الأول : مفهوم الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض	١٩٦
الفرع الثاني : جزاء عدم تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض	٢٠٩
المطلب الثاني : نحو تبني فكرة إعادة التفاوض في التشريعات الداخلية	٢٢٩
الفرع الأول : معوقات تبني فكرة إعادة التفاوض	٢٢٩
الفرع الثاني : بدايات التأسيس لفكرة إعادة التفاوض	٢٣٨
خاتمة:	٢٤٩
قائمة المراجع	٢٥٤