



جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مذكرة بعنوان:

شرط إعادة التفاوض كآلية لإعادة التوازن المالي في عقود الإستثمار

مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة ماستر أكاديمي في تخصص: قانون أعمال

إشراف الدكتور:

- بوعشة كمال

إعداد الطالبتين:

- حلیم غزلان

- قمريش مريم

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الهيئة المستخدمة	الصفة
توفيق مدار	أستاذ مساعد -أ-	الشاذلي بن جديد -الطارف	رئيسا
كمال بوعشة	أستاذ محاضر -ب-	الشاذلي بن جديد -الطارف	مشرفاً ومقرراً
بليدي دلال	أستاذ محاضر -أ-	الشاذلي بن جديد -الطارف	ممتحنا

السنة الجامعية: 2024/2023



جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مذكرة بعنوان:

شرط إعادة التفاوض كآلية لإعادة التوازن المالي في عقود الإستثمار

مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة ماستر أكاديمي في تخصص: قانون أعمال

إشراف الدكتور:

- كمال بوعشة

إعداد الطالبتين:

- حلیم غزلان

- قمريش مريم

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الهيئة المستخدمة	الصفة
توفيق مدار	أستاذ مساعد-أ-	الشاذلي بن جديد -الطارف	رئيسا
كمال بوعشة	أستاذ محاضر-ب-	الشاذلي بن جديد -الطارف	مشرفاً ومقرراً
بليدي دلال	أستاذ محاضر-أ-	الشاذلي بن جديد -الطارف	ممتحنا

السنة الجامعية: 2024/2023

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

République Algérienne Démocratique et Populaire

Minister de L'enseignement Supérieur

Et de La Recherche Scientifique

Université el tarf

Faculté de Droit et des Sciences Politiques

Département de Droit



جامعة الشاذلي بن جديد
UNIVERSITÉ CHADLI BENDJEDID

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

المرجع: القرار الوزاري رقم 1082 المؤرخ في 27 ديسمبر 2020 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية

أنا الممضي أدناه،

السيد (ة) : .. جليليم .. غزواني ..

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: .. 11.00.11.24.1.000.64.000.7 ..

الصادرة بتاريخ: .. 2022 .. 12 .. 31 ..

عن دائرة: .. الحقوق ..

المسجل بقسم: .. الحقوق ..

والمكلف بإنجاز مذكرة تخرج ماستر عنوانها:

..... لتسوية .. راجحة .. التصاريح .. بحسب لائحة .. للوجعادة .. البتوارق .. المسالي .. خبي ..

..... عقود .. الإستثمار ..

أصرح بشرفي أنني التزمت بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المنهجية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: 2024/06/16

امضاء المعني



المرجع: القرار الوزاري رقم 1082 المؤرخ في 27 ديسمبر 2020 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية

أنا الممضي أدناه،

السيد (ة) : ختمين يعني من يوم

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 11.000.12.41.0000.9.000.7

الصادرة بتاريخ: 2023-10-17

عن دائرة: المجلس البلدي

المسجل بقسم: الحقوق

والمكلف بإنجاز مذكرة تخرج ماستر عنوانها:

..... مشروط واعادة... البتة... بحسب... لإعداد... المتوازن... المسالي

..... فن... عترة... الاستقبال

أصرح بشرفي أنني التزمت بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المنهجية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: 2024/06/16

إمضاء المعني

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

A decorative floral element consisting of a central flower with several petals and a stem with leaves, positioned at the beginning of the calligraphic text.

قال الله تعالى:

"رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ

وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأُوذِ خَلَنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكِ الصَّالِحِينَ"

الآية 19 من سورة النمل

شكر و عرفان:

بسم الله الرحمن الرحيم

" إِذْ تَأْذِنُ رَبُّكُمْ لَعْنُ شُكْرِكُمْ لِأَزْدِنَاكُمْ "

الحمد لله الذي هدانا لهذا ما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله نحمد الله عزوجل ونشكره على أنه وفقنا لتثمين هذه الخطوة المميزة في مسيرتنا العلمية، بمذكرتنا هذه ثمرة الجهد والنجاح.

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات

قال رسول الله ﷺ: " من لم يشكر الناس لم يشكر الله، ومن أسدى إليكم معروفا فكافئوه، فإن لم تستطيعوا فادعوا له. "

وعملا بهذا الحديث وإعترافا بالجميل، نختص بأسمى عبارات الشكر والتقدير للدكتور **كمال بوعشة** لما قدمه لنا من جهد ونصح ومعرفة طيلة إنجاز هذا البحث فلولا الله ثم وجوده لما أحسنا بمتعة العمل وحلاوة البحث ولما وصلنا إلى ما وصلنا إليه، فله منا كل الشكر والتقدير.

الإهداء:

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله الذي ما نجحنا وماعلونا ولا تفوقنا إلا برضاه الحمد لله الذي ما اجتزنا دربا ولا تخطينا جهدا إلا بفضلته وإليه ينسب الفضل والكمال.

(وَأَخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنْ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّي الْعَالَمِينَ)

وبكل ما أتيت من مشاعر الحب أهدي بحت تخرجي، إلى الذي زين إسمي بأجمل الألقاب، من دعمني بلا حدود وأعطاني بلا مقابل، إلى من غرس في روحي مكارم الأخلاق، الذي كان له الفضل الأول بعد توفيق الله في بلوغي التعليم العالي (أبي الغالي حفظه الله).

إلى قدوتي الأولى، إلى بسمة الحياة وسر الوجود إلى من كان دعاؤها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي، إلى من تخلت عن أحلامها في سبيل تربيتنا وتعليمنا، إلى أختي وصديقتي ومعلمتي ودكتورتي الأولى (أمي حبيبتي حفظها الله)، ممتنة لأن الله إصطفاك من بين البشر أما لي.

إلى من وهبني الله نعمة وجودهم في حياتي، إلى الشموع التي تدير لي الطريق دوما، إلى ضلعي الثابت وأمان أيامي، إلى إخواني وأخواتي (راشد، عمار، زين الدين، ماجد الدين، يسرى، ألفة، نور).

إلى الروح الغالية تحت الثرى.. إلى القلب الحنون.. إلى الضحكة التي لا تنسى.. إلى الملامح التي لا تغيب من الببال (جدي يوسف رحمه الله).

إلى من إحتضنت إسمي في دعواتها ولا أجد أعظم منها لإهداء بحتي لها (جدي الغالية).

وإلى الصديقة الوفية رفيقة النجاح (مريم)، وكل عائلتي الكريمة كل بإسمه ومقامه.. إلى كل من يفرحهم نجاحي ولكل من كان عوننا وسندا لي في هذا الطريق.

إليهم جميعا أهدي ثمرة جهدي المتواضع.



إهداء:

فرحين بما أتاهم الله من فضله

ها أنا أخطي خطوات تخرجني بعد عناء طويل وطول السنين لطلما إنتظرت هذا اليوم لكي أرى الفخر و السعادة في عين أمي وأبي وها أنا اليوم وبكل فخر أهدي هذا النجاح إلى من شاب رأسه لتربيتنا إلى فخري في هذه الحياة إلى من كلله الله بالهبة والوقار إلى من علمني العطاء بدون إنتظار إلى من أحمل إسمه بكل إفتخار (أبي الغالي قمريش يوسف).

إلى مصدر الأمان الذي أستمد منه قوتي إلى نور عيني وحظي الجيد وفوزي وفخري، إلى من كانت الداعم الأول لتحقيق طموحي إلى من كانت يدي اليمنى في دراستي إلى من أبصرت بها طريق حياتي وإعتزازي بذاتي إليك يا غاليتي (أمي الحبيبة طوارف فاطمة الزهرة).

إلى من وهبني الله نعمة وجودهم في حياتي، إلى العقد المتين إلى من قضيت معهم أجمل أيام و عشت معهم أحلى الذكريات فكانوا أسعد الناس لنجاحي أخواتي (رندة، عبير، يسرى، هارون، حمزة، فتحي).

و إلى مصدر البسمة والفرح إلى كتايت البيت (قصي، جوري، سندس، أحمد).

إلى من كاتفنتي ونحن نشق الطريق معا نحو النجاح في مسيرتنا إلى رفيقة الدرب (حلیم غزلان).

وأخيرا أهدي هذا التخرج إلى كل من سهر وبذل ولو مقدار ذرة في سبيل وصولي إلى هنا وتبقى قائمتي مفتوحة.

أهديكم عملي الصغير المتواضع هذا وما توفيقني إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب.

مریم



قائمة المختصرات:

- 1- ج.ر: الجريدة الرسمية.
- 2- ج: جزء.
- 3- د.ب.ن: دون بلد نشر.
- 4- د.س.ن: دون سنة نشر.
- 5- ص ص: من الصفحة إلى الصفحة.
- 6- ص: صفحة.
- 7- ط: طبعة.
- 8- ع: عدد.
- 9- ف: فقرة.
- 10- ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.
- 11- مج: مجلد.

مقدمة

تعتبر عقود الإستثمار ذات أهمية كبيرة كونها من المفاهيم المتجددة، التي لها دور هام وفعال في التنمية الاقتصادية للدول، وتم العملية الإستثمارية بناء على عقد إستثمار تبرمه الدولة أو أحد الهيئات التابعة لها مع المستثمر الآخر، سواء كان أجنبيا أو محليا، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا وهذا يفسر عدم التوازن في المراكز القانونية للطرفين.

وكما هو معروف تعبر عقود الإستثمار عن توافق إرادتين في دول مختلفة تفصل بينهما مسافات كبيرة مما يجعل مدة تنفيذها أطول من مدة تنفيذ العقود الأخرى، وبالتالي فإنها عرضة لبعض الأحداث الطارئة والغير متوقعة التي تحدث خارج نطاق المتعاقدين، سواء بسبب الطبيعة أو الظروف الاقتصادية أو صدور القوانين وغيرها من الأحداث الفجائية.

وبناء على ذلك فإن تغير الظروف أثناء تنفيذ العقد سيؤثر بالضرورة على التنفيذ و يجعله مرهقا لأحد الأطراف، مما قد يتسبب في حدوث نزاع يهدد إستقرار العقد الإستثماري بشكل كامل، ونتيجة لذلك تحاول الأطراف المتنازعة وضع تركيزها التام على حل النزاع والخروج من حالة الخلاف في أقرب وقت ممكن وبأقل جهد وتكلفة، مع الحفاظ على السرية والتكتم لحماية سمعتهم، فيسعون لإستخدام أقصر الطرق لتحقيق ذلك إذ يتجنبون اللجوء إلى القضاء الذي على الرغم من ضمانه للسرية والكتمان، إلا أنه يتسم ببطء الإجراءات وتمديد مدة التقاضي وتطبيق قوانين صارمة عليهم الإلتزام بها، نفس الأمر بالنسبة للتحكيم الذي يقلل من إجراءات التقاضي ومدته، لكنه بات مكلفا ماليا مما يزيد في إرهاق الأطراف.

ومن أجل تجنب ذلك وتطبيقا للمبادئ المتعلقة بعقود الإستثمار والمتمثلة في مبدأ التعاون وتحقيقا لقواعد العدالة التي تشجع على الحفاظ على إستمرارية العقد والتوازن الاقتصادي بين الأطراف المتعاقدة، يقوم المتعاقدان باللجوء إلى وسائل أكثر ودية وذلك بإدراج مجموعة من الآليات الوقائية والتصحيحية الفعالة للتعامل مع التغيرات التي قد تحدث في العقد، ومن بين هذه الآليات شرط إعادة التفاوض والذي يعتبر من أهم الضمانات العقدية، التي تسمح للأطراف بالإلتقاء من جديد لمناقشة مصير عقدهم الذي إختل توازنه نتيجة للمعطيات التي أفرزتها تغير الظروف.

وبالإستناد إلى المعلومات المقدمة، يمكن الإستدلال على أن شرط إعادة التفاوض يعد وسيلة يلجأ إليها المتعاقدان في سياق عقود الإستثمار بهدف حماية أنفسهم من المتغيرات التي تؤدي إلى اضطراب التوازن في العقد، إذ أنه ينبثق من الاتفاق المتقن الذي يحضره الأطراف مسبقا، ويتقرر بمقتضاه إمكانية التفاوض في شروط العقد إذا ظهرت ظروف خارجية تعكر صفو العقد، ومن ثم يتجسد محتواه بأشكال متعددة في كل عقد، إذ يتنوع وفقا لاتفاق الأطراف، وطبيعة الظروف التي تحيط بإبرام العقد.

وبناء على ذلك تتجلى أهمية دراسة شرط إعادة التفاوض في كونه يتناول موضوعا ذا فائدة علمية وعملية، وتتبلور الأهمية العملية لموضوع شرط إعادة التفاوض في كونه مرتبطا بعقود تؤثر في إقتصاديات مختلف البلدان، وتتميز هذه العقود الإستثمارية بقيمتها المالية الهائلة التي تنفيذها من عدمه يؤثر على إقتصاديات الدول ومزانياتها الضخمة، ويبرز الدور الحيوي لإعادة التفاوض فيما يتعلق بهذه العقود من خلال خلق بيئة إستثمارية مناسبة، وذلك بسبب إرتباطه بفترة حاسمة في حياة العقد، وهي فترة التنفيذ بحيث يعطي هذا الشرط فرصة ملائمة لأطراف العقد الذي تلاشت مبادئه نتيجة تغير الظروف لإحيائه من جديد.

فيما تظهر القيمة العملية والقانونية للإلتزام بإعادة التفاوض في كونه أحد الإلتزامات الرئيسية في هذه العقود، كما تظهر أهميته من خلال إرتباطه بعقود تتزايد في عددها وتنوعها يوما بعد يوم، كما يعد شرط إعادة التفاوض ضمانا عقديا تبعث الثقة والإطمئنان لأطراف العقد، وأخيرا فإن الدراسة القانونية لهذا الإلتزام تثير العديد من المسائل والإشكالات القانونية وتسلط الضوء على الحلول المقترحة لها.

أما بخصوص أسباب الدراسة فإنها متعددة ومتنوعة بين أسباب شخصية وأسباب موضوعية:

واحدة من الأسباب الشخصية إهتمامنا بدراسة موضوع شرط إعادة التفاوض لإعادة التوازن في عقود الاستثمار هو إرتباطه المباشر بمجال قانون الأعمال، ورغبتنا في تسليط الضوء على العناصر الرئيسية التي تنظم مرحلة إعادة التفاوض على العقد، وكذلك محاولتنا لتوضيح بعض الجوانب القانونية المشوبة بالغموض نظرا لعدم وجود نصوص قانونية تنظم هذه الفترة الحساسة في معظم التشريعات.

أما عن الأسباب الموضوعية فتتجلى رغبتنا في تعزيز وإثراء المعرفة والتركيز على موضوع شرط إعادة التفاوض في ظل نقص النصوص القانونية المنظمة له، كونه يعتبر من المواضيع المستجدة نظراً لتزايد التغيرات التي تحدث في تنفيذ عقود الإستثمار وتفاقم إحتمال تأثيرها المباشر على إستقرار وتوازن هذه العقود، بالإضافة إلى ذلك تهدف هذه الدراسة الوقوف على الدور الفعال الذي يلعبه شرط إعادة التفاوض لحماية إستقرار عقود الإستثمار.

تتمحور أهداف هذه الدراسة حول إستكشاف وسيلة بديلة لتسوية النزاعات بين أطراف العقد في حال إختلال الإلتزامات العقدية في عقود الإستثمار، وتتمثل هذه الوسيلة في شرط إعادة التفاوض لإستعادة التوازن، ويتم ذلك من خلال التعريف بهذا الشرط كونه تقنية عقدية حديثة في مجال العقود، كذلك تهدف الدراسة أيضا إلى إبراز ضرورة إدراج المستثمرين لشرط إعادة التفاوض من خلال توضيح الدور الذي يلعبه هذا الشرط في تكوين وتنفيذ العقد والحفاظ على توازنه الاقتصادي، وأخيرا تهدف إلى إبراز الآثار القانونية التي تنتج عن تطبيق هذا الشرط.

تناول هذه الدراسة قضية عدم تنفيذ عقود الإستثمار بالشكل المتفق عليه بين الأطراف نتيجة لحصول أحداث غير متوقعة ومستقلة عن إرادة الأطراف، وهذا يؤدي بالضرورة إلى عرقلة مختلف أشكال التنمية، ونتيجة لذلك يلجأ الأطراف المتعاقدة إلى الإلتزام بشرط إعادة التفاوض الذي يتيح لهم فرصة لمناقشة شروط العقد الإستثماري بهدف تحقيق حالة من التوازن والإستقرار بينهم وتأسيسا على ما تقدم تحاول هذه الدراسة الإجابة على الإشكالية الآتية:

ما مدى فعالية إجراءات شرط إعادة التفاوض في تجنب النزاعات المحتملة التي قد تنشأ نتيجة لتغير الظروف في عقود الإستثمار ودورها في إستعادة التوازن الاقتصادي لهذه العقود؟

وينبثق من هذه الإشكالية الرئيسية جملة من التساؤلات الفرعية تحاول هذه الدراسة الإجابة عليها والتي يمكن تلخيصها في الآتي:

- ماهو شرط إعادة التفاوض وماهي الخصائص التي تميزه عن الأنظمة المشابهة له؟

- ماهي الشروط الواجب توافرها لإعمال شرط إعادة التفاوض؟

- كيف يمكن لشرط إعادة التفاوض أن يساهم في إستعادة التوازن في ظل وجود تغيرات تؤثر سلبا على عقد الإستثمار؟

- وماهي الآثار القانونية المترتبة على إعمال شرط إعادة التفاوض؟

وللإجابة على هذه الإشكالية تم الإعتماد بشكل أساسي على المنهج التحليلي و الوصفي، حيث تم توظيف المنهج التحليلي من خلال إستعراض الآراء الفقهية والقوانين الواردة بالدراسة، بالإضافة إلى عرض كافة الجزئيات المتعلقة بموضوع شرط إعادة التفاوض، كما تم إستخدام المنهج الوصفي في هذا البحث من خلال تضمين بعض التعاريف وتوضيح المفاهيم الأساسية المتعلقة بالموضوع، إضافة إلى ذلك إعتدنا في بعض جزئيات البحث على المنهج المقارن كلما تطلب منا الموضوع إجراء مقارنة بين القوانين الداخلية والدولية.

وللإحاطة بالبحث فقد إرتأينا إلى تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين وفق التصميم الآتي:

الفصل الأول: التنظيم القانوني لشرط إعادة التفاوض في عقود الإستثمار.

المبحث الأول: ماهية شرط إعادة التفاوض.

المبحث الثاني: القواعد الإجرائية التي تحكم شرط إعادة التفاوض.

الفصل الثاني: الآثار القانونية المترتبة على شرط إعادة التفاوض في عقود الإستثمار.

المبحث الأول: الإلتزام بمراجعة العقد.

المبحث الثاني: تنفيذ العقد خلال فترة إعادة التفاوض بين الإستمرار والتوقف.

الفصل الأول: التنظيم القانوني لشرط إعادة
التفاوض في عقود الاستثمار

تمتاز عقود الإستثمار بخاصية طول المدة، حيث يلعب عنصر الزمن دورا جوهريا في الفصل بين وقت إبرام العقد وتنفيذه، إلا أنه قد يحدث خلال تلك الفترة إضطراب في العلاقة التعاقدية وذلك بسبب وقوع حوادث طارئة أو إستثنائية لم تكن متوقعة، ومن شأنها التأثير سلبا على مصير العقد على نحو لا يسمح بالإستمرار في تنفيذه، إن هذا الواقع الجديد قد فرض إستحداث تقنية تضمن وقف تنفيذ العقد بصورة مؤقتة، والسماح لأطرافه من جديد بمراجعة ومناقشة بنود العقد للوصول إلى إتفاق مشترك.

تتمثل هذه التقنية في شرط إعادة التفاوض الذي يعتبر آلية قانونية تم إعتماها لمعالجة الإختلال الحاصل وتحقيق التوازن العقدي، وعليه تقتضي الدراسة ضبط الإطار المفاهيمي لهذا الشرط من خلال تعريفه وذكر خصائصه وأساسه القانوني بالإضافة إلى تمييزه عن غيره من الشروط التي تندرج ضمن العقود، وكذا التطرق لاختلال التوازن العقدي كسبب لاعادة التفاوض ومن ثم التطرق إلى تطبيقات هذا الشرط وذلك بإبراز الشروط والقواعد التي تحكمه، تبعا لذلك تم تقسيم الفصل الأول لمبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية شرط إعادة التفاوض.

المبحث الثاني: القواعد الإجرائية لشرط إعادة التفاوض.

المبحث الأول: ماهية شرط إعادة التفاوض

أتاح النظام القانوني في مجال عقود الإستثمار العديد من الآليات المختلفة القادرة على مواجهة كافة التغيرات والأحداث والتطورات غير المتوقعة المحيطة بالعقد، ومن بين هذه الآليات شرط إعادة التفاوض، الذي يعتبر وسيلة يلجأ إليها المتعاقدان في إطار العقود الدولية ويهدف إلى حمايتهم من المتغيرات الحاصلة التي قد تؤدي إلى إختلال التوازن العقدي بين الطرفين، ويعتبر هذا الشرط من أبرز الشروط وأكثرها أهمية، لذا سيتم التطرق في هذا المبحث إلى مفهوم شرط إعادة التفاوض كمطلب أول، وإختلال التوازن العقدي كسبب لإعادة التفاوض كمطلب ثان.

المطلب الأول: مفهوم شرط إعادة التفاوض في عقود الإستثمار

قبل الخوض في مفهوم شرط إعادة التفاوض، لابد من التطرق أولاً إلى مفهوم عقود الإستثمار التي تعتبر وسيلة قانونية لتنفيذ الدولة لخططها التنموية والاقتصادية، وتمتاز هذه العقود بأنها عقود زمنية كما تتسم بعدم التكافؤ بين الأطراف المتعاقدة، ومن ثم بيان مفهوم التفاوض الذي قد يسبق مرحلة التعاقد في الكثير من الأحيان حيث يلعب دوراً وقائياً بالنسبة للطرفين، سواء أسفر عن إبرام العقد أو عدم إبرامه، لذلك سيتم تقسيم هذا المطلب إلى:

الفرع الأول: تعريف عقد الإستثمار.

الفرع الثاني: تعريف شرط إعادة التفاوض.

الفرع الثالث: خصائص شرط إعادة التفاوض.

الفرع الرابع: التكييف القانوني لشرط إعادة التفاوض.

الفرع الأول: تعريف عقود الإستثمار

يتطلب تعريف عقود الإستثمار الوقوف بدءاً عند دلالة مصطلح " الإستثمار " ومن ثم تناول تعريف عقود الإستثمار.

أولاً: تعريف الإستثمار

1_التعريف اللغوي: الإستثمار من مادة (ثمر) وهو إخراج الثمر، فيقال أثمر الثمر أي ظهر ثمره، ويقال: ثمر ماله: أي كثر، والإستعمال هو إستخدام الأموال في الإنتاج، إما مباشرة بشراء الألات والمواد الأولية، وإما بطريق غير مباشر كإستثمار الأسهم و السندات.¹

2_التعريف الإصطلاحي: حسب بيار درني pierre derna " الإستثمار هو عبارة عن تلك المصاريف التي من خلالها نتحصل على أرباح"، وحسب بيار ماس pierre masse " الإستثمار يشير في نفس الوقت إلى عملية في حد ذاتها ونتيجة لهذه العملية فالإستثمار هو تلك الأموال التي تقبل المؤسسة دفعها حالياً مقابل أرباح مستقبلية محصل عنها من هذه الأموال " أما حسب كينز keymes " الإستثمار هو ارتفاع التجهيزات في رأس المال الثابت أو التداول".²

وعرفه الأستاذ عبد الله بوغابة في كتابه « analyse et évolution de projets » بأنه: "كل تضحية بالموارد التي يستخدمها في الحاضر، على أمل الحصول في المستقبل على فوائد أكيدة خلال فترة زمنية معينة، حيث أن العائد الكلي يكون أكبر من النفقات الأولية للإستثمار".

كما يعرف الإستثمار من المنظور المالي على أنه "الإستغناء عن الإستهلاك الآني الأكيد من أجل الحصول على إستهلاك مستقبلي أكيد " وقريباً من هذا المعنى تم تعريفه بأنه: التعامل بالأموال للحصول على أرباح، وذلك بالتخلي عنها في لحظة زمنية معينة ولفترة زمنية محددة بقصد الحصول

¹ شعبان عبد العاطي عطية وآخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، الإدارة العامة للمعجمات و إحياء التراث، ط4، مكتبة الشروق الدولية، 2004، ص100.

² نقلاً عن: دردية محمد أحمد، " الإستثمار قراءة في المفهوم والأنماط والمحددات "، دار أجد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2016، ص9.

على تدفقات مالية مستقبلية تعوض عن القيمة الحالية للأموال المستثمرة وتعوض عن عامل المخاطرة المرافقة للمستقبل.¹

أما بالنسبة للمنظور القانوني للإستثمار فقد إتصف بالتعددية نظرا لتعدد المصادر القانونية من مصادر دولية ووطنية، ونتيجة لذلك فقد ذهب جل فقهاء القانون للقول بأن الإستثمار هو: " تحريك لرؤوس الأموال من أي بلد بغير تنظيم مباشر، سواء أكانت أموالا قصيرة الأجل أم طويلة الأجل ويغلب عليها طابع الإستمرار، وتكون عادة مصحوبة بنسبة إعادة تحويل رأس المال مع عائدته إلى وطنه الأصلي".²

ثانيا: تعريف عقود الإستثمار

إن تعدد الآراء وإختلاف المضامين حول عقود الإستثمار، والخلط بينها وبين العقود الدولية الأخرى، حال دون التوصل إلى تعريف قانوني لها، فمعظم التعاريف التي قيلت حول عقود الإستثمار، اقتصادية أكثر منها قانونية، ويرجع الفقهاء مشكلة تعريف عقود الإستثمار إلى التشابك في الجوانب الاقتصادية، والسياسية والقانونية التي تفرض نفسها عند وضع هذا التعريف.³

وتقوم عقود الإستثمار كأى عقود أخرى على تطابق إرادتين لإحداث أثر قانوني معين كما تتميز هذه العقود بأهم ميزة وهي التفاوت في المراكز القانونية بالنسبة لأطرافها، أما بالنسبة لموضوعها عموما تنصب على التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة و الربح للمستثمر، وتعرف هذه العقود بأنها: عقود القيام بإستعمال الأموال في الإنتاج إما بطريقة مباشرة بشراء الآلات والموارد الأولية أو بطريقة

¹ - بودهان صالح، المرجع السابق، ص19.

² - كامل عبد الخلف العنكود، ممتاز عبد المطلب، " الإستثمار الأجنبي وضماناته في القانون العراقي والمقارن "، المجلة الأكاديمية العلمية العراقية، جامعة تكريت للحقوق، العراق، مج3، ع10، 2011، ص133.

³ - حيثم هبة، " عقود الإستثمار الدولية "، حوليات جامعة الجزائر1، كلية الحقوق سعيد حمدين جامعة الجزائر1، مج3، ع2، الجزائر، 2021، ص48.

غير مباشرة ك شراء الأسهم والسندات لأجل تحقيق ربح يتم توزيعه على الأطراف بحسب النسب المتفق عليها.¹

ثالثا - أنواع عقود الاستثمار

تتنوع نماذج عقود الإستثمار التي تبرمها الدولة مع المستثمر الأجنبي بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية، ومن أهم نماذج هذه العقود وأكثرها تداول مايلي:

1-عقود البحث والاستغلال البترولية: تعد هذه العقود بمثابة الأداة القانونية لإستغلال الثروات البترولية، لم تظهر إلى الوجود، إلا بعد إكتشاف البترول وتطور صناعته، وتنوع أشكالها على النحو الآتي: عقود الامتياز²، عقود المشاركة، عقود المقاول³.

2-عقود الأشغال العامة الدولية: كما يعرفها البعض " هي تلك العقود التي تبرم بين شخص معنوي عام ومقاول أجنبي، بهدف إنجاز أعمال من طبيعة عقارية، ووفقا لقواعد خاصة لإنتقال التكنولوجيا والأموال من دولة لأخرى، ويعد من أهم صور هذا النوع من العقود عقد البناء والتشغيل والنقل B.O.T .⁴

¹ - أريج خالد مُجد ، علي مُجد نخيل، "تدقيق عقود الإستثمار وانعكاسه على التنمية المستدامة (بحث تطبيقي في إحدى شركات المقاولات العامة)"، مجلة دراسات محاسبية ومالية، مج18، ع62، 2023، ص 15 .

² - عقود الإمتياز تمنح بمقتضاها الدولة المضيفة لشركة أجنبية حقا إستثماريا للبحث و التنقيب عن المواد البترولية في إقليمها، وإستغلال الناتج البترولي خلال مدة محددة مقابل مبالغ معينة. حيثم هبة، المرجع السابق، ص49.

³ - عقود المشاركة يقصد بها قيام الدولة المنتجة للنفط بالاشتراك بجزء من رأس مال الشركة التي تقوم بإستثمار البترول، فتصبح هذه الدولة مساهمة في الشركة ويكون لها ممارسة مهام ومسؤوليات الإدارة. وعقود المقاوله يتم بمقتضاها استعانة الدولة الممثلة في إحدى المؤسسات المشرفة على النقل بمقاول ممثل في شركة يتولى مسؤولية الكشف عن النفط وإعداده للإنتاج، على أن يتحمل كافة المصاريف ومسؤولية المخاطر التي تكثف هذه العمليات منذ بداية الإنتاج. حسام الدين محمود حسن، " شرط إعادة التفاوض كآلية لإعادة التوازن المالي في عقود الإستثمار " مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، ع82، 2022، ص88.

⁴ -عقود BOT هي تلك العقود التي تمنح من خلالها للمستثمر الأجنبي بترخيص لبناء أو تطوير أو تحديث مرفق إقتصادي عام، يتم تمويل المشروع على نفقة المستثمر الذي يمتلك أصول هذا المرفق، حيث يقوم بإستغلاله لحسابه الخاص طول مدة الترخيص على أن يتعهد بإعادة ملكية المشروع إلى الدولة أو أي جهاز آخر تابع لها. آيت معمر الطاهر، "الايطار القانوني لعقد الإستثمار ضمان الاستثمار الدولي"، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2020، ص28.

2- عقود التعاون الصناعي: تعتبر من أنواع عقود الإستثمار ولها دور أساسي في تحقيق التنمية، حيث لا تقوم إلا بتعاون صناعي قوي يربط بين الدول الصناعية الكبرى والدول النامية¹، وتتخذ عدة صور من أهمها عقود نقل التكنولوجيا²، عقود تسليم المفتاح، عقود المساعدة الفنية³.

الفرع الثاني: تعريف شرط إعادة التفاوض

يعتبر شرط إعادة التفاوض من أبرز الشروط وأكثرها أهمية والتي يتفق الأطراف على إدراجها في العقد أثناء إبرامه، لذلك سنقوم بالتطرق إلى مفهوم التفاوض أولاً ومن ثمة التطرق إلى مفهوم شرط إعادة التفاوض في العقود الدولية سواء من الجانب الفقهي أو وفقاً لما إستقر عليه الواقع العملي من خلال الأحكام القضائية والإتفاقيات الدولية، وكذلك سنتطرق إلى الفرق بين شرط إعادة التفاوض و شروط التعديل التلقائي للعقد، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: تعريف التفاوض

يظهر التفاوض بصورة خاصة في العقود التجارية أو الصناعية التي يستلزم تنفيذها مدة زمنية طويلة، فيبدأ التفاوض بسعي من أحد الطرفين إلى الآخر بحثاً عن فرصة إلى التعاقد كما يعتبر وسيلة فعالة لإعادة التوازن العقدي في حال تغير الظروف، وللحديث عن التفاوض لا بد من الوقوف على معناه اللغوي والاصطلاحي.

¹- حيتم هبة، المرجع السابق، ص 50.

²- عقود نقل التكنولوجيا وهي العقود الذي يلتزم بمقتضاه الطرف الأجنبي بإنجاز مشروع صناعي وتجهيزه، ليتم تسليمه إلى الدولة المتعاقدة وهو قابل للتشغيل حيث يتحمل الطرف الأجنبي عدم مطابقة المشروع للمواصفات المتضمنة في العقد. حسام الدين محمود حسن، المرجع السابق، ص 89.

³- عقود تسليم المفتاح وهي العقد الذي يلتزم بمقتضاه الطرف الأجنبي بإنجاز مشروع صناعي وتجهيزه، ليتم تسليمه إلى الدولة المتعاقدة وهو قابل للتشغيل حيث يتحمل الطرف الأجنبي عدم مطابقة المشروع للمواصفات المتضمنة في العقد، وعقود المساعدة الفنية هي عقود يلتزم بمقتضاها مورد التكنولوجيا بالإضافة إلى نقل المعرفة الفنية بتقديم المساعدة الإيجابية والخدمات الضرورية وذلك للأخذ بيد المتلقي لها. آيت معمر الطاهر، المرجع السابق، ص ص 26، 27.

1: المعنى اللغوي للتفاوض

إن معنى المفاوضة في اللغة العربية هي المساواة والمشاركة، وفأوضه في أمره أي جراه، وتفاوضوا الحديث: أخذوا فيه، وتفاوض القوم في الأمر أي فأوض فيه بعضهم بعضا، وفي حديث معاوية قال لدغفل بن حنظلة: بم ضببت ما أرى؟ قال: بمفاوضة العلماء، قال: ومامفاوضة العلماء؟ قال: كنت إذا لقيت عالما أخذت ما عنده وأعطيته ما عندي.¹

أما في اللغة الفرنسية فإن كلمة التفاوض تحمل معنيين، الأول هو التجارة، أي عملية الشراء والبيع، لقيمة منقولة، أو عملية تداول الأوراق التجارية، والثاني هو التفاوض، أي العملية التي تتضمن سلسلة من المحادثات وتبادل وجهات النظر، وبذل العديد من المساعي من الطرفين بهدف التوصل إلى إتفاق بشأن صفقة معينة.²

2: المعنى الإصطلاحي للتفاوض

عرف الفقه التفاوض بأنه: عبارة عن إتصال شفوي يتم بين طرفين أو أكثر بهدف الوصول إلى إتفاق مشترك بينهما، كما أنه الحوار والمناقشة التي تجري بين متعاقدين احتماليين بهدف إيجاد توافق الإرادتين إتجاه الحقوق والواجبات والإلتزامات التي يرتبها العقد والتي تمثل محل العقد لذا فإنه من الضروري إيجاد حالة من الرضا بين المتفاوضين من أجل تحقيق مشترك للأهداف التي تجري من أجلها المفاوضات.³

وعرف أيضا بأنه: " قيام أطراف العلاقة العقدية المستقبلية بتبادل الإقتراحات والمساومات والدراسات والتقارير الفنية والإستشارات القانونية و مناقشة الإقتراحات التي يضعها سويا أو

¹ - ابي الفضل جمال الدين مجد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، "لسان العرب"، نشر ادب الحوزة، دط، م7، ايران، 1405، ص210.

² - علي أحمد صالح، "المفاوضات في العقود التجارية الدولية، أطروحة دكتوراه"، تخصص القانون الدولي العام، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2012، ص ص 47-48.

³ - وعود كاتب الأنباري، "المفاوضات العقدية عبر الأنترنت"، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون جامعة كربلاء مج1، ع2، 2009، ص200.

ينفرد أحدهما ليكون كل منهما على بينة مما يقدمان عليه وللوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحهما، وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق بينهما من حقوق والتزامات لهما.¹

أما التفاوض في عقود التجارة الدولية فهو: "مناقشة مشتركة لعناصر عقد مقترح تهدف إلى الوصول لصيغة معينة أو تصور مشترك مقبول بين الطرفين" أو هو إتفاق يجري بين طرفين أو أكثر ممن يملكون الخبرة في لقاءات مباشرة أو غير مباشرة وإستخدام شتى أساليب التفاوض للوصول إلى إتفاق أو حل لمشكلة تجارية كانت أو قانونية وإتخاذ الخطوات المشتركة لإجراء المفاوضات اللاحقة على إبرام العقد للتغلب على العقبات التي تعيق تنفيذه.²

من خلال هذه التعاريف، نجد أن التفاوض عملية تواصلية تمهد للتعاقد النهائي، وتتطلب طرفين على الأقل، يتولىان التوفيق بين مصالحهما المتعارضة بغية الوصول إلى إبرام العقد المنشود.³

ثانيا: تعريف شرط إعادة التفاوض

1 - التعريف الفقهي لشرط إعادة التفاوض

إختلف الفقهاء في تسمية شرط إعادة التفاوض، إذ يطلق عليه البعض شرط المشقة " clause de hardship" ، بينما يفضل آخرون تسميته بشرط التسوية الودية " clause d'arrangement amiable" ، أو شرط الحماية " clause de sauvegarde" ، أو شرط الاستقرار " clause de stabilisation".⁴

¹ - نصر الله صادق، مُجدي بدر الدين، "مرحلة التفاوض وأثرها في تحقيق الأمن التعاقد في عقود الإستثمار الدولية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية المركز الجامعي صالحى أحمد النعام، الجزائر مج9، ع1، 2023، ص644.

² - حبيب جبار جواد، "الإلتزام بالتفاوض بحسن نية في عقود التجارة الدولية"، ط1، المركز الوطني، مصر، 2023، ص ص 22، 23.

³ - بوناح عبد النور، "التفاوض على عقود التجارة الدولية-مبدأ حرية التفاوض وحسن النية"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق جامعة أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر، مج7، ع2، 2022، ص184.

⁴ - محمود حسن السحلي، "شرط التعديل التلقائي للإلتزام بدفع مبلغ من النقود كآلية لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مج2024، ع1، 2024، ص126.

رغم إختلاف الفقهاء حول تسمية الشرط، إلا أنهم إتفقوا إلى حد كبير على مضمونه فذهب جانب منهم إلى تعريف شرط إعادة التفاوض بأنه: " شرط يدرجه الأفراد في العقد ويتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم عندما يوقع أحداث من طبيعة معينة يحددها الأطراف في العقد سواء في نفس الشروط الواردة بالعقد أو في إتفاق منفصل".¹

كما عرفه الأستاذ أوبتي " oppetit " على أنه: إتفاق الأطراف على إمكانية التعديل في حالة تغير الظروف بشكل يمس بالعناصر الأساسية للعقد عما تم الإتفاق عليه عند التعاقد ، مما يخل بتوازنه ويسبب ضررا جسيما لأحد المتعاقدين.²

كذلك يعرف بأنه الشرط الذي يدرجه الأطراف في العقد ويتفقون على إعادة التفاوض فيما بينهم عندما تقع أحداث من طبيعة معينة يحددها سواء في العقد ذاته أو في إتفاق منفصل، وتكون هذه الأحداث مستقلة عن إرادتهم وتوقعاتهم عند إبرام العقد ويكون من طابعها الإخلال بتوازن العقد أو إصابة أحد المتعاقدين بضرر فادح.³

من خلال التعريفات السابقة لشرط إعادة التفاوض يتضح أن الفقه يكاد يتفق على مسائل محددة في تعريفه لهذا، فيكاد يجمع على أن فكرة شرط التفاوض تفترض أن هناك عقدا صحيحا تم إبرامه وفقا للقانون وفي الغالب هو من عقود التجارة الدولية طويلة المدة فيتفق الأطراف على أنه في حالة حصول تغير في ظروف العقد تؤدي إلى إحداث إخلال في توازنه الاقتصادي فإنهم يستلزمون بإعادة النظر في أحكام هذا العقد من خلال إعادة التفاوض فيما بينهم.⁴

¹ _ زواق نجاة، "نظرية الظروف الطارئة وتطبيقهما في العقود الدولية"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية، كلية الحقوق جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر، ع2 ، 2021، ص1479.

² _ نقلا عن: علي حسين دويح، "الإلتزام بإعادة التفاوض في تكوين العقد المعدل"، مجلة جامعة الإمام جعفر الصادق للدراسات القانونية، كلية القانون جامعة الإمام جعفر الصادق، ع3، 2022، ص190.

³ _ فاطمة عاشور، "معالجة تغير الظروف في تنفيذ عقود تجارة الدولية"، دفاثر البحوث العلمية، المركز الجامعي تيبازة، مج1، ع1، 2013، ص59.

⁴ _ سعيد مجاوي، "الوسائل البديلة عن القضاء العام والخاص في حل النزاعات التجارية"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2018/2019، ص237.

والجدير بالذكر أن تكرر إستخدام شرط إعادة التوازن العقدي في عقود الاستثمار أدى إلى القول بأن هذا الشرط أصبح قاعدة من قواعد التجارة الدولية المسماة " lex mercatoria " ¹ لذلك ذهب فريق من الفقهاء إلى القول بأن شرط إعادة التوازن العقدي يكون أمراً واجب الإلتباع حتى عند إغفال النص عليه في العقد، ولا يجوز لأي طرف من أطراف العقد، أن يحتج بعدم تطبيق هذا الشرط بحجة عدم وجود نص على ذلك في العقد المبرم بين الطرفين. ²

2 - تعريف شرط إعادة التفاوض في القضاء والتحكيم والإتفاقيات والأعمال الدولية

أ - **التعريف على صعيد القضاء:** تعتبر محكمة النقض الفرنسية في مقدمة الهيئات القضائية التي عرفت إعادة التفاوض وذلك في حكمها الصادر في 30 مارس 1982 بأنه: " إلتزام الأطراف بمناقشة وتبادل الإقتراحات في ظروف معينة نتيجة تغيرات خارجة عن إرادتهم والتي إعتضت العقد أثناء تنفيذه، مما يؤدي إلى إعادة تنظيمه مثلما يحدث في الإتفاقيات الجماعية للعمل". ³

وفي مجال التطبيقات القضائية لهذا الشرط نورد النزاع القائم حول عقد توريد كمية من المازوت بين شركة (E.D.F) وشركة شل (shelle) الفرنسيان، وكان العقد يتضمن شرطاً يلزم الطرفين بالتفاوض حول تعديل ثمن الطن في حالة ارتفاع الأسعار وإنخفاضها في حد معين (6 فرنك فرنسي) بالنظر إلى الثمن الأساسي المتفق عليه في العقد الأساسي، بعد حرب أكتوبر 1973، إرتفعت أسعار البترول وكان لابد أن يتفاوض الطرفان حول تعديل الثمن، وهذا ما حدث بالفعل لكن المفاوضات لم تنجح، وتم عرض النزاع على العدالة، ووصل الأمر إلى محكمة الإستئناف بباريس، وإستندت المحكمة على الشرط الذي يلزم الأطراف بالتفاوض لتعديل الثمن عند ارتفاع لأسعار أو إنخفاضها، ورأت فيه المحكمة إتجاه نية الأطراف إلى إعادة التفاوض عند حدوث ظروف مستجدة

¹ _ lex mercatoria هو التعبير اللاتيني لمجموعة من مبادئ التجارة التي يستخدمها التجار في جميع أنحاء أوروبا في العصور الوسطى ، تعني حرفياً " قانون التاجر " ، تطورت كنظام للعادات والممارسات، والتي تم تطبيقها من خلال نظام المحاكم التجارية على طول طرق التجارة الرئيسية ، كان بمثابة القانون الدولي للتجارة، وشدد على الحرية التعاقدية، والأهلية للممتلكات، مع تجنب الجوانب القانونية وإتخاذ القرارات على أساس المساواة ، أنظر السوسنة صحيفة حرة مستقلة assawsana.com ، اطلع عليه بتاريخ 2024/05/23.

² _ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص170.

³ _ دلشاد رمضان داخاز، إيمان يوسف نوري، " الأساس القانوني لإعادة تفاوض في عقود مدنية "، مجلة جامعة دهوك، كلية القانون، جامعة دهوك، العراق، مج26، ع2، ص1712 .

ولذلك قضت المحكمة قبل الفصل في الموضوع، بإلزام الطرفين بالتفاوض كمحاولة للتوصل إلى إتفاق يؤدي إلى تعديل العقد بما يتلاءم مع الظروف الجديدة، ورأت المحكمة أن يجري هذا التفاوض تحت رعاية مراقب جدير بأن يقدم للأطراف مساعدة، في توصل إلى تفاهم يؤدي إلى تعديل العقد على أن يكون للمحكمة في حالة فشل المفاوضات أن تقضي على ضوء المفاوضات والحلول المقترحة إما بإبطال العقد أو تفرض تعديلا له.¹

ب- التعريف على صعيد قضاء التحكيم: عرف هذا الشرط في القضية التحكيمية رقم (6515) بأنه: " يتم إجراء إعادة التفاوض على العقد الأصلي إذا ما أدت الظروف غير المتوقعة إلى حدوث تغير كبير في التوازن التعاقد الذي حدده الأطراف في بداية علاقتهما التعاقدية.²

إن قضاء التحكيم الدولي يميل إلى تكريس مراجعة العقد نتيجة تغير الظروف الطارئة على العقد كأحد الأسس الضرورية والملحة في مجال عقود الإستثمار وفي هذا الإطار إعتبرت هيئة التحكيم الدولية في قضية رقم 2291 بتاريخ 1970 أن تعديل العقد لتغير الظروف يندرج ضمن قانون التجارة الدولية، والعقود الإستثمارية بتوازن الأداءات على المستوى العقدي.³

ج- التعريف في الإتفاقيات والأعمال الدولية: نظم دليل اليونسترال⁴ الخاص بصياغة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية لسنة 1988 شرط إعادة التفاوض في الفصل الثاني والعشرين وعرّف الشرط في الفقرة الأولى من هذا الفصل بأنه: الشرط الذي يتم إعماله في حالة التغير في العوامل الاقتصادية والمالية والقانونية والتكنولوجية، التي تسبب عواقب إقتصادية سلبية خطيرة للطرف

¹ _ علي أحمد صالح، المرج السابق، ص171.

² _ صانوري مهند أحمد محمود وآخرون، "نطاق تطبيق شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية"، مجلة البحث وتطوير الموارد البشرية بالتعاون جامعة القرآن الكريم وتأسيس العلوم، السودان، ع2، 2022، ص102.

³ _ بوخالفة عبد الكريم، "دور الإرادة الإستباقية في تجنب منازعات عقود الإستثمار"، دفاثر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ع16، 2017، ص191.

⁴ _ اليونسترال هي هيئة قانونية رئيسية تابعة لمنظومة الأمم المتحدة في مجال القانون التجاري الدولي، وهي هيئة قانونية ذات عضوية عالمية متخصصة في إصلاح القانون التجاري على النطاق العالمي منذ مايزيد 50 سنة وتمثل مهمة اليونسترال في عصرنة و مواءمة القواعد المتعلقة بلأعمال التجارية الدولية . unicitral.un.org/ar ، 2024/05/27

المتعاقد، حيث تجعل أدائه لإلتزماته أكثر صعوبة، مما يقتضي إعادة التفاوض على تعديل العقد الذي أنشأته المشقة.¹

كما نصت الإتفاقية النموذجية لدولة قطر من أجل الإستكشاف و المشاركة في الإنتاج لعام 1994، في المادة 12/34 على أنه: " حيث أن الموقف أو الوضع المالي للمستثمر يستند بموجب الإتفاقية إلى القوانين و اللوائح السائدة وقت التوقيع، فإنه يتم الاتفاق على أنه إذا ما صدر قانون، أو لائحة تؤثر على الوضع المالي لمستثمر، خاصة إذا زاد معدل الجمارك على نسبة معينة أثناء سريان الإتفاقية فإنه يلزم على الطرفين الدخول في مفاوضات بهدف الوصول إلى موقف متكافئ ومتوازن فإنه يجوز لأحد الطرفين أن يحوّل الأمر إلى التحكيم، بموجب المادة 31 من الإتفاقية ".²

وكذلك في إتفاقية الإستثمار المنعقدة مابين وكالة الإستثمار الجزائرية من جهة والشركة الوطنية الكويتية للإتصالات من جهة أخرى فإن الإتفاقية نصت في البند الخاص بتسوية المنازعات الإستثمار وذلك في نص المادة 13 على: " يعبر الطرفان عن نيتهما لتسوية المنازعات دون إستثناء، التي قد تنشأ بينهما والتي لها علاقة بإتفاقية الحالية وذلك بكل روح موضوعية وودية ... ".³

وبناء على ماتقدم، يمكن تعريف شرط إعادة التفاوض الذي يدرجه المتعاقدان في العقد بأنه شرط يمكن الأطراف في العقد من الاتفاق على إعادة التفاوض، خاصة في العقود طويلة المدة، إذا ما طرأت ظروف تغير من توازن طرفي التعاقد.

¹ - الدليل القانوني للأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن صياغة العقود الدولي لتشييد المنشآت الصناعية، أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونيسترال).

² - حسام الدين محمود حسن، المرجع السابق، ص36.

³ - الإتفاقية المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار والمؤسسة الوطنية الكويتية للإتصالات، ج.ر، ع7، 28 يناير 2007، ص14.

ثالثاً: تمييز شرط إعادة التفاوض عن شرط التعديل التلقائي للعقد

يتطلب التمييز بين شرط إعادة التفاوض وشروط التعديل التلقائي للعقد تحديد مفهوم هذه الأخيرة، ثم ذكر أهم الفروقات بينهما على النحو التالي:

1- تعريف التعديل التلقائي للعقد: يقصد بها الشروط التي تسمح بإعادة توزيع المخاطر المالية بين الأطراف بشكل تلقائي، دون الحاجة إلى تدخل الأطراف متعاقدة وتؤدي إلى تعديل كامل العقد أو أحد شروطه إذا ما طرأت ظروف معينة حددها الأطراف مسبقاً في العقد، مثل التغير في الثمن أو الأجر أو العملة التي سيتم بها الوفاء.

ومن أبرز هذه الشروط: شرط التعديل التلقائي للعقد " la clause d'indexation " وشرط الإبقاء على القيمة رغم تغير العملة أو كما يسميه البعض شرط المقياس المتدرج " la clause d'echelle mobile " ¹، والذي يقصد به إتفاق الطرفين على تغيير الثمن بنسبة ما إذا تغيرت قيمة العملة التي يتم السداد بها، وفي الحالتين يظل العقد قائماً برغم تغير الثمن، أو العملة. ²

2- أوجه الاتفاق بين شرط إعادة التفاوض والتعديل التلقائي: يتفق شرط التعديل التلقائي مع شرط إعادة التفاوض في أنهما يتم النص عليهما في العقود المحررة بين أطرافها، فيتفقان بأنهما يهدفان للحفاظ على استمرار العقد وذلك من خلال الآلية التي يتم وضعها في العقد عند إبرامه، فهما يتفقان في السبب وهو استمرار تنفيذ العقد ولأثر وهو تحميل الأضرار على أطراف العقد، أي تجنب الآثار الناتجة عن تنفيذ العقد، كما أنهما يتفقان على التوقع المسبق لإمكانية حدوث ظروف

¹ محمود حسن السحلي، المرجع السابق، ص 105.

² أحمد السعيد الزقرد، " أثر الظروف اللاحقة على تحرير مضمون الإلتزام العقدي"، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، مصر، ع32، 2002، ص134.

خارجة عن التعاقد فيتم الاتفاق على معالجة هذه الظروف كما أن النص عليهما يعني إستبعاد تدخل القاضي في مرحلة التنفيذ إذ تم إعتداد آلية مسبقة عند إبرام العقد لمراجعة التغير في الظروف.¹

3- أوجه الإختلاف بين شرط إعادة التفاوض والتعديل التلقائي للعقد:

أ_الإختلاف من حيث طريقة إعمال التعديل: يتم التعديل بالنسبة لشروط التعديل التلقائية بشكل تلقائي وفقا لمؤشر محدد سلفا في العقد، ومثالها أن يتفق الأطراف عند إبرام العقد على أنه في حالة حدوث تغير في قيمة العملة التي يتم الدفع بموجبها أو في تكلفة المواد الأولية، فإن السعر يتحدد بنسبة معينة، أي أن الثمن يتعدل بصفة تلقائية دون تدخل من الأطراف، ودون الحاجة إلى إعادة تفاوض بينهما.²

ب_الإختلاف من حيث نطاق التطبيق: إذا كان نطاق التعديل يقتصر في شرط التعديل التلقائي على خطر محدد يعينه عادة مايكون نقدي فإن هذا الشرط يعد تعديلا تلقائيا الأمر الذي يؤدي إلى خروج جميع المخاطر المحتمل وقوعها أثناء فترة التنفيذ والتي تؤدي إلى إختلال محقق الوقوع في التوازن العقدي، بينما شرط المراجعة يدرج لتغطية كل ما من شأنه إحداث خلل في التوازن العقدي.³

الفرع الثالث: خصائص شرط إعادة التفاوض

من خلال ما تم التطرق إليه من تعاريف سابقة لشرط إعادة التفاوض يمكن إستخلاص جملة من الخصائص التي يتميز بها هذا الشرط على النحو التالي:

¹ خالد مصطفى فهمي، "التنظيم القانوني للإلتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2019، ص78.

² رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، "إلتزام إعادة التفاوض في العقود المدنية، دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة الدراسات القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق جامعة مدينة السادات، جمهورية مصر العربية، مج7، ع2، 2021، ص25.

³ صانوري مهند أحمد محمود، المرجع السابق، ص112.

أولا - أنه شرط إتفاقي: إذ أن مضمونه يتوقف على ما يتفق عليه الأطراف في العقد، لذلك عادة ما يتم تنظيم الشرط بشكل مفصل، حيث يبين الأطراف مفهومهم للشرط والأحداث التي يواجهها وأثرها على التفاوض على العقد المزمع إبرامه أو على العقد المبرم، والحلول التي سوف يتم اللجوء إليها من قبل الأطراف في حالة وقوع تلك الأحداث.

ونظرا للأهمية الكبيرة التي تحتلها إرادة الأطراف في صياغة شرط إعادة التفاوض، يرى البعض أن هذا الشرط ليس له مفهوم محدد مستمد من قانون معين، بل إنه يعتمد في تحديد مفهومه وفي تطبيقه على ما يتفق عليه الأطراف في عقدهم.¹

إن المفهوم الإتفاقي لشرط إعادة التفاوض يفرض على المتعاقدين أن يحددوا مقصدهم من مختلف عناصر الشرط، التي يدرجونها في عقدهم، لأن فعالية هذا الشرط مرتبطة بصورة وثيقة بوضوح تحريرها، إذ أن الغموض في هذا الشرط يثير المزيد من الخلافات بين المتعاقدين، ولأجل أن يؤدي الشرط فرضه يجب أن يتضمن العناصر التالية:²

✓ أن يحددوا بدقة الأحداث التي تستوجب تطبيق هذا الشرط، أي تلك التي تؤدي إلى الإخلال بتوازن العقد، وتجدر الإشارة إلى الصعوبة الكبيرة التي تجابه تحديد الأحداث على الصعيد العملي، مما يؤدي إلى نشوء منازعات عدة، فقد يتمسك الأطراف بضرورة إعادة التفاوض نتيجة حدث طارئ يعتبره الطرف الآخر خارج شرط العقد.

✓ يجب على الأطراف أن يحددوا أيضا في بنود العقد، المقصود بإخلال التوازن العقدي الذي يحدثه التغيير، هذا العنصر هو الآخر يجد صعوبة في تطبيقه على المستوى العملي، وقد يختلف الأطراف بشأنه كثيرا، مما قد يؤدي إلى ظهور منازعات عديدة.

¹ _ معداوي نجية، " الآليات القانونية في عمليات تصدير النفط الخام الجزائري " أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر بن يوسف خدة، 2016/2015، ص68.

² _ علي حسين دويح، المرجع السابق، ص16.

✓ أن يتفق الأطراف على مصير العقد أثناء التفاوض، فهل يستمر تنفيذه أم يتم وقفه لحين التعرف على نتيجة التفاوض، كما يجب الاتفاق على مصيره في حالة فشل التفاوض.¹

ثانيا - أنه شرط خاص: تختلف صوره باختلاف العقود و بعبارة أخرى فإن مضمونه ليس واحدا في كل العقود، بل إنه يتنوع وفقا لرغبات الأطراف وطبيعة الظروف المرافقة لإبرام العقد وتنفيذه، لذا تتغير صورة الشرط من عقد إلى آخر فقد يواجه الشرط في عقد ما ظروفًا إقتصادية بينما يواجه في عقد آخر ظروفًا سياسية أو مالية.²

كما قد يتفق الأطراف على تطبيق الشرط لمجرد حدوث ضرر لأحدهم أيا كان مقداره، وقد يشترطون أن يكون الضرر جسيما وغير مألوف لتطبيق الشرط، وقد يتفقون في بعض العقود على إجراء التفاوض فيما بينهم في ضوء التفاهم وحسن النية، أو اللجوء إلى المتخصصين من فنيين وقانونيين أو إلى قضاء التحكيم للإشراف على عملية التفاوض.

ومن بين العقود التي نصت على شرط إعادة التفاوض: العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبتروك مع شركة ريسول يون إيجيبت وشركة موبيك أكسبلورتش إيجيبت، حيث نص هذا العقد في بند من بنوده على مايلي: " في حالة حدوث أي تعديل تشريعي لاحق يؤدي إلى إنقاص أو زيادة حقوق أحد الأطراف، فإنه يسمح بإعادة التفاوض، ويجوز للأطراف بعدها إحالة الموضوع للتحكيم إذا لم تنجح المفاوضات.³

¹ - أحمد المصطفى مُجَّد صالح الصادق، " التحكيم في منازعات عقود الإستثمار " أطروحة دكتوراه في القانون الخاص ، جامعة شاندي، 2012، ص174.

² - سالم بن سلام بن حميد الفليتي، " أثر تغير الظروف على عقود التجارة الدولية "، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق جامعة طانطا، ع88، 2019، ص86.

³ - أحمد المصطفى مُجَّد صالح الصادق، المرجع السابق، ص ص 175، 176.

من خلال ما سبق يتضح أن شرط إعادة التفاوض من الشروط الإستباقية التي تحول دون نشوء أي نزاع فيها يخص تنفيذ العقد كما أنه من الشروط التي تحد من التفاوت بين المراكز القانونية لأطراف العقد.¹

الفرع الرابع: التكييف القانوني لشرط إعادة التفاوض

من المتعارف عليه في عقود التجارة الدولية أن شرط إعادة التفاوض هو إلتزام ذو طابع مرن، يستمد أساسه القانوني من إتفاق الأطراف وذلك تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة، غير أنه هناك حالات يسكت فيها الأطراف عن إدراج الإلتزام بإعادة التفاوض لعدم توقع الظروف الإستثنائية التي آلت دون إستمرار العقد وتحتاج للتعديل، وهو ما سيتم التطرق إليه في هذا الفرع:

أولاً: التكييف القانوني عند وجود شرط إعادة التفاوض

عند وجود شرط إعادة التفاوض فإن الأساس القانوني في هذه الحالة يرتبط بصورة أساسية بإرادة أطراف العقد، وذلك لأن مضمونه يتوقف على ما إتفق عليه الأطراف في عقدهم، ولذا يلاحظ أن شروط إعادة التفاوض "hardship" التي ترد في العقود تأتي بشكل مفصل، يوضح فيه الأطراف مفهومهم للشرط، والأحداث التي يواجهها وأثرها على العقد، والحلول التي سيتبعها الأطراف في حالة وقوع هذه الأحداث.²

كما أن وجود شرط إعادة التفاوض في العقد الأساسي، يعد أفضل وسيلة ينظم بقتضاها المتعاقدين مراجعة العقد تبعاً لما يستجد من ظروف، وهو شرط مسموح به وتأخذ به المحاكم حتى في

¹ _ أحمد حميد الأنباري، " سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي " ، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2017، ص36.

² _ شريف غنام، " أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية "، ط1، أكاديمية شرطة دبي، إدارة الدراسات العليا، الإمارات، 2010، ص39.

الدول التي يرفض نظامها القانوني الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، ويعد شرط إعادة التفاوض أفضل ماتوصل إليه الفن التعاقدي لتنظيم عملية مراجعة العقد.¹

ولعل أبرز العناصر التي يتعين تحديدها من خلال الشرط مايلي: الأحداث التي قد يواجهها العقد، والتي يؤدي تحققها إلى إعمال الشرط وتطبيقه، وقد تكون تلك الأحداث وطنية أو دولية، كما أنها قد تكون ذات طبيعة إقتصادية أو سياسية أو مالية، المهم هو أن تكون الأحداث خارجة عن إرادة الأطراف، غير متوقعة الحصول من قبلهم وقت التعاقد، وغير ممكنة الدفع، بالإضافة إلى مصير العقد أثناء فترة التفاوض، وما إذا كان الأطراف سوف يستمرون في التنفيذ، أم سيعلمون وقف تنفيذ العقد و إنتظار نتيجة التفاوض وما يتم التوصل إليه بهذا الصدد، كما يجب أن يتضمن الاتفاق أيضا مصير العقد في حالة فشل المفاوضات والحل الذي يجب إتباعه لاسيما في حالة نشوب نزاع أو إختلاف في وجهات النظر بشأن مدى تحقق الشرط.²

ثانيا: التكييف القانوني عند عدم وجود شرط إعادة التفاوض

إن الأساس القانوني للإلتزام بإعادة التفاوض في حالة غياب الشرط في العقد، لا يجد أساسه في إرادة المتعاقدين، وإنما في مبدأ حسن النية الذي يفرض على المتعاقدين التعامل به، أي الإلتزام ليس بما نص عليه العقد فقط، وإنما الإلتزام بما تقتضي العدالة والإنصاف أو القانون، لذلك على المتعاقدين أن يسعوا إلى تنفيذ الإلتزامات العقدية بحسن النية وتجاوز المشكلات التي تعترض تنفيذ العقد نتيجة تغير الظروف، إذ أن مبدأ حسن النية يفترض أن يكون تنفيذ العقد طبقا لروحه وليس وفقا لشروط العقد فقط، حيث تظهر إلتزامات ضمنية جديدة أثناء تنفيذ العقد، إضافة إلى الإلتزامات التي تم الاتفاق عليها عند إبرام العقد الأساسي.³

¹ _ علي حسين دويح، المرجع السابق، ص 198.

² _ زواق نجاة، المرجع السابق، ص 1480.

³ _ علي حسين دويح، المرجع السابق، ص ص 199، 200.

ويعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ المعترف بها في التشريعات الوطنية والدولية، فعلى المستوى الوطني نص المشرع الجزائري على هذا المبدأ في أحكام المادة 1/107 من القانون المدني: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبحسن النية، ولا يقتصر العقد على إلتزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام".

وعلى مستوى مبادئ " unidroit " نصت المادة 1-8 منها، والتي جاءت بعنوان "حسن النية وأمانة التعامل على أنه: " يلتزم كل طرف بأن يتصرف وفقا لما يقتضيه حسن النية و أمانة التعامل في التجارة الدولية ...".¹

وإذا كانت الأنظمة القانونية المختلفة تعترف بهذا المبدأ في العقود الوطنية والدولية على حد سواء فإن من تطبيقات هذا المبدأ التعاون والتعامل بصدق لتجاوز الخلل الذي أحدثه تغير الظروف، وبالتالي يجد هذا الإلتزام أساسه في مبدأ حسن النية.²

المطلب الثاني: إختلال التوازن العقدي كسبب لإعادة التفاوض

يعد التوازن الاقتصادي أحد أهم العناصر في العقود بشكل عام، وتزداد أهميته بشكل خاص في عقود الإستثمار، هذا التوازن الاقتصادي يتأثر بالتغيرات غير المتوقعة التي قد تحدث أثناء إبرام العقد، مثل التطورات الاجتماعية والإقتصادية والعلاقات الدولية، هذه الظروف قد تؤدي إلى إختلال توازن العقد بحيث يؤدي هذا الإختلال إلى إلحاق ضرر بأحد الأطراف أو كليهما، مما ينتج عن ذلك جعل التنفيذ أكثر إرهاقا للمتعاقدين، نتيجة لذلك يقوم أطراف عقد الإستثمار بإدراج شرط إعادة التفاوض كوسيلة لإعادة التوازن العقدي الذي إختل بسبب أحداث طارئة، وعليه سيتم تخصيص هذا المطلب إلى دراسة المقصود بإختلال التوازن العقدي كفرع أول والأسباب التي أدت إلى هذا الإختلال كفرع ثان.

¹ _ حليلة بن دريس، " إعادة التفاوض في العقود، دراسة على ضوء مبادئ اليوندرورا و التشريعات الوطنية "، مجلة الإجتهد القضائي، جامعة مُجد خضير، مج13، ع2، بسكرة، 2021، ص256.

² _رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المرجع السابق، ص34.

الفرع الأول: مفهوم إختلال التوازن العقدي

يؤدي إختلال التوازن العقدي إلى جعل تنفيذ الإلتزامات مرهقا لأطراف عقد الإستثمار كما أنه يعتبر شرط ضروري لإعمال أحكام شرط إعادة التفاوض لذلك سنقوم ببيان مفهوم هذا الإختلال ومعيار تقديره على النحو الآتي:

أولاً: تعريف إختلال التوازن العقدي: الإختلال العقدي في القانون هو نوع من الإكراه الاقتصادي الذي لا يمس المتعاقد إلا في نطاق المال ولا أثر له في صحة الرضا.¹

إن إختلال التوازن العقدي، في عقد الإستثمار، هو شرط ضروري لإعمال أحكام شرط إعادة التفاوض، أي أنه يعد مرحلة وسطا بين الإستحالة المطلقة في التنفيذ، والتي تؤدي إلى تطبيق أحكام نظرية القوة القاهرة، وبين التغير البسيط في الظروف الذي يؤثر بشكل أو بآخر في إقتصاد العقد، دون أن يؤدي إلى إستحالة التنفيذ.²

هذا ويحرص المتعاقدون على إشتراط توافر درجة معينة من الخطورة والاضطراب التي تطال إقتصاد العقد في البنود التي ينظمون من خلالها شرط إعادة التفاوض، بعبارة أخرى، فإنهم يشترطون أن يكون التغير الذي يؤدي إليه الحدث المبرر لإعادة التفاوض جوهريا يصاحبه إضطراب واضح في إقتصاد العقد، بحيث يؤدي إلى ضرر ليس من المنطقي أن يتحملة أحد الأطراف.

ورغم الوصف التعاقدي لشرط إعادة التفاوض مما يجعله متنوعا من حيث أشكاله وطرق التعبير عنه من عقد إلى آخر، فإن الفقه يجمع على وجوب أن تؤدي الأحداث التي يواجهها شرط إعادة التفاوض إلى إختلال توازن العقد بشكل يقدر في قدرة المتعاقد على تنفيذ إلتزامه.³

¹ - حسين عبد الله عبد الرضا الكلاي، "إختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية: دراسة مقارنة" مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد كلية القانون، العراق، مج26، ع2، 2011، ص213.

² - حسام الدين محمود حسن، المرجع السابق، ص125.

³ - أسيل باقر جاسم، "النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض: دراسة في عقود التجارة الدولية"، مجلة المحقق للحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل كلية القانون، العراق، مج3، ع1، 2011، ص125.

وتشير مبادئ اليونيدروا المتعلقة بالتجارة الدولية والتي تنظم شرط إعادة التفاوض إلى عنصر الاختلال الذي ينجم عن الحدث الذي يواجه الشرط، إذ تقتضي المادة 6-2_2 من المبادئ المذكورة بوجوب إعادة التفاوض عند وقوع أحداث تهدم بشكل أساسي توازن الأداءات، إما لأن تكلفة تنفيذ الإلتزامات قد إرتفعت، أو لأن قيمة الأداء المقابل قد إنخفضت.¹

وقد أعدت غرفة التجارة الدولية في باريس شرطا نموذجيا بشأن مواجهة الأحداث غير المتوقعة وقد جاء فيه: " في حالة وقوع أحداث غير متوقعة من الأطراف تغير بشكل أساسي توازن العقد الحالي وتؤدي إلى وقوع أعباء غير عادلة لأحد الأطراف أثناء تنفيذ إلتزاماته، فيجب أن يصار إلى تعديل بنود العقد..."²

وفي هذا الصدد ورد في قرار صادر عن هيئة التحكيم في القضية رقم 5617 سنة 1989 مايلي: " إختلال التوازن الذي يجيز تعديل العقد يشير إلى ظروف مختلفة منها، تغيرات جوهرية في الظروف المحيطة بالعقد تؤثر في التنفيذ المتبادل للإلتزامات المتعاقدين أنفسهم بحيث تجعل إلتزامات أحدهم غير معقولة وغير عادلة بالنسبة إلى إلتزامات المتعاقد الآخر."³

ولابد من الإشارة إلى أن إختلال التوازن الاقتصادي للعقد هو وحده الذي يبرر تطبيق شرط إعادة التفاوض، وبالتالي إذا كانت المخاطر الناتجة عن تنفيذ العقد عادية يمكن أن يتوقعها كل متعاقد، فهذه التغيرات لا تكفي لإعمال شرط إعادة التفاوض، وبناء على ذلك فإن الإختلال في إقتصاد العقد المبرر لإعمال الشرط يجب أن يتجاوز المخاطر العادية التي يتوقعها أطراف العقد والتي غالبا ما يتحملونها في سبيل وفائهم بإلتزامهم العقدية، وطبقا لذلك، فمجرد التغير في الثمن، أو في

¹ - أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص ص 150، 151.

² - بوخالفة عبد الكريم، " شرط إعادة التفاوض آلية لإعادة التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية " مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي أفلو معهد الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، مج1، ع3، 2018، ص138.

³ - السلماني عبد الرحيم، " شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية"، مجلة القانون المغربي، دار السلام للطباعة والنشر، ع16، 2010، ص221.

سعر التكلفة، أو في سعر المواد الأولية الناتج عن التقلبات الاقتصادية، لا يكفي للقول بتوافر إختلال التوازن العقدي المبرر لإعمال شرط إعادة التفاوض.¹

ويؤكد قضاء التحكيم على أهمية عدم الخلط بين الإختلال في توازن العقد ومجرد التغيير البسيط والطفيف في توازن الاداءات العقدية والذي لا يتجاوز المخاطر العادية والمألوفة، ففي قضية تتلخص وقائعها في تعاقد شريكتين على قيام الأولى بتوريد المشتقات النفطية إلى الثانية وفقا للأسعار العالمية (نايمكس)، وبعد مرور فترة من الزمن توقفت الشركة الموردة عن تنفيذ إلتزاماتها بدعوى وجود ارتفاع في أسعار البترول، مما يتطلب التوقف عن تنفيذ إلتزاماتها وتعديل العقد وفقا للتغيرات الجديدة في الأسعار، رفضت هيئة التحكيم التي نظرت النزاع إدعاء الشركة الموردة، وقدرت مجرد ارتفاع أسعار البترول لا يكفي لإعمال شرط إعادة التفاوض الذي يجب لتطبيق الأحكام الخاصة به وجود إختلال كبير وجذري في توازن العقد.²

أما بالنسبة للتغيير الجوهرى في الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، فهي من الممكن أن تؤثر على هذا العقد بشكلين مختلفين، فإما أن يجعل تنفيذ العقد مرهقا ومكلفا للمدين، أو أن يعوق تنفيذ هذا العقد كليا أو جزئيا، ففي حالة التأثير الجزئي يظل تنفيذ هذا العقد ممكنا، فيلجأ الأطراف إلى شرط إعادة التفاوض لإيجاد علاج لهذا الخلل، أما في حالة التأثير فإن الأمر يتعلق بإستحالة مطلقة في التنفيذ وبالتالي لا مفر من وقف العقد في حالة الإستحالة المؤقتة، وإنقضائه في حالة الإستحالة النهائية، وهذا ما يفرق إختلال توازن العقد، الذي يعد أساس لتطبيق شرط إعادة التفاوض عن فكرة القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ إلتزام المدين مستحيلا.

ويحرص الأطراف في شروطهم التعاقدية، على إبراز الفارق بين إستحالة التنفيذ، وإختلال توازن العقد، فغالبا مايتناولون أثر تغير الظروف في شرطين مستقلين، يعالجون في الأول حالة ما إذا ترتب

¹ - حسام الدين محمود حسن، المرجع السابق، ص 127.

² - أسيل باقر حاسم، المرجع السابق، ص 126.

على التغير إستحالة مطلقة في التنفيذ، وأثرها على العقد، والثاني إختلال التوازن المفسد، والنتائج المترتبة عليه.¹

ثانيا: معيار تقدير الإختلال: في حال حدوث تغيرات في الظروف التي تم فيها التعاقد أو أحداث إقتصادية أو سياسية أو قانونية نتج عنها خلل في التوازن العقدي يوصف بأنه إختلال جوهري من شأنه إحداث ضرر لأحد المتعاقدين، يتجاوز العدد المعقول الذي قد يقبله أثناء إبرام العقد فإن لهذا الطرف الحق في طلب إعادة التفاوض، حيث تقوم فكرة التعاقد بين شخصين على أن المنفعة التي تعود على المتعاقدين نتيجة العقد لا تكون متساوية بل تتفاوت نسبة الأرباح الناتجة عن العقد بين الطرفين، وبالنظر إلى الخلل الذي حدث بالتوازن العقدي فإنه ليس من العدل أن يتحمله طرف واحد، وقد حدث إختلاف حول المعيار الذي يقاس به هذا الخلل هل هو معيار شخصي أم معيار موضوعي؟²

1-المعيار الموضوعي: حيث يتبنى المتعاقدون في هذا المعيار عندما يتفقون على عدم الاخذ بنظر الإعتبار عند تقدير الإختلال تقديرهم الخاص بهم، بل يقاس الإختلال وفقا لمعيار الشخص المعتاد، وهو شخص متوسط الصفات في كل شيء وموضوع في نفس الظروف والاحداث التي طرأت أثناء التنفيذ، ومقدار الإختلال الناجم عن تلك الاحداث وفقا لما يستطيع أن يتحمله الشخص المعتاد الموضوع في نفس الظروف.³

ومن أمثلة الشروط التعاقدية التي تبني فيها الأطراف على عقود الاستثمار المعيار الموضوعي للحادث الطارئ، الشرط الذي ينص على أنه: "... إذا إختل توازن الاتفاق الحالي بشكل أساسي..." والشرط الذي ينص على أن: "إختلال... يعود السريان العادي للإتفاق..." فهنا نلاحظ في هذين الشرطين أن الأطراف لم تربط بين إنقلاب التوازن، وبين ظروف المتعاقدين ولكنهم

¹ - حسام الدين محمود حسن، المرجع السابق، ص ص 129، 130.

² - خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 107.

³ - أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص 128.

ركزوا بالدرجة الأولى على الظروف الموضوعية، المتمثلة في الشروط الأساسية للعقد، والسريان العادي له.

وعلى الرغم من مزايا هذا المعيار و تماشيه مع الطبيعة الاستثنائية لشرط إعادة التفاوض، على اعتبار أن تطبيقه يعد إستثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد، ولكن إستخدامه قد يسبب مشكلات كبيرة في تفسير إرادة المتعاقدين، ومقصدهم من الاختلال المتطلب، ومما يزيد من هذه المشكلات إستخدام الأطراف لمصطلحات عامة غير محددة، يصب معها تحديد نيتهم.¹

2- المعيار الشخصي: يقوم المعيار الشخصي في قياس التغير في التوازن العقدي إلى النتائج غير

العادلة التي تلحق بأحد المتعاقدين دون الآخر بأن يتحمل هذا الطرف مغبة ماحدث له، وهذا يعد إرهاقا شديدا له وعدم عدالة غير مبرر، ومن هنا فإنه يقاس بالظروف الشخصية التي حدثت للشخص وليس للعقد، فالعدالة تقتضي أن تكون التغيرات قد لحقت بتنفيذ العقد وليس بالشخص.²

ويميل المتعاقدون إلى إعتماد المعيار الشخصي عند صياغة شرط إعادة التفاوض حيث يدرجون في شروطهم التعاقدية، عادة، بنودا تشير إلى أن نسبة معينة من الإختلال تجيز طلب تعديل العقد، ولاشك أن تحديد هذه النسبة قد تم من خلال تقدير الظروف الشخصية المحيطة بهم، كما يلجأ قضاء التحكيم إلى الأخذ بالمعيار الشخصي عند عدم إتفاق الأطراف على إعتماد معيار معين في تفسير الإختلال، وينتصر الفقه وبحق إلى المعيار الشخصي، إذ أنه يبدو أكثر عدالة لأنه يضع في عين الإعتبار عند تقدير مدى الإختلال الخسارة التي تكبدها أحد الأطراف، والمكاسب التي تحققت للطرف الآخر جراء الحدث المبرر لإعمال شرط إعادة التفاوض، بالإضافة إلى أنه يضع الظروف المالية والاقتصادية الخاصة بأحد الأطراف في الإعتبار عند تقدير الإختلال مما يجعله أكثر إنضباطا وأكثر

¹ - حسام الدين محمود حسن، المرجع السابق، ص 131.

² - خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 109.

قربا إلى تحقيق الهدف الذي يسعى شرط إعادة التفاوض إلى تحقيقه وهو الحفاظ على العقد وإستمرار الأطراف بتنفيذه رغم تغير الظروف دون تحمل ضرر فادح من قبل أي منهم.¹

الفرع الثاني: الأسباب التي أدت إلى إختلال التوازن العقدي

قد يواجه أطراف عقود الاستثمار ظروفًا قهرية تفوق إرادتهم، مما يجعل تنفيذ إلتزاماتهم مستحيلًا أو مرهقًا لأحدهم أو كليهما، وهذه الظروف قد تكون قوة قاهرة أو ظرف طارئ تؤدي إلى الإخلال بتوازن العقد، وهذا ما يجعل الأطراف يدرجون شرط إعادة التفاوض في عقودهم لتخفيف من هذا الإرهاق، وسنقوم بالتفصيل في هذا من خلال التطرق إلى مفهوم القوة القاهرة (أولاً) ومفهوم الظروف الطارئة (ثانياً).

أولاً: مفهوم القوة القاهرة

لوصول إلى مفهوم شامل وعام للقوة القاهرة لابد من التطرق إلى مختلف المفاهيم التي جاء فيها الفقه والتشريع.

1_ التعريف الفقهي للقوة القاهرة: إن القوة القاهرة هو الحادث الذي يستحيل دفعه وغير ممكن التوقع²، فقد عرفها الفقيه ديفورمانطيل " diformantile " بأنها: " كل واقعة تنشأ بإستقلال عن إرادة المدين ، ولا يكون بإستطاعة هذا المدين توقعها أو منع حدوثها، ويترتب عليها أن يستحيل عليه مطلقا الوفاء بإلتزامه "³.

¹ - أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص128.

² - عبد الرزاق السنهوري ، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام "، مصادر الإلتزام، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2000، ص835.

³ - نقلا عن : مُجد الكشبر، " نظام التعاقد ونظريتنا القوة القاهرة والظروف الطارئة "، ط1، كلية الحقوق طنجة، جامعة عبد المالك، 1993، ص25.

ويعرفها الفقيه الروماني أولبان " olpien " على أنها: " هي كل ما ليس في وسع الإدراك البشري أن يتوقعه وإذا أمكن توقعه فلا يمكن مقاومته ".¹

إن هذه التعريفات كلها تتفق على أن إستحالة الدفع وعدم إمكان التوقع هما شرطان يستوجب توفرهما في القوة القاهرة.

2_ التعريف التشريعي للقوة القاهرة: عرف المشرع الفرنسي القوة القاهرة " la force majeure " في الفقرة 1 من م 1218 من القانون المدني المعدل بموجب المرسوم بقانون رقم 131-216 بالتالي: " هناك قوة القاهرة في المسائل العقدية، عندما يكون هناك حادث خارج عن سيطرة المدين، وبالتالي لا يمكن توقعه بشكل معقول في وقت إبرام العقد ولا يمكن تجنب آثاره بإتخاذ التدابير المناسبة، مما يؤدي إلى إستحالة تنفيذ المدين لإلتزامه العقدي ".²

3_ التعريف القضائي للقوة القاهرة: عرفت المحكمة العليا الجزائرية من خلال القرارين الصادرين من المجلس الأعلى المؤرخين في 1966/06/01 و 1970/06/09 القوة القاهرة على أنها: " كارثة طبيعية غير متوقعة ولا يمكن التصدي لها وتفلت من مراقبة الإنسان ".³

يجد شرط إعادة التفاوض بسبب حدث القوة القاهرة أساسه في إرادة الأطراف، ورغبتهم في الإبقاء على العقد، هذه الإرادة تظهر في الشروط التعاقدية التي يتضمنها العقد الدولي، ومثالها الشرط الذي ينص على أنه: " إذا إستمر أثر القوة القاهرة أكثر من 120 يوم، على كلا الطرفين تسوية تنفيذ العقد من خلال مفاوضات ودية، والتوصل إلى إتفاق في أقرب وقت ممكن ".⁴

¹ _ نقلا: علي خوجة خيرة، " القوة القاهرة في القانون المدني الجزائري "، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2002/2001، ص8.

² _ هوزان عبد المحسن عبد الله، " مفهوم القوة القاهرة وآثارها في تنفيذ العقد "، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، كلية القانون الكويتية العالمية، مج9، ع2، 2021، ص504.

³ _ قرار المحكمة العليا، الصادر في 1990/06/11، المجلة القضائية، سنة 1991، ع2، ص89.

⁴ _ حليلة بن دريس، مآل العقد التجاري الدولي في ظل تأثير وباء كورونا المستجد على تنفيذه، المجلة الدولية للقانون، جامعة قطر، مج9، ع4، 2020، ص409.

ومن بين تطبيقات القوة القاهرة ما تضمنه التشريع البحري الجزائري الذي نص على أنه: لكي ينفي الناقل مسؤوليته يجب أن يثبت تحقق إحدى الحالات المحددة في المادة 803 منها القوة القاهرة، كما يمكن للناقل إثبات أن هلاك البضاعة كان نتيجة حادث لم يتوقعه، ولم يستطع تفاديه.¹

كذلك ماجاء بمناسبة الإعصار المدمر في منطقة بحر الصين والفلبين واليابان أين غرقت السفينة وأدى الإصطدام إلى حدوث التلوث، وذلك يعد سببا من أسباب الإعفاء من المسؤولية، بحيث تعتبر ظاهرة طبيعية إستثنائية لا توجد في الواقع أي وسيلة لمقاومتها أو دفعها أو تجنبها.

ثانيا: نظرية الظروف الطارئة

عرف الفقه الظروف الطارئ بأنه حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية أو واقعة مادية أيضا لت تكن في حسابان المتعاقدين وقت التعاقد، ولم يكن في وسعهما ترقب حدوثها بعد التعاقد ويترتب عليها أن يكون الإلتزام التعاقدي مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة إن لم يصبح مستحيلا.²

وعرفت أيضا بأنها هي الظروف التي تجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا للمدين إرهابا يهدده بخسارة فادحة مع إمكان التنفيذ رغم الإرهاق على ألا تكون نتيجة الحادث إنقضاء الإلتزام بل وجوب رده إلى الحد المعقول.³

لم تتطرق كافة التشريعات الغربية إلى تحديد مفهوم الظروف الطارئة، وإنما إكتفت بذكر أمثلة تطبيقية لهذه الظروف ومنها الحرب والوباء وهلاك المحصول سواء كان كليا أو جزئيا وغير ذلك من الكوارث الطبيعية، أما بالنسبة للتشريعات العربية فقد كانت سبابة في وضع هذا الضابط والمعيار المهم، فقد نص عليها المشرع المصري في المادة 2/47 من ق.م التي جاء فيها: "ومع ذلك إذا طرأت

¹ سنقرة عيشة ، " فيصل التفرقة بين نظرية الظروف الطارئة، القوة القاهرة والحادث المفاجئ وتطبيقا تم "، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، مج16، ع1، 2023، ص524.

² شارف بن يحيى، " نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي "، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010/2009، ص35.

³ كمال مُجد السعيد عبد القوى عون، " أثر تغير الظروف الاقتصادية على المعاملات التعاقدية "، دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنوفية، مج56، ع4، ص449.

حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة...¹

من خلال التعاريف السابقة يتضح أنه لإعمال نظرية الظروف الطارئة لابد من توافر شروط أهمها:

__ وقوع حادث إستثنائي أي حادث يندر حصوله ولا يكون في حسابان أحد.

__ أن يكون الحادث عاما وليس خاصا بالمدين أو بعدد محدود من الناس.

__ أن يكون الحادث غير متوقع الحصول عند إبرام العقد.

__ أن يكون الحادث غير ممكن تفاديه أو دفعه أو درء النتائج المترتبة عليه ببذل جهد معقول.

__ وأن يكون الحادث بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه.²

ومن أمثلة الحوادث الطارئة غير متوقعة حدوثها والتي من شأنها أن تؤثر على العلاقة التعاقدية نجد ظهور فيروس كورونا covid-19³ المستجد في نهاية شهر ديسمبر 2019 وسرعة إنتشاره في جميع نواحي دول العالم، حيث أعلنت منظمة الصحة العالمية بأن فيروس كورونا المستجد يشكل حالة طوارئ صحية غير متوقع حدوثها ذات بعد دولي بداية من شهر يناير 2020، الأمر الذي نتج عنه

¹ أنظر: عائشة مفلح أحمد أبو زيد، " نظرية الظروف الطارئة "، المجلة القانونية، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مج9، ع13، 2021، ص4291.

² فؤاد قاسم الشعبي، " جائحة كورونا كحدث إستثنائي أو قوة قاهرة وفقا للتطبيقات القضائية الإماراتية الحديثة "، إدارة البحوث والدراسات، وزارة العدل، الإمارات العربية المتحدة، 2020، ص8.

³ إسم كوفيد 19 هو الإسم الذي أطلقته منظمة الصحة العالمية للفيروس المسبب لمرض الإلتهاب الرئوي الحاد والمعروف باسم كورونا والذي أعلنته منظمة الصحة العالمية جائحة عالمية، يؤثر المرض على الناس بشكل مختلف، حيث تظهر معظم الحالات أعراضا خفيفة خاصة عند الأطفال والشباب، ومع ذلك فإن بعض الحالات يمكن أن تظهر بشكل حاد وخطير، حيث يحتاج حوالي 20% من المصابين للرعاية الطبية في المستشفى. Help.unher.org/iraq/coronavirus-covid-19-vesouvcas/. 24/05/2024

صعوبة تنفيذ الإلتزامات التعاقدية من خلال إستحالة تأمين نقل البضائع إضافة إلى الإرتفاع غير المتوقع في أسعار المواد الأولية.¹

وعليه فإن إختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية يجعل إلتزامات أحد الطرفين أو كليهما مكلفة، وهو ما يعرف من طرف الفقه بعنصر (خطر غير متوقع للأطراف) يكسر توازن عقود الإستثمار طويلة المدة (الزمنية) ويخلف حالة تجارية غير متوقعة، والتي لا يمكن مواجهتها إلا من خلال شرط إعادة التفاوض الذي يضمن تكيف العقد مع حالات عدم اليقين وعدم التوقع، غير أنه يجب على الأطراف إدراج شرط إعادة التفاوض في عقودهن قبل وقوع الأحداث المتسببة في إختلال التوازن الاقتصادي للعقد لكي يتقبل الأطراف العودة إلى طاولة المفاوضات وإعادة بعث العقد من جديد وبشروط جديدة تستجيب لمتطلبات إعادة التوازن الاقتصادي للعقد.²

المبحث الثاني: القواعد الاجرائية لشرط إعادة التفاوض

يعتبر شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية أحد أهم الآليات التي تتيح للأطراف إمكانية تعديل شروط العقد في حال وقوع ظروف غير متوقعة تؤثر على أدائه، ولتطبيق هذه الآلية يجب أن تتم وفق شروط ومعايير تتعلق بطبيعة الحدث المخل بالعقد، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن المتعاملون في مجال التجارة الدولية يحكمهم مبدأ سلطان الإرادة ولإعمال هذا المبدأ يجب توافر قواعد شكلية تحكم إعادة التفاوض بحسن نية، وهو ما يقتضي بيان نطاق تطبيق هذا الشرط، وكذا القواعد التي تحكمه، وفقا للتقسيم التالي:

المطلب الأول: نطاق تطبيق شرط إعادة التفاوض.

المطلب الثاني: القواعد التي تحكم شرط إعادة التفاوض بحسن نية.

¹ بوكرييس مهام، " التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية"، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2021-2022، ص122.

² فارس بوكروخ، " ضوابط التوازن الاقتصادي بين الدولة والمستثمر في العقود الدولية"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، 2018/2019، ص81.

المطلب الأول: نطاق تطبيق شرط إعادة التفاوض

يتحدد نطاق شرط إعادة التفاوض من خلال بيان الشروط الواجب توافرها في الظرف أو الحادث، حيث أن شرط إعادة التفاوض يمتد نطاقه ليشمل من الأحداث ما توافرت فيه تلك الشروط حصراً، والتي تتجسد في عناصر متعلقة بالحادث متصلة بالمدين وعناصره متعلقة بالحادث.

الفرع الأول: العناصر المتعلقة بالحادث المتصل بالمدين

وتتمثل هذه العناصر في عنصر إستقلالية الحدث عن إرادة المدين وعنصر عدم إمكانية توقع الحادث وعنصر عدم إمكانية المدين دفع الحادث الطارئ وتجنب نتائجه.

أولاً: إستقلالية الحدث عن إرادة المدين: يطلق جانب من الفقه على هذا الشرط إسم الخارجية، أي أن يكون الحادث خارجاً عن إرادة المدين، ويرى هذا الجانب أنه من غير المعقول أن يستفيد المدين من تغير ظروف العقد للتمسك بأحكام شرط إعادة التفاوض بغية تعديل العقد، في الوقت الذي يكون فيه سبب هذا التغير هو فعل المدين نفسه، ولاشك في ان هذا الشرط يسمح بحماية المتعاقد من تدخل المتعاقد الآخر سيء النية في إحداث التغير بشكل مباشر أو غير مباشر.¹

هذا ما يعبر عليه في عقود التجارة الدولية بتنفيذ الإلتزامات التعاقدية بحسن النية، ولقد أكدت أحكام المبادئ الموحدة للعقود الدولية على عنصر إستقلالية الظرف في مادتها 2-2-6 عند إستعمالها لمصطلح ان يكون الظرف أو الحادث يفلت عن سيطرة الطرف المضروب²، ويتم تقدير إستقلالية الحدث عن المدين في مجال التجارة الدولية بالأخذ بأحد المعيارين:

الأول: هو معيار شخصي يذهب إلى أن المقصود بإستقلال الحدث عن إرادة المدين هو ألا تشارك إرادة المدين في أي وقت وبأي شكل في وقوع الحادث، وأن ذلك يقضي بالضرورة أن يقوم

¹ - أشرف إبراهيم مصطفى مُجد، " الاستقرار التعاقدى في مجال الإحتراف الرياضي الدولي (دراسة تحليلية في ضوء المنازعات الرياضية و تسويتها) "؛ مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مج62، ع2، 2020، ص530.

² - موكة عبد الكريم، " تأثير تغير الظروف على إستقرار الثمن في عقود التجارة الدولية "، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016، ص298.

القاضي، أو المحكم بتحليل موقف المدين وسلوكياته لمعرفة ما إذا كان قد ساهم بشكل، أو بآخر في وقوع الحدث.

أما المعيار الثاني: فهو معيار موضوعي لا يكتفي فقط بأن يكون الحدث مستقلا عن إرادة المدين بل يجب أيضا أن يكون بعيدا عن مجال نشاط المدين، يؤدي هذا المعيار إلى تضيق تطبيق شرط إعادة التفاوض لأنه يخرج الكثير من الحالات من نطاق تطبيق شرط إعادة التفاوض.¹

ثانيا: عدم إمكانية توقع الحدث: يتضمن كل عقد قدرا معينا من المخاطر يقابلها الأطراف عند إبرام العقد يطلق عليها المخاطر العادية *aléa mormals* هذا النوع يظهر في الحياة الاقتصادية وبصفة خاصة عندما يتعلق الأمر بمعاملات مالية يسود فيها الحذر واستخدام التكنولوجيا المتقدمة في إعداد الاحصائيات والدراسات اللازمة قبل إبرام العقد، ويشترط لإستفادة المتعاقد الذي أصيب بأضرار فادحة نتيجة وقوع الحدث أو الظرف ألا يكون وقوع هذا الحدث متوقعا وقت إبرام العقد، لانه لو كانت تلك الظروف متوقعة عند إبرام العقد، فكان في وسعه أن يأخذها في الإعتبار في ذلك الحين ومن ثم لا يجوز له التمسك بها بعد إبرام العقد.²

كما يدخل عنصر عدم توقع الحدث في العناصر المكونة لشرط القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة وهو ماجاءت به غرفة التجارة الدولية في الشروط النموذجية للقوة القاهرة والظروف الطارئة لسنة 1985، إذ نصت على أنه: " في حال وقوع أحداث غير متوقعة من الأطراف من شأنها أن تعدل بشكل أساسي توازن العقد الحالي وتؤدي إلى وقوع أعباء غير عادلة لأحد الأطراف أثناء تنفيذ إلتزماته التعاقدية، هذا القول أكدته أيضا مبادئ اليونيدروا عند تنظيمها لشرط إعادة التفاوض، إذ

¹ _ حليلة بن دريس، " مآل العقد التجاري الدولي في ظل تأثير وباء كورونا المستجد على تنفيذه "، المرجع السابق، ص408.

² _ أحمد مصطفى مُجد منصور العجوز، "إعادة التفاوض لمعالجة تغير الظروف في العقود الإدارية"، بحث مستخلص من رسالة دكتوراه، 2017، ص14.

أوجبت أن يكون الحدث غير ممكن التوقع من قبل المدين فنصت في المادة 6-2-2 على: "...إذا لم يستطع الطرف المضرور أن يأخذ في حسبانته مثل هذه الأحداث وقت إبرام العقد." ¹

ويتم تقدير إستطاعة المدين على التوقع بشكل واقع ووفقا لظروف كل حالة على حدى، كما أن تقدير مدى توافر شرط عدم التوقع يجب أن يكون وفقا للإحتمال الجاد لوقوع الحدث، ويقصد بالإحتمال الجاد لوقوع الحدث وجود فروض معقولة وحقيقية يستنتج منها بأن الحدث سوف يقع، أي هنالك درجة كبيرة من الإحتمال الجاد وترجع وقوع الحدث، لذلك فإن الإحتمال الغامض أو غير الواضح لوقوع الحدث لا يعتبر من قبيل توقع الحدث. ²

ثالثا: عدم إمكانية دفع الحدث وتجنب نتائجه: يدخل أيضا ضمن العناصر الواجب توافرها لإعمال شرط إعادة التفاوض عدم إمكانية المدين دفع الحدث الطارئ وتجنب نتائجه، ³ إذ يشترط لإعمال هذا الشرط ألا يكون بمقدار المدين دفع وقوع الحدث وتجنبه والتغلب على نتائجه السلبية الضارة ولو ببذل تضحيات وخسائر كبيرة فلو كان بإمكان المدين دفع الحدث أو تجنب نتائجه ولم يفعل رغبة منه في التمسك بشرط إعادة التفاوض لتغيير بعض بنود شرط العقد فإنه يكون محلا بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ⁴، وبالتالي إرادة الإنسان تمثل محور شرط عدم القدرة على الدفع، إذ تنعدم القدرة على التصرف في مواجهة القوة الضاغطة لواقعة معينة ذات تأثير فعال على سلوك الإنسان وعلى نحو يفقد معه قدرته على إتخاذ أي مسلك أو إتيان أي تصرف من شأنه تفادي الحدث، ويتخذ مفهوم القدرة على الدفع، في نطاق المسؤولية العقدية ومن الناحية العملية صورا شتى، فقد يكون بإمكان المدين أن يمنع وقوع الحدث ويتفادى النتائج الناجمة عنه بصورة مطلقة، وقد يكون

¹ - حليلة بن دريس، "إعادة التفاوض في العقود: دراسة على ضوء مبادئ اليونيدروا والتشريعات الوطنية"، المرجع السابق، ص252.

² - مهند عثمان خضير موسى الموسوي، "إلتزام إعادة التفاوض في العقود المدنية دراسة مقارنة بين فرنسا والعراق ومصر"، المجلة العراقية للبحوث الإنسانية والاجتماعية والعلمية، جامعة المصطفى الأمين، ع8، 2023، ص237.

³ - حليلة بن دريس، "إعادة التفاوض في العقود: دراسة على ضوء مبادئ اليونيدروا والتشريعات الوطنية"، المرجع السابق، ص253.

⁴ - سعيد يحيوي، المرجع السابق، ص243.

بإمكانه التقليل فقط من مقدار إمكانية وقوع الحدث وحجم نتائجه الضارة وقد يكون بإمكانه إتخاذ تدبير وقائي يساعد على الإقلال من حجم النتائج الضارة للحدث.¹

ففي الحالة الأولى يكون المدين قادرا على دفع الحدث وتفادي النتائج الناجمة عنه بشكل مطلق وعندئذ يعد الشرط متخلفا عن الحدث إذا لم يتم المدين بمنع وقوع الحدث وتفادي نتائجه، أما في الحالة الثانية لا يتحقق تقصير المدين، إلا إذا أغفل إتخاذ بعض الإحتياطات وإتيان بعض التصرفات التي تكشف ظروف الواقع عن أهميتها وضرورتها في تقليل حجم الحدث والآثار السلبية الضارة التي تنجم عنه، أما في الحالة الثالثة فيتعين على المدين المبادرة إلى إتخاذ التدابير الوقائية وهي التدابير التي يستطيع من خلالها الدائن توقي ماقد يصيبه من أضرار.²

الفرع الثاني: العناصر المتعلقة بالحادثة ذاته

وتتمثل هذه العناصر في عنصر إستثنائية الحادث وعنصر عمومية الحادث بالإضافة إلى عنصر إختلال التوازن العقدي.

أولاً: عنصر إستثنائية الحادث: المقصود بالحادث الإستثنائي " الحادث الذي يندرج في عداد الحوادث التي تتعاقب تقع وفقا لنظام معلوم، " أي ذاك الحادث الذي يندر وقوعه بحيث يبدو شاذا بحسب المألوف من شؤون الحياة، فلا يعول عليه الرجل العادي ولا يدخل في حسبه كالحروب والزلازل وانتشار الأوبئة إلى غير ذلك من الأحداث.³

¹ _ صفاء تقي عبد النور العيساوي، " القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة)"، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، 2005، ص32.

² _ ياسر شحادة مرزوق ضبابات، " أثر القوة القاهرة على الرابطة العقدية في نطاق المسؤولية العقدية ومدى إمكانية تعديل الأثر المترتب عليها (دراسة مقارنة)"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2018، ص73.

³ _ اقصاصي عبد القادر، " نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الإلتزام التعاقدية "، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، الجزائر، مج2، ع2، 2018، ص134.

حيث لا يكفي أن يكون مجرد وقوع الحدث غير مألوف، بل أن تكون الجسامة التي وقع بها غير مألوفة لندرة وقوعها، والهدف من إشتراط عنصر الإستثنائية هو من أجل تقليص مجال الخروج على مبدأ القوة الملزمة للعقد إلى الحد الذي يمكن من خلاله التوفيق بينها وبين إستقرار المعاملات.¹

إلا أنه لا يستفيد المتعاقد من إعادة التوازن المالي تحت عنوان الظروف الطارئة إذا ثبت تدخله في إحداث السبب، أو الطارئ الجديد وكذلك الحال ينبغي أن لا تكون الإرادة هي المتسببة في ظهور هذا الطارئ الجديد، فإذا كانت هي السبب في ذلك جاز مبادلتها تحت عنوان الإخلال بأحكام المسؤولية التقصيرية.²

ثانيا: عنصر عمومية الحادث: يقصد بعمومية الحادث أن يشتمل طائفة معينة من الناس وأن يغير في وضع عام³، ولا يشترط لتوافر صفة العمومية في الحادث أن يشمل الناس جميعا بل يكفي أن يمس طائفة منهم كالحريق الذي يلتهم حيا أو مدينة في ظروف إستثنائية غير متوقعة.⁴

ومعنى إتصاف الحادث بأنه عام وشامل أي: " ألا يكون الحادث إستثنائي خاصا بالمدين، ولا يشترط فيه أن يعم جميع البلاد، بل يكفي أن يشمل أثره عدد كبير من الناس، كأهل بلد أو إقليم أو طائفة منهم، كالزراع في جهة من الجهات أو منتجي سلعة بذاتها أو المتاجرين فيها."⁵

ويإشتراط وصف عمومية الظرف نخرج كل الظروف الخاصة بالمدين من إعمال أحكام النظرية كإفلاس المدين أو موته أو حريق أو غرق زراعته، فعمومية الحادث قد تنصرف إلى الناحية الشخصية

¹ _ حليلة بن دريس، " مال العقد التجاري الدولي في ظل تأثير وباء كورونا المستجد على تنفيذه "، المرجع السابق، ص 407، 406.

² _ سامية قلوثة، " نظرية الظروف الطارئة وأحكامها "، مجلة الفكر القانوني والسياسي، جامعة أحمد يحيى الونشريسي، الجزائر، مج 7، ع 1، 2023، ص 292.

³ _ فاطمة عاشور، المرجع السابق، ص 62.

⁴ _ اقصاصي عبد القادر، المرجع السابق، ص 135 .

⁵ _ مصعب إياد إبراهيم الكروي، " نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري " (دراسة مقارنة مابين القانون الأردني والعراقي والمصري)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2021، ص 50.

فيتحدد معيار العمومية بعدد الأشخاص المتأثرين بهذا الظرف، وقد ينصرف إلى الإقليمية فيتحدد بمقدار المساحة أو عدد الأقاليم التي تأثرت به وقد يندمج العنصران معا في تحديد وصف العمومية.¹

ثالثا: إختلال التوازن العقدي: إن الهدف من الالتزام بإعادة التفاوض هو الحد من الإضطراب الذي يطرأ على العلاقة التعاقدية بسبب ظروف حدث غير متوقع يؤدي إلى إختلال التوازن العقدي بصورة جسيمة، فلا يعد كل إختلال في توازن العقد مبررا كافيا لتطبيق أحكام شرط إعادة التفاوض، فيجب لتبرير طلب مراجعة العقد من خلال تطبيق أحكام شرط إعادة التفاوض، أن يترتب على تغير ظروف العقد إخلالا جسيما بتوازن الإلتزامات التعاقدية وإلحاق الضرر بالمدين، أي أن الإخلال المبرر لإعمال شرط إعادة التفاوض يجب أي يتجاوز المخاطر المألوفة التي يمكن توقعها من جانب المتعاقدين عند تنفيذ العقد.²

وإعتبار عنصر إختلال التوازن الاقتصادي للعقد هو ما يتم على أساسه إعمال شرط إعادة التفاوض، لذلك فعالبا ما يأتي هذا العنصر بأحد الصيغتين فإما أن يأتي في صيغة عامة يشير فيها الأطراف إلى عبارات تدل على الأثر الذي ينتجه الظرف الطارئ عند تنفيذ العقد كعبارة " إنقلاب توازن العقد "، أو إضطراب يغير بشكل كبير التوازن الأساسي للأداءات أو يستعمل الأطراف صيغة خاصة يتم على أساسها تحديد المسائل الجوهرية التي يجب أن يطالعتها الإختلال في التوازن، كمسألة الثمن، لذلك نجد من قبيل الصيغ الخاصة، الصيغة التي تنص على أنه " إذا وقعت أحداث من شأنها ارتفاع تكلفة الحصول على النقد، أو الإئتمان...، تساعد الصيغ الخاصة بعنصر إختلال الأداءات إلى تفادي الصعوبات التي قد تنشأ عند إستعمال المصطلحات العامة التي يثيرها الغموض أو تعدد التفسيرات.³

¹ بن يحيى شارف، " ضرورة إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري " (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، مج2، ع2، 2010، ص51.

² عثمان خيضر موسى الموسوي، المرجع السابق، ص239.

³ حليلة بن دريس، " مآل العقد التجاري الدولي في ظل تأثير وباء كورونا المستجد على تنفيذه " — دراسة على ضوء القوانين المقارنة وأحكام إتفاقيات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص407.

المطلب الثاني: القواعد التي تحكم إعادة التفاوض بحسن نية

يعد شرط إعادة التفاوض من بين أهم الشروط التي تدرج في عقود التجارة الدولية كونه وسيلة هامة لحل النزاعات التي تقوم بين أطراف العقد حيث أن مضمونه يتوقف على ما يتفق عليه الأطراف وبالتالي يحكمه مبدأ سلطان الإرادة إلا أن هذا المبدأ لا يطبق بصفة مطلقة فقد ترد عليه قواعد شكلية تتعلق بالمدة التي يجب أن يقبل فيها كل متعاقد الدخول في المفاوضات وكذا الطرق التي يتم فيها هذا القبول (الفرع الأول)، أما القواعد الموضوعية فتتعلق بحسن النية و روح التعاون بين الأطراف وأن تتم إقتراحاتهم بالعدالة و المنطقية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القواعد الشكلية التي تحكم إعادة التفاوض

تلعب القواعد الشكلية دورا هاما من الناحية العملية فتخلفها يثير العديد من المنازعات بين أطراف العلاقة العقدية خاصة فيما يتعلق بالمدة التي يلزم أن يجيب فيها المتعاقد على طلب المتعاقد الآخر على إعادة التفاوض وشكل هذا القبول وكذا المعيار المعتمد، حيث سنفصلها على النحو التالي:

أولا: قبول إعادة التفاوض: يولي الأطراف إهتماما بالحفاظ على سرية العقد التجاري الدولي، حيث يسعون إلى تفادي النزاعات التي قد تنشأ أثناء تنفيذه، مما يجعل إدراج شرط إعادة التفاوض في العقد ذا أهمية بالغة وهذا الأخير لا يتحقق إلا إذا قبل مبدأ إعادة التفاوض.

1_ مدة القبول: تكتسي المدة التي يجب أن يصدر خلالها قبول أحد المتعاقدين، الدخول في المفاوضات أهمية بالغة، وذلك للظروف المحيطة بعملية إعادة التفاوض، طالما أنها لا تهتم إلا لتفادي الأضرار الناتجة عن التغييرات التي حدثت في ظروف تنفيذ العقد، ولإيجاد حل مناسب يضمن إستمرار تنفيذ العقد.

تتسم تلك التغيرات عادة بالخطورة والجسامة، وتترتب عليها نتائج ضارة قد تلحق بكلا المتعاقدين أو أحدهما على الأقل، ودرءا لهذه الآثار الضارة فإنه يجب على المتعاقد أن يجيب طلب المتعاقد الآخر في أسرع وقت ممكن، إذ أن التباطئ في الرد قد يؤدي إلى تفاقم الضرر.¹

وفي عقود التجارة الدولية يتم تحديد مدة قبول التفاوض بشكل صريح أو ضمني، ولكن غالبا يكون ذلك بتحديد الضمني لأن أطراف العقد الدولي لن يكونوا على قدر من الإحاطة بكافة التفاصيل المتشعبة عن العقد وبالتالي يفوتهم تنظيم أمور موضوعية فكيف إذا كانت إجراءات شكلية.

2_ شكل القبول: بالنسبة لشكل القبول فإنه يحدد بإتفاق الأطراف كذلك كأن يتفق على

الإخطار العادي أو بالبريد المسجل، فإن لم يتحدد، فنحيل بشأن ذلك للتعامل السابق بين الطرفين خصوصا إن كانت علاقة الأطراف السابقة حسنة فإنه قد يكفي للقبول المشافهة أو الاتصال الهاتفي، أما إن لم تكن العلاقات ودية فيستحسن بيان طريقة القبول درءا للغموض في التفسير.²

وقد يثور تساؤل عن حالة ما إذا أبدى أحد الطرفين رغبته في إعادة التفاوض في العقد، وسكت المتعاقد الآخر عن إبداء رغبته في قبول أو رفض التفاوض، فهل يعد هذا السكوت قبولا أم رفضا للتفاوض؟

الأصل في إطار القانون المدني أن السكوت لا يعتبر تعبيرا عن الإيجاب لأن الإيجاب عرض والعرض لا يمكن أن يتحقق بسلوك سلبي، أي أنه لا يمكن أن يتم بمجرد إلتزام الصمت، وكذلك في القبول، إذ الأصل أنه لا ينسب إلى الساكت القبول، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعد قبولا.³

¹ صفاء تقي عبد النور العيساوي، المرجع السابق، ص214 .

² إبراهيم خالد عبد يحيى، " دور نظرية المشقة " hardship " في حفظ توازن العقد في التجارة الدولية "، رسالة ماجستير في تخصص قانون تجاري، كلية الدراسات العليا، الجامعة العربية الأمريكية، جنين، 2017، ص99.

³ صفاء تقي عبد النور العيساوي، المرجع السابق، ص214.

وعليه إن سكوت المتعاقد في العرض المقدم ينبغي أن يفسر على أنه موافقة من جانبه على الدخول في مرحلة المفاوضات العقدية، على إفتراض أن المتعاقد الآخر قد أبلغه بوقوع حدث القوة القاهرة، ودعاه إلى التفاوض.

ثانيا: المعايير المعتمدة في إعادة التفاوض: عندما تبدأ الأطراف عملية التفاوض حول بنود العقد وشروطه يتجهون نحو تحقيق هدف محدد، يتمثل إما في إعادة التوازن الأساسي الذي إختل بسبب وقوع القوة القاهرة، أو إلى رفع الضرر الذي أصاب أحدهم ، أما يقصدون على الامرين.

إلا أنه من النادر أن يتفق الاطرف على إختيار معيار معين تتم وفقا له عملية التفاوض بل يكتفوا بالنص على إعادة التفاوض فقط وبشكل عام يمكن إجمال هذه المعايير في: المعيار الموضوعي، والمعيار الشخصي، والمعيار المختلط.

1_ المعيار الموضوعي: لا يهتم الأطراف، وفقا لهذا المعيار، بالموقف الشخصي لأحدهم، فالاضرار الناجمة عن حدث القوة القاهرة والتي تلحق بأحدهم محل إعتبار أثناء إعادة التفاوض، لذلك فإنهم يقومون بمراجعة العقد، وفقا للمعيار الموضوعي على أساس حسابي بحث، ثم يقومون بإعادة تقييم كل العناصر الموضوعية للعقد بغية توصل إلى إتفاق جديد.

ومن أمثلة الشروط التعاقدية التي تتضمن الإشارة الى هذا المعيار الشرط الذي ينص على أن: "يجب أن يتم تعديل العقد بطريقة تضع الأطراف في موضع متوازن مقارنة بالوضع الذي كان موجودا وقت إبرام العقد الحالي".¹

2_ المعيار الشخصي: يركز على الأخذ بمجموعة من الظروف التي تحيط للمتعاقدين عند إعادة التفاوض، كموقف الطرفين من حدث القوة القاهرة ومقدار ما آل إليه من ضرر، ومقدار الفائدة إن وجدت التي حصل عليها الطرف الآخر، ومن أمثلة الشروط التي تتبنى المعيار الشخصي

¹ _ صفاء تقي عبد النور العيساوي، المرجع السابق، ص215.

ذلك الذي ينص على أنه: "يجب أن تتم المفاوضات بشكل عادل، وفي روح من الأمانة التي تعتبر الأساس في العلاقات التي تربط بين الأطراف وبشكل يأخذ في إعتباره الأضرار التي أصيبت المدين." "

وقد وجه الناقد إلى المعيار الشخصي، في الواقع، نظرا لإعتماده فكرة العدالة وهي فكرة مرنة غير محددة، كما أن تقديرها يختلف من عقد إلى آخر، ومن متعاقد إلى آخر، فإضفاء صبغة أخلاقية على العلاقة القانونية يسمح بكل التقديرات مما يؤدي بالضرورة، إلى فقدان الاستقرار الواجب توافره في العلاقات بين المتعاقدين.¹

ولهذا قد ظهر إتجاه جديد حاول دمج المميزات التي يتمتع بها المعيار الشخصي مع تلك التي يتمتع بها المعيار الموضوعي، وهو ما أدى إلى تطوير معيار جديد يعرف بالمعيار المختلط.

3_ المعيار المختلط: يجمع هذا المعيار، في الواقع عناصر المعيارين الشخصي والموضوعي كليهما، فهو يعتمد، من جانب على التوازن الأساسي في إلتزامات الأطراف، ويأخذ في ذات الوقت بفكرة العدالة في توزيع الربح والخسارة التي يتحملها كل طرف... ومن الشروط التي تأخذ بالمعيار المختلط الشرط الذي ينص على أنه: " في حالة وقوع أحداث غير متوقعة يكون من أثرها تغيير الصفقة الحالية مسببة ضررا لأحد الأطراف، فإنه وبنفس الروح التي كانت موجودة وقت إبرام العقد، يضع الأطراف إتفاقا حول تعديل وقت التنفيذ، بطريقة تعيد للأطراف إلى وضع متوازن مقارنة بالوضع الذي كان موجودا وقت إبرام العقد..."²

الفرع الثاني: إعادة للتفاوض وفقا لمقتضيات حسن النية

يعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ المعترف بها في كل الأنظمة القانونية فهو مبدأ يحكم تكوين العقد وتنفيذه، وقد كان للقانون الفرنسي تأثيرا كبيرا في الإعراف القانوني بحسن النية في تنفيذ العقود وجاء ذلك في المادة 1134 فقرة 3 من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل، وقابلتها العديد من

¹ ياسر شحادة مرزوق ضايات، المرجع السابق، ص 289.

² صفاء تقي عبد النور العيساوي، المرجع السابق، ص 216.

القوانين العربية القانون المدني المصري في المادة 148 والتي نصت على أنه: " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما إشتمل عليه وبطريقة تتفق على ما يوجبه حسن النية."¹

ويقصد بمبدأ حسن النية خلال التفاوض " إقدام المتفاوضين أو الراغبين في التعاقد على عملية التفاوض على أساس من الثقة والإستقامة في التعامل والإبتعاد عن أساليب الخداع و الإحتيال التي من شأنها بث أو إشاعة جو من عدم الطمأنينة لدى الأطراف."²

وتبعاً لذلك فإن المتفاوضين يلتزمون بإعادة التفاوض وفقاً لمبدأ حسن النية إذ أن عملية التفاوض ذاتها تشتمل على عنصرين ، الأول مادي يقصد به القيام بكافة الأعمال المادية التي تتطلبها عملية التفاوض، كالخطابات والمراسلات و الإجتماعات بين الأطراف، أما الثاني فمعنوي أو نفسي يقصد به أن يتخلى كل طرف من الأطراف المتفاوضة بحسن النية والنزاهة والأمانة طيلة فترة المفاوضات.³

أولاً: التعبير عن مبدأ حسن النية في عقود الاستثمار: تختلف طرق التعبير عن مبدأ حسن النية بشكل متعدد حسب ما يستخدمه الأطراف من مصطلحات مختلفة لوصف هذا المبدأ عند تنظيم شرط إعادة التفاوض على النحو الآتي:

1_الإلتزام بالتعاون: الإلتزام بالتعاون يلزم الأطراف ببذل كل الجهود لإزالة العقبات، التي من شأنها أن تقف في طريق إبرام العقد، وهذا أمر لا يتحقق إلا إذا كانت المفاوضات يسودها جو من التعاون ، ولأخذ والعطاء، فالمقصود بالتعاون هنا هو الإلتزام بالقيام بالعديد من التصرفات، من أجل ضمان السير الحسن للمفاوضات كتنظيم مواعيد جلسات التفاوض وأماكن إنعقادها، من أجل

¹ _ أنظر القانون المدني المصري.

² _ وفاء حلمى السعيد، " الإلتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية "، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر، القاهرة، ع42، 2023، ص1025.

³ _ أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص136.

ضمان السير الحسن للمفاوضات كتنظيم مواعيد جلسات التفاوض وأماكن إنعقادها، فضلا عن الإلتزام بحضور هذه الجلسات دون تأخير أو تخلف.¹

2_ الإلتزام بالإعلام : يعد الإلتزام بالإعلام من أهم الواجبات التي يفرضها مبدأ حسن النية في التفاوض، فهو يقرر إلتزاما على عاتق الطرفين بالإدلاء للطرف الآخر بكافة البيانات والمعلومات التي لديه بخصوص العقد الذي تجري المفاوضة بشأنه، وذلك لتفادي قبول أحد الأطراف إبرام العقد دون درايته أو خبرته بمحل هذا العقد، أو طبيعته أو حتى صفة المتعاقد الآخر.²

3_ الإلتزام بالسرية: لا يقصد بالسرية أن تكون المفاوضات غير علنية أي سريان جريان المفاوضات، بل السرية في المعلومات التي أتاحت المفاوضات للمفاوض الإطلاع عليها، وبالتالي يفرض على هذا الأخير كتمان كل ما يصل إليه من معلومات أو ما يكتشفه أثناء سير المفاوضات وما يتبادله من مستندات أو ما يدور بينهما من مناقشات التي يستلزمها إبرام العقد.³

وهناك تساؤل في هذا الصدد حول المعلومات التي تعد أسراراً وبالتالي يمنع إفشاؤها، ولإجابة تكمن في أن الأطراف أحيانا يوضعون المعلومات المهمة التي تعد أسراراً في إتفاق خاص، وذلك في بدايات التفاوض، ولكن قد يحصل ألا ينظموا ذلك، وهنا يتم اللجوء إلى ظروف العقد وطبيعة المعلومات في كل عقد.⁴

¹ _ بوطبالة معمر، " الإبطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية "، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2017/2016، ص80.

² _ أحمد السيد البهي الشوبري، " التفاوض التعاقدية: إطاره القانوني وأثره في الإلتزام "، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، ج1، جامعة الأزهر كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بدمنهور، مصر، مج6، ع4، 2019، ص1193.

³ _ بومعزة بارة نبهية، الإلتزامات التي تحكم المفاوضات في عقود التجارة الدولية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر، مج6، ع2، 2022، ص14.

⁴ _ يحي إبراهيم خالد عبد، المرجع السابق، ص229.

حيث جاء في المادة (1/46) من قانون المحاماة العراقي رقم 173 لسنة 1965 التي نصت على: " لا يجوز للمحامي إفشاء سر أو تلميح عليه أو عرفه عن طريق مهنته ولو بعد إنتهاء وكالته إلا إذا كان من شأنه منع إرتكاب جريمة ".¹

ثانيا: تطبيقات مبدأ حسن النية أثناء إعادة التفاوض: يتطلب السير السليم للعملية التفاوضية حضور كل طرف قاصدا العزم على الوصول إلى حل إيجابي مع الطرف الآخر، فلا يجوز أن تتملكه نية إضاعة الوقت والمماطلة والمجادلة في كل ما يطرح لمجرد الإضرار بالطرف الآخر، أو لا تلحق ضررا بهذا الأخير في أقل تقدير.²

ويقضي الأصل في إعادة التفاوض وفقا لمبدأ حسن النية ألا يكون مرتبط بتحقيق نتيجة، بمعنى لا ضير من عدم توصل الأطراف إلى إتفاق بتطويع العقد وفقا للظروف الجديدة فنجد بأن الأغلبية وعلى رأسها الفقيه فونتان " fontaine " يرون بأن الإلتزام بمراعاة حسن النية لا يعني الإلتزام بإتفاق في نهاية المطاف فقيام الأطراف بعملية إعادة التفاوض مع مراعاة جميع الواجبات التي ترد على عاتقهم بشكل بعيد عن الأنانية وتغليب المصالح الشخصية لا يتضمن أية مخالفة لمبدأ حسن النية وإن لم يتم التوصل إلى إتفاق والمراد من هذا التوجه أن هذا الإلتزام ما هو إلا إلتزام ببذل عناية.³

في حين من الفقه من يرى، أن الإلتزام بالتفاوض بحسن نية هو إلتزام بتحقيق نتيجة، وتتجسد تلك النتيجة في التحلي بحسن النية من قبل الأطراف المتفاوضة.⁴

وعليه فإن الإلتزام بإعادة التفاوض بحسن نية هو إلتزام ببذل عناية وليس تحقيق غاية، فقد لا يصل الأطراف إلى الحل، وقد تتكل المفاوضات بالنجاح، وهو ما نصت عليه مبادئ اليوندرورا في المادة 15-1-2: " للأطراف حرية التفاوض ولا يسألون من عدم التوصل لإتفاق "، أي أن الأطراف

¹ هلدري أسعد أحمد، " نظرية الغش في العقد "، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، م1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2011، ص175.

² صفاء تقي عبد النور العيساوي، المرجع السابق، ص229.

³ صانوري مهند أحمد محمود، المرجع السابق، ص141.

⁴ صفاء تقي عبد النور العيساوي، المرجع السابق، ص230.

الفصل الأول: التنظيم القانوني لشرط إعادة التفاوض في عقود الإستثمار

ماداموا قد بذلوا عنايتهم في الوصول إلى التعديل بغية إعادة التوازن فلا يسألون عن عدم وصولهم
لنتيجة.¹

¹ - يحي إبراهيم خالد عبد، المرجع السابق، ص108.

خلاصة الفصل الأول :

من خلال ما تقدم في هذا الفصل يتضح أن فكرة إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية وسيلة يلجأ إليها المتعاقدان لغرض حمايتهم من التغيرات التي قد تطرأ على العقد وتصل إلى حد الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد المبرم بينهما، لذلك يسعى الأطراف للمحافظة على هذا العقد والإستمرار في تنفيذه من خلال إعادة التفاوض حول بنوده، ويتميز شرط إعادة التفاوض بأنه شرط إتفاقي يتوقف على ما يتفق عليه الأطراف وهذا تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، كما أنه شرط خاص تختلف صورته باختلاف العقد مما يميزه عن غيره من الشروط الأخرى التي تدرج في عقود التجارة الدولية.

كما أنه لا بد لإعمال فكرة إعادة التفاوض توافر شروط متعلقة بالحادث والتي تتضمن عناصر متعلقة بالحادث المتصلة بالمدين وأخرى متعلقة بالحادث ذاته.

وترتيباً على ما تقدم كمحاولة لتحديد الإطار المفاهيمي لشرط إعادة التفاوض يستدعي الأمر التعرض إلى آثار شرط إعادة التفاوض في العقود الدولية، وهذا ما سنتناوله في الفصل الموالي.

الفصل الثاني: الآثار القانونية المترتبة على شرط
إعادة التفاوض في عقود الإستثمار

تحظى عقود الإستثمار بأهمية كبيرة على الصعيد العالمي بسبب إرتباطها بمشاريع ضخمة وكبيرة، بحيث يعتبر الإستثمار من أهم الركائز الاقتصادية لأي دولة فهو يساهم في تحقيق النمو الاقتصادي، لذلك فالدولة المضيفة للإستثمار تكفل إستقرار المعاملات الإستثمارية والإلتزام بالوفاء بجميع الضمانات التي تضمن إستمرار عقد الإستثمار الدولي، من خلال المحافظة على توازن هذا العقد من أي إخلال قد يصيبه نتيجة لتغير الظروف الاقتصادية والسياسية.

وهذا عن طريق إدراج شرط إعادة التفاوض في العقد بحيث يسمح بإعادة مراجعة بنود العقد مع المستثمر من خلال تبادل الآراء والمقترحات وإعادة النظر في الإلتزامات التعاقدية وتعديلها لكي تتلاءم مع المستجدات التي طرأت على العقد.

حيث يعمل هذا الشرط على ضمان إستقرار المعاملات الاستثمارية في حالة حدوث ظروف طارئة ومستجدة تؤدي إلى إختلال في التوازن العقدي وتسبب خسائر كبيرة لإحدى الأطراف، وبالتالي يتعين على طرفي العقد أن يجتمعا مرة أخرى لإعادة التفاوض ومراجعة شروط العقد بهدف إستعادة التوازن بين إلتزامهما والحفاظ على إستمرارية العقد، وتتنوع الطرق المتاحة لمراجعة العقد وإعادة التفاوض بشأنه، حيث تعرف الطريقة الأولى بالمراجعة الجزئية لعقد الإستثمار عندما تحدث ظروف إستثنائية تؤدي إلى إختلال في أحد عناصر العقد، وبالتالي يجب مراجعة هذا العنصر، أما الطريقة الثانية فهي مراجعة عامة تشمل جميع بنود العقد الإستثماري، وأي كانت الطريقة التي لجأ إليها الأطراف في المراجعة فإنه قد يسفر عن هذه المراجعة إما نجاح إعادة التفاوض و إستمرار تنفيذ العقد (نجاح المفاوضات) أو تبوء هذه العملية بالفشل (فشل المفاوضات).

فقد يتفق المتعاقدين على إستمرار تنفيذ العقد حتى في ظل وجود الإختلال وذلك للحفاظ على العلاقة العقدية لأن لأصل في عقود الإستثمار أن تبرم من أجل بقاءها وإستمرار تنفيذها على الرغم من كل الظروف، وعليه فأثناء فترة إعادة التفاوض قد يتحدد مصير العقد بإتفاق صريح بين الطرفين كونه من الشروط الإتفاقية يخضع لإرادة المتعاقدين.

كما قد تقضي العلاقة العقدية أن يتوقف تنفيذ العقد الذي حدث إختلال في توازنه، حتى يعاد التفاوض بشأنه ويعاد التوازن مرة أخرى.

وبناء على ما تقدم، نرى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: الإلتزام بمراجعة العقد.

المبحث الثاني: تنفيذ العقد خلال فترة إعادة التفاوض بين الإستمرار والتوقف.

المبحث الأول: الإلتزام بمراجعة العقد:

إن إدراج بند المراجعة في العقد من شأنه أن يتيح الفرصة لأطراف عقود الإستثمار لمراجعة شروط العقد، وهي وسيلة لتبادل الآراء والمقترحات وإعادة النظر في الإلتزامات التعاقدية وتعديلها عندما تتغير الظروف التي تم على أساسها عقد الإستثمار، مما يدفع الأطراف المتعاقدة إلى مناقشة شروط العقد والإتفاق عليها مرة أخرى، تماشياً مع المعطيات المستجدة، وهناك طرق عديدة لمراجعة العقد وإعادة التفاوض بشأنه أهمها المراجعة الجزئية والمراجعة الكلية للعقد، إلا أنه مهما كانت الطريقة التي يلجأ إليها الطرفان في مراجعته، فإنها قد تؤدي إلى إحتمال نجاح إعادة التفاوض وإستمرار تنفيذ العقد أو فشل عملية إعادة التفاوض وما يترتب عليها من آثار، ومن خلال ماسبق سيتم تقسيم هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: ماهية الإلتزام بمراجعة العقد.

المطلب الثاني: طرق مراجعة العقد ونتيجته.

المطلب الأول: ماهية الإلتزام بمراجعة العقد

يترتب على توافر شرط إعادة التفاوض في عقد الإستثمار إلتزام الطرفين بإعادة مراجعة شروط وأحكام العقد من جديد عند تغير الظروف التي على أساسها تم إبرام عقد الإستثمار، مما يؤدي بالأطراف إلى إعادة النظر في الإلتزامات العقدية وذلك لإعادة التوازن للعقد والحفاظ على بقاءه وإستمراره وحماية مصالح أطرافه، وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب بحيث خصصنا الفرع الأول لمضمون الإلتزام بمراجعة العقد أما الفرع الثاني خصصناه لطبيعة الإلتزام بمراجعة العقد على النحو الآتي:

الفرع الأول: مضمون الإلتزام بمراجعة العقد

إن إعادة النظر (مراجعة العقد) تشمل النقطة الجوهرية التي يسعى إعادة التفاوض إلى تحقيقها بعد حصول الإختلال في توازن العقد، وذلك لأن إعادة النظر تعمل على التقارب من أجل التوصل إلى حل مناسب لمعالجة النتائج الضارة التي أصابت العقد، ويمنح للأطراف فرصة الإستمرار والبقاء عن طريق تعديل أحكام العقد، وعليه فإن نظام إعادة النظر يعد وسيلة هامة لحل الخلافات والنزاعات التي قد تثور بين الأطراف أثناء تنفيذ عقد الإستثمار الدولي، وذلك عن طريق إلزام المتعاقدين بتبادل الإقتراحات التي قد تتضمن بعض التنازلات عن الطرفين لتوصل إلى قرار مدروس وملزم لطرفين حول أحكام العقد والوصول إلى إتفاق يخدم مصالحهم، لذلك إن شرط إعادة التفاوض لا يحقق الهدف المتوخى منه إلا إذا قبل الأطراف عملية إعادة التفاوض.¹

ويعد الإلتزام بإعادة التفاوض ومراجعة العقد هو الأثر الرئيسي المترتب على تضمين عقود الإستثمار لشرط إعادة التفاوض، والذي يمكن من خلاله الحفاظ على بقاء العقد وإستمراره، فلا شك أنه عندما يدرج شرط إعادة التفاوض " إعادة التفاوض " في العقد فإنه يسمح بمراجعة العقد، إذا أدى تغير الظروف إلى تعديل جوهري في توازن الإلتزامات التعاقدية، أدى إلى إختلاله.²

ويهدف شرط إعادة التفاوض بشكل رئيسي إلى المحافظة على التوازن الاقتصادي في العقد، حيث يسمح بمراجعة العقد عندما يؤدي تغير الظروف إلى تعديل أساسي في توازن الأداءات العقدية، ومن جانب آخر فإن وجود مثل هكذا شرط في عقد الإستثمار لا يؤدي إلى تقديم حلول مباشرة لمواجهة التغيرات في توازن أداءات الأطراف فهو لا يطبق بشكل آلي، لذا فإن الإلتزام الذي يفرضه هذا الشرط عند حدوث تغير جوهري في الظروف التي تم التعاقد على أساسها يتمثل في جلوس الأطراف على مائدة التفاوض، وعليه فإن وجود شرط إعادة التفاوض في العقد الإستثماري يؤدي إلى

¹ - بن طبال جهيدة، " شرط إعادة التفاوض في عقود الإستثمار الدولية "، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مبراح ورقلة، 2016/2017، ص46.

² - حسام الدين محمود حسن، المرجع السابق، ص141.

أمرين: الأول هو السماح للأطراف بالإقتراب بشكل مرن، ومن ثم التفاوض لإيجاد حل مناسب لمعالجة الأضرار التي لحقت بأحدهما والتي سببها تغير الظروف، والثاني هو أن هذا الشرط يعطي للعقد فرصة للإستمرار والبقاء عن طريق تعديل بعض أحكامه.¹

وتجدر الإشارة إلى أنه يتعين على الدولة المضيفة والمستثمر أن يتفقا على مدة معينة لعملية إعادة التفاوض ومراجعة العقد، وذلك نظرا لأن الإطالة في هذه المدة ترتب الكثير من الآثار السلبية، خاصة على الطرف المضروب، حيث لن يستطيع تحمل الإلتزامات المرهقة نتيجة تغير الظروف، لاسيما إن إستمر تنفيذ العقد خلال فترة إعادة التفاوض ومراجعة العقد.

ومن ثم فوجود شرط إعادة التفاوض يلزم طرفي عقد الإستثمار بأن يتقابلوا لمناقشة الحلول الممكنة، والتفاوض بحسن نية في إمكانية تعديل العقد، حتى يتلاءم مع الظروف المتغيرة.²

وبالرغم من أهمية إدراج هذه الشروط، والتي يطلق عليها الشروط الحكيمة أو المبتصرة، فإن البعض يرى أن أثر هذه الشروط محددة للغاية إذ أنها تفرض على الأطراف فقط إلتزام بإعادة مناقشة أحكام العقد ولا ترتب أي إلتزام بضرورة أن تنتهي هذه المناقشة إلى إتفاق حول تعديل نصوص هذا العقد، فهناك فارق كبير بين الإلتزام بإعادة التوازن الضروري للأداءات العقدية على ضوء الظروف الجديدة وبين مجرد الإلتزام بالتفاوض أو مراجعة العقد.³

الفرع الثاني: طبيعة الإلتزام بمراجعة العقد

لقد ثار جدل فقهي حول طبيعة الإلتزام بمراجعة العقد، فهناك من يعتبرها أنها إلتزام ببذل عناية، بينما يرى آخرون بأنه إلتزام بتحقيق نتيجة، وسوف نوضح هذين الإلتجاهين وفق مايلي:

¹ - محمد عامر شنجار، غسان أحمد، " الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الإستثمار "، المجلة الأكاديمية العلمية العراقية، كلية الحقوق جامعة النهدين، مج18، 2016، ص ص 53، 54.

² - حسام الدين محمود حسن، المرجع السابق، ص ص 142، 143.

³ - عصام الدين القصبي، " التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الإستثمار " المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، جامعة الإمارات، ص ص 217، 218.

أولاً: الإلتزام ببذل عناية¹: إن معظم الفقهاء قد إعتبر أن الإلتزام بإعادة النظر هو إلتزام ببذل عناية ومبرراتهم في ذلك، لأن إحتمال الاتفاق بعد إعادة النظر يبقى محتمل لأنه ليس من الضروري أن تؤدي هذه العملية إلى تحقيق النجاح، وبالتالي التوصل إلى إتفاق بين الطرفين متعلق بالظروف التي تحكم عملية إعادة النظر والتي لها الأثر الواضح على جعل هذه العملية إيجابية أم سلبية، أي أنه من الصعب أن تضع على عاتق الأطراف الإلتزام بالتوصل إلى إتفاق.²

حيث نصت على ذلك المادة 2-1-15 من مبادئ اليونيدرو المتعلقة بالتجارة الدولية على أنه: "للأطراف حرية التفاوض ولا يسألون عن عدم التوصل إلى إتفاق، مع ذلك يسأل الطرف الذي يتفاوض أو يقطع المفاوضات، بسوء نية، عما لحق بالطرف الآخر من أضرار، ويعد من قبيل سوء النية، بوجه خاص دخول طرف في التفاوض أو إستمراره فيه بالرغم من نيته عدم التوصل إلى إتفاق مع الطرف الآخر".³

كما أن إعتبر تعديل العقد نتيجة لإعمال الإلتزام بإعادة التفاوض، أمر لم تشر إليه شروط إعادة التفاوض المدروسة من قبل الفقه، بل من العكس من ذلك تفيد هذه الشروط بأن هذا الإلتزام إنما هو إلتزام ببذل عناية، إذ قضى شرك إعادة التفاوض بأنه: "...على الأطراف بذل جهدهم وبجس نية من أجل تجاوز المشاكل الاقتصادية بتفاهم مشترك، وبأي حال لا يقع على عاتق الأطراف إلتزام بعقد إتفاق بذلك".⁴

¹ - الإلتزام ببذل عناية هو الذي لا يكون فيه مضمون أداء المدين هو الغاية والهدف النهائي الذي يسعى الدائن إلى تحقيقه من وراء إلتزام المدين به بل يمثل فقط الوسيلة التي تؤدي في نهاية المطاف إلى تحقيق غاية الدائن وهدفه النهائي ولهذا يسمى هذا الإلتزام مثل إلتزام الطبيب فهو لا يتعهد بشفاء المريض حتى تمام شفائه. عسالي صباح، محاضرات في القانون المدني (مصادر الإلتزام)، ألقىت على طلبة السنة الثانية ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2021/2020، ص ص 10، 11.

² - بن طبال جهيدة، المرجع السابق، ص 47.

³ - مبادئ اليونيدرو المتعلقة بالتجارة الدولية، المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، روما، 1994، الترجمة العربية عام 2014.

⁴ - هني عبد اللطيف، "حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2017/2016، ص 127.

نلخص من ذلك أنه، وفقا لهذا الإتجاه، إذا كان طرفا عقد الإستثمار الدولي ملتزمين بالجلوس على مائدة التفاوض، إستنادا لتضمن العقد شرط إعادة للتفاوض إلا أنهما غير ملتزمين بالوصول إلى إتفاق إيجابي، وتحقيق نجاح هذه المفاوضات، طالما تمت مراجعة العقد وإعادة التفاوض بشأنه بحسن نية.¹

ثانيا: الإلتزام بتحقيق نتيجة²: يذهب جانب آخر من الفقه على إعتبار الإلتزام بإعادة النظر هو إلتزام بتحقيق نتيجة، ورائهم في ذلك أنه لولا إرادة المستثمر والدولة إلى الوصول إلى إتفاق مرضي أثناء حدوث الإختلال، لما أدرجوا شرط إعادة التفاوض، وذلك من أجل تحقق الغاية المقصودة من هذا الشرط، وذلك لأن الواقع أن إعادة النظر في هذا الغرض لها طبيعة خاصة وتعتبر فكرة جديدة أو نظام جديد يختلف عن التفاوض العادي الذي يسبق إبرام العقد، وتظهر هذه الخصوصية فإن إعادة التفاوض في العقود تتضمن نية الوصول إلى إتفاق بين الأطراف لا مجرد تبادل الرأي وذلك لأن الأطراف قد يستخدمون مصطلحات تدل بشكل أكيد على ضرورة الوصول إلى إتفاق.³

وعليه حسب رأينا فإننا نساند الرأي الأول القائل بأن الإلتزام بمراجعة العقد هو إلتزام ببذل عناية ذلك لأن شرط إعادة التفاوض هو إلتزام بإعادة مراجعة بنود العقد دون أن تؤدي هذه المراجعة إلى الوصول إلى إتفاق فعلي، ويساند قضاء التحكيم هذا الرأي، ففي القضية رقم 3937 لسنة 1973، أشارت هيئة التحكيم إلى أن الأطراف عليهم إلتزام بالدخول في المفاوضات ولكن لا شيء يلزمهم بأن يصلوا إلى إتفاق جديد.

ونفس الأمر في قرار التحكيم الصادر في القضية رقم 6219 لسنة 1960 فقد أكدت هيئة التحكيم على أن الشركة Y عليها إلتزام بالتفاوض بحسن نية مع الدولة الإفريقية على تقسيم ديون

¹ - حسام الدين محمود حسن، المرجع السابق، ص144.

² - الإلتزام بتحقيق نتيجة هو الذي يكون فيه مضمون إلتزام المدين يمثل الغاية التي يسعى الدائن إلى تحقيقها من جراء إلتزام المدين مثل إلتزام البائع بنقل الملكية وإلتزام المشتري بدفع الثمن. عسالي صباح، المرجع السابق، ص10.

³ - بن طبال جهيدة، المرجع السابق، ص48.

هذه الأخيرة، ولكنها لم تعتبر هذه الشركة قد خالفت هذا الإلتزام عندما لم تصل معها إلى إتفاق بخصوص هذا الدين.¹

المطلب الثاني: طرق مراجعة العقد ونتيجته

تتم مراجعة عقود الإستثمار بإحدى الطريقتين، الأولى تسمى طريقة المراجعة الجزئية، أما الثانية فهي طريقة المراجعة الكلية، بحيث يلجأ الأطراف إلى إدراج شرط الإلتزام بمراجعة العقد بهدف المحافظة على توازن الإلتزامات التعاقدية بينهما من تغير في الظروف الاقتصادية التي قد تطرأ على عقد الإستثمار، كما أن الإلتزام بإعادة التفاوض ومراجعة العقد قد يؤدي أيضا إلى نجاح عملية إعادة التفاوض وتوصل الأطراف المتعاقدة إلى حل مشترك يخدم مصالحهم المشتركة وعلى عكس ذلك قد تبوء هذه العملية بالفشل، ومن ثم يثور تساؤل حول مصير العقد بعد هذه المرحلة، وعليه قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين بحيث ذكرنا في الفرع الأول طرق مراجعة عقد الإستثمار، بينما الفرع الثاني خصصناه لتحديد مصير العقد وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: طرق مراجعة عقد الإستثمار

قد يتم مراجعة عقد الإستثمار بإحدى الطريقتين، إما طريقة المراجعة الجزئية أو طريقة المراجعة العامة لعقد الإستثمار، والذي سنوضحه على النحو الآتي:

أولاً: المراجعة الجزئية لعقد الإستثمار: يقوم أطراف التعاقد بإدراج شرط في العقد يسمح بمراجعة العقد في حال حدوث أسباب معينة أو ظروف يتم النص عليها على سبيل الحصر، وبالتالي لا يلزم الأطراف بمراجعة العقد إذا كان السبب في إختلال إقتصاديات العقد يرجع لسبب غير السبب الذي تم ذكره في هذا الشرط.²

¹ - شريف غنام، المرجع السابق، ص 409.

² - محمد أبو بكر وآخرون، " شرط إعادة التفاوض في العقود المبرمة بين الدولة والمستثمر "، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة مدينة السادات، جمهورية مصر العربية، مج 9، ع 4، 2023، ص 1317.

بحيث يتفق الأطراف صراحة على أنه إذا طرأت حوادث من شأنها الإخلال بعنصر من عناصر العقد، وجب إعادة التفاوض بشأنه للتوصل إلى حل بخصوصه بما في ذلك مثلاً: شرط التسليم من حيث زمانه، أو مكانه، أو ركن الثمن في عقود البيع، والعقود التي تعتبر في جوهرها بيعاً، أو أجرة المقاول في عقود المقاولات، وبذا يتفادى الأطراف احتمال عدم وفاء المدين بإلتزامه للظروف المستجدة غير المتوقعة بما يسمح ومواجهة الظروف المتغيرة، وتحديد وسائل علاجها مسبقاً عن طريق إعادة التفاوض على العنصر الوارد بشأنه شرط المراجعة.¹

وتجدر الإشارة إلى أن شرط المراجعة الجزئية لعقد الإستثمار لا يسمح لأحد المتعاقدين بتعديل العقد تلقائياً، متى حدث الظرف المذكور في الشرط، ولكن لا بد من تدخل طرفي العقد مرة أخرى، وإعادة التفاوض بخصوصه للتوصل إلى حل للنزاع.

ويمكن أن يرد الاتفاق على شرط المراجعة الجزئية بالصيغة الآتية: " إذا حدث تغير جذري، أو نسبة ما في ثمن المواد الأولية، يلزم أطراف العلاقة التعاقدية بإعادة التفاوض مرة أخرى للتوصل إلى حل محدد لمواجهة التغير المذكور".²

وتتميز شروط المراجعة الجزئية كذلك بأن مقدار التغير، أو نسبته في العنصر الوارد بشأنه الشرط لا يتحدد مقدماً في العقد، بل يتم عن طريق إعادة التفاوض، وبذا يمكن أن يثور الخلاف، بينهما أو تفشل المفاوضات فيصير العقد إلى الفسخ، أو يحدث إختلاف إتفاق يتحقق به بقاء العلاقة التعاقدية قائمة، برغم تغير الظروف اللاحقة.³

¹ - أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 130.

² - حسام الدين محمود حسن، المرجع السابق، ص 147.

³ - أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 131.

ثانيا: **المراجعة العامة لعقد الإستثمار**: وهي التي تسمح للأطراف بأن يتقابلوا لمناقشة الصعوبات التي يواجهها تنفيذ العقد، لمحاولة إيجاد حل مناسب لها، وتخص هذه الشروط عادة كل عناصر العقد وأبرزها شرط القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض.¹

قد يدرج الشرط الذي يسمح بالمراجعة العامة لأحكام العقد بهذه الصيغة: " روح الاتفاق تقتضي أن يحفظ دائما التوازن الحالي لأداءات المتعاقدين، لذا من المناسب نتيجة لذلك، أنه في حالة وقوع أحداث مهمة تخل بشكل كبير بهذا التوازن، أن يتفاوضوا ".¹

وتجدر الملاحظة أن العديد من أحكام التحكيم الدولية قد اعترفت بوجود عادة تجارية دولية، مقتضاها إلزام طرفي العقد بإعادة التفاوض بحسن نية حول الأمور التي أدت إلى إختلال التوازن المالي للعقد، ونشير في هذا الخصوص إلى حكم تحكيم غرفة التجارة الدولية رقم 2540، حيث يستوجب أن يبحث كل من أطراف العقد عن وسيلة ملائمة يعيد بها توازن العقد في حالة إضطراب إقتصادياته، وأن ذلك يعد من مقتضيات واجب الأمانة التعاقدية، التي تستلزم إعادة التفاوض حول الأمور التي إختل توازنها بسبب الظروف المتغيرة التي حدثت أثناء تنفيذ العقد.²

صفوة القول أن شرط المراجعة وإعادة التفاوض بشأن العقد الذي أصابه إختلال في توازنه المالي هو شرط إرادي يسعى الأطراف من خلاله إلى حماية مصالحهم من تقلبات الظروف المحيطة بتنفيذ عقودهم، ويختلف مضمونه بحسب طبيعة العقد والمحل الذي يرد عليه، وتبعاً أيضاً للأحداث والظروف التي تواجه أطراف العقد، كما قد يتفق الأطراف على مراجعة العقد بمجرد حصول الضرر، وقد يعلقون التفاوض على درجة وجسامته الضرر، ويتم التفاوض والمراجعة وفقاً لمقتضيات مبدأ حسن النية

¹ - خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 77.

² - حسام الدين محمود حسن، المرجع السابق، ص ص 149، 148.

وشرف التعاون، كما قد يلجأ الأطراف إلى تعيين مختص أو خبير جدير بتقديم المساعدة اللازمة من أجل التوصل إلى الحلول الملائمة لإعادة التوازن المالي للعقد.¹

الفرع الثاني: نتيجة مراجعة العقد

يعتبر الإلتزام بشرط إعادة التفاوض من الحلول التي يسعى الأطراف المتعاقدة إتباعها من أجل إنجاح وإستمرار تنفيذ العقد ومواجهة الظروف المؤثرة به، وقد يكون عكس ذلك نتيجة لعدم توصل الأطراف إلى حل يرضي الطرفين مما يؤدي إلى فشل المفاوضات.

أولاً: في حالة نجاح المفاوضات: إن غاية إنشاء إعادة التفاوض سببها هو الوصول إلى نتيجة إيجابية للمفاوضات ويترتب على النتيجة الإيجابية إعادة التوازن إلى العقد من خلال تعديل شروط العقد بصورة تزيل هذا الإختلال.²

يتوقف نجاح المفاوضات على إيمان كل طرف بأن التفاوض هو الطريق الوحيد للحل، حيث تكمن أهمية المفاوضات ودورها في إنهاء الخلاف في أن التفاوض لا يقتصر على بحث الحلول للنزاع المطروح بل هو أيضا يعد أداة للتعامل مع النزاع بوسائل أخرى أكثر ملائمة، وتجدر الإشارة إلى أن نجاح المفاوضات يتوقف أيضا على تعادل القوى التفاوضية بين الطرفين والذي يمثل منعكسا إيجابيا يدعم فعالية التسوية الودية، كما قد يجعل الأطراف من المفاوضات وسيلة لإعادة تشكيل العلاقة المصلحية بينهم من خلال بحث إمكانية الوصول إلى بعض المصالح بأساليب جديدة أقل تكلفة للأطراف المتعاقدة.³

¹ - بوطالة معمر، " دور أطراف عقد الإستثمار الدولي في إعادة توازنه المالي "، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، مج34، ع2، 2023، ص705.

² - أحمد مُجَّد الصديق، " الآثار المترتبة على إعادة التفاوض كوسيلة لحل منازعات عقود الإستثمار الدولية "، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والعلوم السياسية جامعة كركوك، مج10، ع2، 2020، ص451.

³ - سماعيل حسام الدين، " النظام القانوني لعقد التأمين على الإستثمارات الدولية "، أطروحة دكتوراه، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2020، ص276.

فإذا إحترم الأطراف مرحلة إعادة التفاوض، وذلك بتحمل كافة الأعباء الناجمة عن صعوبة تنفيذ العقد، آخذين بعين الإعتبار أهم الإلتزامات الناتجة عن تنفيذ العقد، من إلتزام بالتعاون لتسهيل عملية التفاوض والإمتناع عن كل فعل من شأنه أن يؤدي إلى إفشال المفاوضات والإلتزام بالإعلام عن كل الصعوبات التي إعتضت تنفيذ العقد، وكذا حسن النية وما تفرضه من الثقة والإخلاص بين الطرفين وأخذ المناقشات والإقتراحات بجدية ونزاهة من كليهما، فإن النتيجة تكون حتما إيجابية، لأن الهدف من إعادة التفاوض هو الحفاظ على العقد دون إلحاق ضرر بأحد المتعاقدين، وبالتالي فالمقصود بنجاح المفاوضات هو وصول الأطراف إلى نتيجة إيجابية وهي تعديل العقد.¹

وهذا ما حدث في الجزائر في قضية Anadarko، وهي شركة بترول أمريكية أبرمت عقد إستغلال بترولي مع شركة سونطراك، وأثناء تنفيذ هذا العقد، فرضت الجزائر ضريبة جديدة تسمى ضريبة الأرباح الإستثنائية، بموجب الأمر 06-10 المتعلق بقانون المحروقات، والذي نصت مادته رقم 101 مكرر في ف 1 و 2 على أنه: " بغض النظر عن أحكام المادة 101 يطبق رسم غير قابل للحسم على الأرباح الإستثنائية التي يحققها الشركاء الأجانب على حصة الإنتاجية الخاصة بهم، عندما يكون الوسط العددي الشهري لأسعار البترول يتجاوز 30 دولار للبرميل الواحد"، ونتيجة لهذا النزاع على الضريبة قام الطرفان بإعادة التفاوض ومراجعة العقد، وتوصلا إلى إتفاق إيجابي، قضى بتعديل بعض أحكام العقد بما يعيد التوازن مرة أخرى لإلتزاماتهما الناشئة عن العقد.²

وعليه في حالة نجاح المفاوضات، بحيث توصل أطراف العلاقة التعاقدية إلى نتيجة إيجابية بإستمرار التنفيذ عقب التغلب على الصعوبات التي فرضتها الحوادث الطارئة، فإن أهم المشكلات التي تثار بهذا الخصوص تتعلق بالتساؤل حول ما إذا كان إستمرار العقد بعد إعادة التفاوض تعديلا للإتفاق الأصلي، أم تجديدا له، والواقع أن المسألة تبقى نسبية وهي تختلف من شرط لآخر بحسب صياغة عبارته، ولذلك قد يعتبر الأمر تجديدا للإتفاق الأصلي إذا ترتب عليه تغير الإلتزامات

¹ - أحمد مروك، " شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2014/2015، ص 233.

² - حسام الدين محمود حسن، المرجع السابق، ص 150.

الجوهرية، لا سيما إذا كان شرط إعادة التفاوض يتناول جميع أحكام العقد، أما إذا تبين أن نية المتعاقدين من شرط إعادة التفاوض تنصرف إلى الإبقاء على العقد الأصلي، أو إذا إنصبت المفاوضة على بعض المسائل الثانوية في العقد ففي هذه الحالة يعتبر الاتفاق الجديد تعديلا للاتفاق الأصلي لا بتجديدا له.¹

إذ أن المهم في هذه المسألة هو المحافظة على العقد، أي أن العبرة بنتائج هذا التعديل، حيث يرى الأستاذ ALMEIDA: " أنه مهما يكن فإن التعديلات المتفق عليها من قبل الأطراف تؤدي إلى نتائج محددة تتمثل في:

-تعديل محل الإلتزام الرئيسي (كتغيير الأداء أو أجل التنفيذ).

-خلق إلتزام أو عدة إلتزامات جديدة.

-إنقضاء إلتزام أو عدة إلتزامات.

-تحديد إلتزام أو عدة إلتزامات جديدة.²

ثانيا: في حال فشل المفاوضات: في حالة فشل المفاوضات بسبب إعادة التوازن المالي للعقد بسبب عدم إلتزام أحد الأطراف بالبداية في التفاوض والإستمرار فيه، أو عدم مراعاته لمقتضيات حسن النية وشرف التعامل أو بسبب عدم توصل الأطراف إلى إتفاق حول المسائل المعروضة على طاولة المفاوضات³، وكذلك في حال رفض التفاوض، وقطع المفاوضات بسوء نية بعدم حضور جلسة التفاوض أو عدم الرد على مراسلات الطرف الآخر، فيكون بذلك قد إرتكب خطأ عقديا، فالأطراف ملزمون بالتمسك بإبداء إقتراحات جدية، وبالتالي لا يجوز لأحدهما إستغلال هذه المرحلة لإفشالها.

¹ - السلماني، عبد الرحيم، المرجع السابق، ص ص230،231.

² - هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ص172،173.

³ - بوطبالة معمر، " دور أطراف عقد الإستثمار الدولي في إعادة توازنه المالي "، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الجزائر، مج34، ع2، 2023، ص706.

ومهما كانت الأسباب التي تؤدي إلى فشل المفاوضات، فالتساؤل الذي يثور في هذا المقام حول مصير العقد الأصلي في حالة فشل المفاوضات هل يزول هذا العقد، أم يبقى قائما مستمرا منتجا لأثاره؟

تتوقف الإجابة عن هذا التساؤل على وجود أو عدم وجود إتفاق مسبق بين الأطراف حول مصير العقد في حالة فشل المفاوضات، وعليه نجد حالتين:

1- حالة وجود إتفاق مسبق بين الأطراف حول مصير العقد: يتأثر سلوك المتعاقد أثناء

إعادة التفاوض بالوسيلة التي يختارها الأطراف لكل المشاكل التي قد تنور عند فشل المفاوضات، مما يؤثر في النهاية على مصير العقد، وتتعدد صور الاتفاق بين الأطراف حول مصير العقد في حالة فشل المفاوضات، فقد يختار المتعاقدون في العقد إعطاء حق الفسخ لكل منهما، في حالة عدم الوصول إلى إتفاق، ومثال الشرط الذي ينص " إذا لم يتوصل الأطراف إلى إتفاق في مدة معقولة فيمكن لكل طرف منهما أن يفسخ العقد، أو يفسخ الجزء الذي لم ينفذ بعد.¹

كما قد يتفق الأطراف اللجوء إلى الغير للإستعانة به عند عدم توصلهم إلى إتفاق، فإن الأطراف قد ينضمون ذلك عند إبرام العقد أو في إتفاق مستقل أو عند الدخول في المفاوضات، أو بعد الفراغ منها، وقد يحدد الأطراف هذا الغير بأن يكون محكما أو وسيطا أو مصالحا أو موقفا.²

2- في حالة وجود إتفاق مسبق بين الأطراف حول مصير العقد: إن عدم تنظيم الأطراف

لحالة فشل عملية التفاوض ليس له تفسير سوى متابعة تنفيذ العقد وذلك وفقا لما أقرته الممارسة التعاقدية في نطاق عقود الإستثمار، وهو ما عبر عنه الأستاذ Oppetit أنه: " في حالة عدم إتفاق الأطراف حول التعديلات اللازمة للعقد، فالأصل أن يبقى هذا الأخير ساري المفعول بجميع شروطه،

¹ - أحمد مروك، المرجع السابق، ص ص 235، 236.

² - صفاء تقي عبد النور العيساوي، المرجع السابق، ص 238.

مالم يوجد شرط صريح بخلاف ذلك، إذ يجد هذا المبدأ أساسه المنطقي في كون الإلتزام بإعادة التفاوض إلتزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة".¹

كما يذهب بعض الفقه إلى أن الحل الذي يجب إتباعه في هذه الحالة هو لجوء الأطراف إلى التحكيم وعلى المحكم أن يفضل في كل أوجه النزاع، بينما ذهب البعض الآخر إلى حل فسخ العقد ويروونه أكثر الحلول منطقية في هذه الحالة بل ويذهب البعض منهم إلى أبعد من ذلك فقرر أن عملية إعادة التفاوض تتضمن في ذاتها إنهاء العقد بشكل ودي في حالة عدم وصول الأطراف إلى إتفاق.²

إلا أنه من وجهة نظرنا فإن اللجوء إلى التحكيم يعد الحل الأنسب حيث أنه في حالة عدم إتفاق الأطراف يكون للمحكم الحرية الكاملة في تقدير الإجراء الذي يمكن إتخاذه، وهذا الأمر يتفق مع المادة (٢٦) (٢٤) من اللائحة التنفيذية لنظام الإستثمار السعودي، التي نصت على تشكيل مجلس الإدارة وفقاً للفقرة الثانية من المادة الثالثة عشر من النظام التي تنص على ضرورة تكوين لجنة مكونة من رئيس وعضوين على الأقل، تسمى " لجنة تسوية منازعات الإستثمار "، لنظر المنازعات التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي وشركائه السعوديين، كما لها الحق في حل النزاع ودياً، وإذا تعذر يتم حسمه عن طريق التحكيم، وفقاً للنظام السعودي (٢٥).³

وعندئذ تكون سلطة المحكم لإعادة التوازن العقدي بما يمنحه الطرفين بإتخاذ مايراه مناسباً أما بإعادة التفاوض إذا رأى أن الطرفين قادرين على إيجاد حل توافقي بمساعدة الهيئة التحكيمية، أو إعادة ترتيب شروط العقد (توزيع عبء الخسارة بين الطرفين، إنقاص الإلتزام المرهق، زيادة الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق، التعويض وأخيراً الفسخ) ولا يوجد حصر لحالات التي يمكن أن يلجأ إليها المحكم لإعادة التوازن وهي نفس الأحكام التي يمكن أن يقرها المحكم في حالة عدم وجود بند يقضي بوجود شرط إعادة التفاوض، ومع الأخذ في الإعتبار أن بعض من الفقه يرى ان المنازعات المتعلقة

¹ - هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص185.

² - شريف غنام، المرجع السابق، ص434.

³ - حسن، سامية عوض مجّد، " الضمانات العقدية للإستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية: دراسة مقارنة "، مجلة بحوث كلية الآداب، جامعة المنوفية كلية الآداب، مصر، مج30، ع117، 2019، ص720.

بتعديل العقد تعدد منازعات غير قانونية لأنها تقوم على إعتبارات غير قانونية ويكمن أساسها في الإختلال بالتوازن الاقتصادي ومن ثم يتم تسويتها إستنادا إلى مبادئ العدالة وحسن النية، أي أنه يجب على المحكم في غياب قواعد تنظم سلطته الإلتزام بحرفية الاتفاق أما إذا أعطي له الضوء الأخضر وما يراه ملائما فله أن يعدل شروط العقد بموافقة الطرفين أو منحه الحكم بما يمليه عليه رأيه بما يوفق بين مصالح الطرفين.¹

¹ - رضوان ربيعة، "فض منازعات عقود الإستثمار الدولية بين القضاء والتحكيم"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2020، ص278.

المبحث الثاني: تنفيذ العقد خلال فترة إعادة التفاوض بين الإستمرار والتوقف

قد يحدث أن تنشأ أثناء تنفيذ عقود الإستثمار حوادث غير متوقعة تجعل من تنفيذ العقد غير مجدي بالنسبة إلى أحد طرفيه، الأمر الذي يؤدي إلى إدراج شرط إعادة التفاوض كآلية قانونية للمحافظة على العقد والإستمرار في تنفيذه، حيث يسمح هذا الشرط لأحد طرفي العقد أن يطلب إعادة مراجعة وتعديل العقد متى طرأت تغيرات في المعطيات الأساسية للعقد، إلا أنه من المسائل الجوهرية التي قد تثار أثناء أعمال شرط إعادة التفاوض هو مصير العقد أثناء المدة التي تتطلبها المفاوضات وهي مدة قد تطول أو تقصر بحسب أهمية الظروف المستجدة ومدى تأثيرها على تنفيذ العقد، فقد يستمر العقد في التنفيذ رغم حدوث تغير في الظروف المحيطة بتنفيذه وهو الأصل العام لشرط إعادة التفاوض، وعلى الرغم من إتخاذ مسلك إستمرارية تنفيذ إلتزامات العقد هو مبدأ إختياري متوقف على إرادة الأطراف، إلا أنه قد ينتج عن إستمرار التنفيذ في ظل وقوع الحدث المخل نتائج غير مقبولة تسفر عن آثار سلبية، الأمر الذي فرض على الواقع العملي لعقود الإستثمار إستحداث آلية تسمح لأطراف العقد بتوقيف تنفيذه خلال فترة سريان إعادة التفاوض إلى حين التوصل إلى إتفاق جديد ينظم الإلتزامات التي أصبحت مرهقة بسبب وقوع إختلال في العقد، وعليه سيتم تقسيم هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: إستمرار تنفيذ العقد

المطلب الثاني: وقف تنفيذ العقد

المطلب الأول: إستمرار تنفيذ العقد

تقوم فكرة إعادة التفاوض في العقود على السماح بإستمرار العلاقة العقدية، ذلك أن الفكرة الأساسية التي يركز عليها هذا الإلتزام هي بقاء العلاقة العقدية¹. والأصل في عقود الإستثمار أن

¹ - علاء الدين عبد الله فواز، "الجوانب القانونية للإلتزام بإعادة التفاوض ومراجعة العقود: دراسة في القانون الفرنسي والأردني ومبادئ القانون الموحد حول التجارة الدولية ومبادئ القانون الأوروبي للعقود"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، مج38، ع1، 2014، ص626.

تبرم من أجل بقائها وإستمرار تنفيذها مهما كانت الظروف، وهو مانصت عليه معظم عقود الإستمرار الدولية عند إدراج أطرافها لشرط إعادة التفاوض، لذا سيتم التطرق إلى أساس إستمرار تنفيذ العقد (كفرع أول)، كما أن متابعة تنفيذ العقد خلال إعادة التفاوض لا يحول دون حدوث نتائج سلبية وهو ماسيتم تناوله (كفرع ثان).

الفرع الأول: أساس إستمرار تنفيذ العقد

قد يشترط المتعاقدين في شروطهم التعاقدية على أنه أثناء عملية التفاوض يتم إستمرار تنفيذ العقد حتى في حالة وقوع الإختلال لهذا العقد، وهذا هو الأصل الذي يسير عليه معظم المتعاقدين في عقود الإستثمار الدولية، وهذا الإستمرار في متابعة تنفيذ العقد يعد كأثر لشرط إعادة التفاوض والذي يستمد أساسه من هذا الأخير، لذلك يمكن أن يكون أساس هذا الإستمرار هو الاتفاق الصريح للأطراف، أو يكون بسكوت الأطراف.¹

أولاً: الاتفاق الصريح على الإستمرار في تنفيذ العقد: قد يشير أطراف العقد صراحة إلى متابعة تنفيذ العقد أثناء عملية إعادة التفاوض، كالشرط الذي قضى بأنه: " يستمر تنفيذ العقد أثناء أو خلال فترة التفاوض الرامية إلى تعديل العقد"، كما قد يشير الأطراف بصورة أدق إلى متابعة تنفيذ العقد كما كان قبل إختلال توازنه، كالشرط الذي قضى بأنه " يتم متابعة العقد أثناء عملية التفاوض الرامية إلى تعديل العقد طبقاً للوضع الذي كان سائداً قبل تغير الظروف أو قبل تحقق آثار هذا التغيير ".²

كما يجب على الأطراف أن يلتزمون بما تم الاتفاق عليه في شروطهم التعاقدية دون علم الدولة المضيفة، فإن هذه الأخيرة من حقها فرض عقوبات مالية على المستثمر وردعه لإجباره عن الوفاء، وذلك لأن معظم إتفاقات الإستثمار نجدها تنص: يجب على كل طرف متعاقد التقيد بإلتزامه بما تم

¹ - جهيدة بن طبال، المرجع السابق، ص32.

² - هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص161.

الاتفاق عليه في الشروط التعاقدية¹، لذا فتطبيق شرط إعادة التفاوض وأثره على مصير العقد أثناء هذه المرحلة يتوقف على الاتفاق الذي تم بين طرفي عقد الإستثمار الدولي مسبقاً، والذي يتعين أن تتم صياغته بشكل دقيق وواضح لا يثير الشك حول رغبة الأطراف في الإستمرار في تنفيذ العقد خلال فترة إعادة التفاوض.²

ثانياً: سكوت الأطراف على تنظيم مصير العقد خلال فترة إعادة التفاوض: في حالة

سكوت الأطراف عن تنظيم مصير العقد خلال فترة إعادة التفاوض لا يمكن ترجمته إلا على أنه قبول من الأطراف بمواصلة ومتابعة تنفيذ العقد في مرحلة إعادة التفاوض، إذ أن مبدأ تنفيذ العقد لا يقبل الإستثناءات إلا بوجود إرادة صريحة من قبل الأطراف وإذا بقي الأطراف ملزمون بإحترام إلتزاماتهم، حتى ولو صار تنفيذها مرهقاً، وهذا ما أشارت إليه مبادئ القانون الموحد unidroit في المادة 6-2-1 تحت عنوان إحترام العقد إذ نصت على: إن الأطراف ملزمون بإحترام الاحكام التالية والمتعلقة ب harship.³

كما أن مبادئ القانون الأوروبي للعقود pdec أشارت إلى مبدأ متابعة تنفيذ العقد ولو كان هذا التنفيذ مرهقاً لأحد الأطراف، وذلك في غياب النص الصريح من قبل الأطراف على ما يخالف ذلك، إذ قضت المادة 6-111 ف1، التي جاءت تحت عنوان تغير الظروف يلزم المتعاقد بتنفيذ إلتزاماته ولو كان هذا التنفيذ جد مرهق له سواء كان ذلك من خلال زيادة تكاليف التنفيذ أو إنخفاض قيمة مقابل الأداء.⁴

¹ - جهيدة بن طبال، المرجع السابق، ص34.

² - حسام الدين محمود حسن، المرجع السابق، ص156.

³ - أمير محمد، " إعادة التفاوض كوسيلة لحل منازعات عقود المقاولات (الفيديك) "، مجلة دفاتر قانونية، محمد لشقار، ب.ب.ن، ع18، 2023، ص79.

⁴ - هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص168.

الفرع الثاني: الآثار السلبية لإستمرار تنفيذ العقد خلال إعادة التفاوض

عادة ما تكون عقود الإستثمار عقود طويلة الأمد، الأمر الذي يجعلها عرضة للظروف والمتغيرات التي قد تؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي بين الطرفين، ولاسيما أحد أطراف هذا النوع من العقود غالبا ما يكون الدولة المضيفة للإستثمار التي تتمتع بمركز سيادي يخول لها إتخاذ بعض الإجراءات التي من شأنها الإخلال بالتوازن العقدي، ومن هذا المنطلق خرجت فكرة شروط إعادة التفاوض في عقود الإستثمار¹، حيث يهدف هذا الشرط بشكل أساسي إلى المحافظة على التوازن الاقتصادي في العقد، فيسمح بمراجعة العقد عندما تتغير الظروف على نحو يخل بالتوازن بين الأداءات العقدية، لذا فوجود هذا الشرط يسمح للأطراف بالتفاوض لإيجاد الحلول المناسبة لمعالجة الآثار السلبية التي سببها تغير الظروف، وحتى يتمكن هذا الشرط من تحقيق دوره المطلوب لابد من رفع الإرهاق عن كاهل المتعاقد الذي تضرر من تغير الظروف التي أبرم عقد الإستثمار في ظلها، وهذا بالطبع لن يتحقق مع إستمرار تنفيذ العقد على الرغم من هذا الإرهاق أثناء فترة إعادة التفاوض.²

إضافة إلى ذلك فقد أثبتت الممارسات العقدية لعقود الإستثمار الدولية أن إستمرار تنفيذ عقد الإستثمار الدولي يؤدي إختلال توازنه إلى إرهاق أحد أطرافه والذي غالبا ما يكون المستثمر، وإستفادة الطرف الآخر الذي كان وقوع الحدث لصالحه والتي غالبا ما تكون الدولة المضيفة وذلك لأن معظم الظروف يكون سببها التعديلات التي أجرتها في قانونها متضررة بتحقيق المصلحة العامة، لذلك فإن الخسارة سوف يتكبدتها طرف دون الآخر، الأمر الذي يسبب في وقوع العديد من المنازعات بين المستثمر والدولة المضيفة لذا فإن شرط إعادة التفاوض في هذه الحالة يكون سبب من أسباب إختلال العلاقة لا سبب للمحافظة من هذا الإختلال الذي وقع في العقد.³

¹ - هبة مُجَد الشريف، "قانون الإستثمار الأردني وأثره في جذب الإستثمار"، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، 2019، ص147.

² - حسام الدين محمود حسن، المرجع السابق، ص158.

³ - جهيدة بن طبال، المرجع السابق، ص36.

كما أن تبني رأي متابعة تنفيذ العقد يؤدي إلى نتائج غير مقبولة، فالهدف من إتفاق الأطراف على إعادة التفاوض في حال وقوع أحداث معينة، وهو حل مناسب لمواجهة الضرر الفادح وإختلال التوازن الذي سببه وقوع الحدث، فالأصل أن تستغرق إعادة التفاوض مدة قليلة حتى لا تتفاقم الأضرار التي يتحملها أحدهم جدار تنفيذ إلتزاماته، وإذا سمحنا بالإستمرار في تنفيذ العقد أثناء إعادة التفاوض فإن هذا سيبطئ الفرصة لتقاعس أحد الأطراف عن إنهاء المفاوضات في وقت قصير.¹

كما تجدر الإشارة إلا أن تأثير عقود الإستثمار قد يمتد إلى الغير الذي قد يكون بنك أو شركة إستثمارية وقد تكون دولة مختلفة عن دولة المستثمر والدولة المضيفة، وبالتالي إستمرار تنفيذ العقد رغم وقوع الحدث المؤدي إلى الإختلال حتما سيؤدي إلى طول مدة إعادة التفاوض، وهذا ما يؤثر على توازن العقد وزيادة الضرر وضخامة الخسائر والتي يتطلب تصليحها أموال باهضة، الأمر الذي من شأنه التأثير على مصالح الغير، مما يؤدي إلى فقدان الثقة بين أطراف عقد الإستثمار وبين الغير، ومنه نشوء منازعات بين أطراف متعددة ليس المستثمر والدولة المضيفة فقط، بل حتى أطراف لا تكون كطرف أصلي في عقد الإستثمار.

ولاشك أن كل هذه الآثار السلبية التي تنتج عن إستمرار تنفيذ العقد خلال فترة إعادة التفاوض تؤدي إلى إهدار الدور المهم والهدف الذي تم إدراج الشرط من أجله حيث يساهم إستمرار التنفيذ، على الرغم من إرهاق المستثمر في زيادة وتفاقم الإختلال في التوازن بين الأداءات العقدية.²

المطلب الثاني: ماهية وقف تنفيذ العقد

إن تغير الظروف في مرحلة تنفيذ العقود الدولية يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي، مما يدفع أطراف هذه العقود إلى اللجوء لإعادة التفاوض بهدف المحافظة على العقد، وتتم هذه العملية من خلال وقف تنفيذ العقد وهو ما سيتم تناوله في هذا المطلب بتبيان مفهوم وقف التنفيذ (الفرع الأول)، وأحكام وقف التنفيذ (الفرع الثاني).

¹ - هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص171.

² - حسام الدين محمود حسن، المرجع السابق، ص158.

الفرع الأول: وقف تنفيذ العقد

يتميز الوقف بأنه فترة من الزمن يتوقف فيها العقد لحين تجاوز الظروف التي تواجهه، ثم يعود بعدها إلى السريان العادي، فهو حالة تجعل العقد قائما مع وقف تنفيذه بشكل مؤقت، والإلتزام هو التأثير الأول والمباشر الذي يترتب عن أعمال شرط إعادة التفاوض ويقتضي في عقود الإستثمار بيان وقف تنفيذ العقد من خلال التطرق إلى مايلي:

أولاً: تعريف وقف تنفيذ العقد: يعد وقف تنفيذ العقد من أدق المسائل التي إختلف الفقه فيها حول وضع تعريف جامع مانع لها فإختلف تعريفه من فقيه لآخر، إذ عرف بأنه " وقف تنفيذ الإلتزامات العقدية المتبادلة لحين إعادة التفاوض في العقد والتوصل إلى إتفاق جديد لتنظيم تلك الإلتزامات.¹

كما عرف بأنه " فكرة تنطبق عن حادث يخرج عن نطاق رقابة الأفراد ويهدف إلى الحفاظ على الرابطة العقدية خلال فترة الإنقطاع من أجل إستئناف تنفيذ العقد مرة أخرى حيث تنتهي تلك العقبة" وعرف أيضا بأنه " علاج قانوني مؤقت لحالة تعذر تنفيذ العقد نتيجة للإستحالة المؤقتة الناجمة عن السبب الأجنبي ويهدف إلى إستمرار وإستقرار الرابطة العقدية يعقبه إما تنفيذ العقد أو الإقرار بإنفساخه². وعرفه الفقه أيضا بصفة عامة بأنه " مرحلة وسط بين تنفيذه وإنتهائه بمعنى أن العقد في مرحلة الوقف يكون موجودا، ولكن تنفيذه فقط هو الذي توقف مؤقتا لوجود سبب معين قانوني أو واقعي، ثم يستأنف العقد سيره بعد إنتهاء مدة الوقف.³

أما الفقه الفرنسي عرفه بأنه " إنقضاء مؤقت لا رجعة فيه للإلتزامات الناشئة عن العقد خلال فترة قد تطول أو تقصر تنشأ عن حصول حادث طارئ أو سبب ممارسة المتعاقد لحق يتعارض مع

¹ - رضوان ربيعة، المرجع السابق، ص274.

² - ياسر شحادة مرزوق ضبابات، المرجع السابق، ص241،242.

³ - مصدق فاطمة الزهراء، " دور القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد"، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2023/2022، ص231.

تنفيذ العقد أو حتى عدم التنفيذ من قبل المتعاقد، دون أن يؤثر ذلك في علاقة الإلتزام أو يرتب المسؤولية العقدية".¹

كما أشارت محكمة النقض المصرية بأن وقف تنفيذ العقد، يقصد به وقف تنفيذ الإلتزامات الرئيسية المتبادلة التي يفرضها العقد على طرفيه عند حدوث قوة قاهرة تؤدي إلى الإستحالة المؤقتة في التنفيذ، حيث كما هو متعارف عليه بأن وقف تنفيذ العقد فترة سكون وخمول للعلاقة التعاقدية أثناء فترة وجود العائق أو فترة المفاوضات، ومن الطبيعي أن يترتب على هذا السكون والخمول تأجيل تنفيذ هذه الإلتزامات.²

من خلال ما تقدم من تعاريف نلاحظ بأن وقف العقد يمتاز بعدة خصائص تتعلق ب:

-وقتية إيقاف التنفيذ الناجمة عن وقتية أثر الإستحالة حيث أنه فور زوال المانع المؤقت يتم إستئناف تنفيذ العقد.

-إزالة مدة التوقف من المدة المحددة لتنفيذ العقد وذلك بإقتطاع المدة التي يستغرقها توقف العقد من المدة المحددة لتنفيذه.

ثانيا: الأساس القانوني لوقف التنفيذ: يستند نظام وقف التنفيذ عند إعمال التفاوض تحديدا، إلى أكثر من أساس قانوني، فتأسيسا على شرط إعادة التفاوض يتعمد في تنظيمه على إرادة الأطراف فإن وقف تنفيذ العقد كأثر لشرط إعادة التفاوض يستند أيضا إلى إرادة الأطراف وما ينظمه في شروطهم التعاقدية ويتفق الأطراف، في الغالب من الشروط على وقف تنفيذ العقد فترة من الزمن بعد وقوع الحدث لحين إعادة التفاوض في العقد والتوصل إلى إتفاق جديد.³

¹ - حامي حياة، " إستحالة تنفيذ الإلتزامات المؤقتة "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، ع2، 2017، ص218.

² - سالم بن سلام بن حميد الفليقي، المرجع السابق، ص26.

³ - أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص129.

حيث يلاحظ أن إرادة طرفي العقد تلعب دورا مهما أيضا في تحديد نطاق وقف تنفيذ العقد أثناء فترة إعادة التفاوض، فقد يتفقون على وقف تنفيذ جميع الإلتزامات المتولدة عن العقد، سواء الإلتزامات الرئيسية أو الإلتزامات الفرعية فيما يطلق عليه الوكلي للعقد، كما قد يتفقون أيضا على وقف جزئي لبعض الإلتزامات التي تأثرت بالظروف الخارجية التي أدت إلى إختلال التوازن العقدي بينهما فيما يطلق عليه الوقف الجزئي للعقد ومن أمثلة الوقف الكلي تلك الشروط التعاقدية التي إتفق فيها طرفا العقد صراحة على وقف تنفيذه، الشرط الوارد في عقد تركيب مصفاة بترولية والذي إتفق فيه الطرفان على وقف تسليم البترول، وإمتداد مدة العقد بقدر عدد أيام العمل التي توقفت فيها الشركة المسؤولة عن التركيب، بسبب أحداث القوة القاهرة، أما من أمثلة الوقف الجزئي الشرط الذي ينص على أن يكون الوقف جزئيا في حالة ما إذا أثر حدث القوة القاهرة على جزء من الإلتزامات، تاركا الجزء الآخر من الممكن تنفيذه.¹

تجدر الإشارة إلى أن الكثير من إتفاقيات التجارة الدولية والشروط النموذجية تأخذ بنظام وقف العقد، ومن أمثلة هذه الإتفاقيات، إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (فيينا 1980) التي تنص في الفقرة الثالثة من المادة 79 على أن "... يحدث الإعفاء المنصوص عليه في هذه المادة أثره خلال الفترة التي يتفق فيها العائق قائما"، وكذلك الأمر بالنسبة للشرط النموذجي الذي أعدته غرفة التجارة الدولية فيما يتعلق بالقوة القاهرة حيث ينص في الفقرة السابعة منه على أنه " وعلاوة على ذلك فإنه، أي السبب المنصوص عليه في الفقرة السادسة، يوقف مدة التنفيذ أثناء مدة معقولة مستبعدا بذلك في نفس الوقت حق الطرف الآخر في أن يلغي أو يفسخ العقد..."²

¹ - حسام الدين محمود حسن، المرجع السابق، ص 160.

² - أحمد مروك، المرجع السابق، ص 209.

الفرع الثاني: شروط و أحكام وقف التنفيذ:

يعد نظام إيقاف التنفيذ كيانا قائما بذاته يختلف عن غيره من الأنظمة القانونية الأخرى كما يتطلب تحققه توافر شروط معينة ومميزة، إضافة إلى أن أعمال وقف التنفيذ يترتب عنه آثار متعددة يلتزم أطراف العقد بتنفيذها وهو ما سيتم تناوله في هذا الفرع.

أولاً: شروط وقف التنفيذ: يختلف الفقه في تحديد شروط وقف تنفيذ العقد إلا أنه عموماً يجب توافر هذه الشروط الثلاث لكي يتم وقف التنفيذ وهي: إستحالة مؤقتة في التنفيذ، أن ترجع الإستحالة إلى سبب أجنبي، ألا تكون مدة التنفيذ محل إعتبار في العقد، وهو ما سيتم التطرق إليه على النحو الآتي:

1- إستحالة تنفيذ ذات طابع وقفي: وينقسم هذا الشرط إلى شقين: يتمثل الأول منهما في وجود إستحالة في التنفيذ، بمعنى أنه لا يكفي أن يكون تنفيذ الإلتزام مرهقاً، وإنما يجب أن يكون مستحيلًا، ويتمثل الآخر في كون هذه الإستحالة وقتية وليست نهائية أو مطلقة لأن الأخيرة تؤدي إلى فسخ العقد وليس إيقافه.¹

ومن ثم فإن إستحالة التنفيذ هو عبارة عن "عدم إمكانية تنفيذ الإلتزام المترتب على العقد، بسبب أجنبي، نهائي، لايد للمدين فيه بحيث يصبح مستحيلًا تنفيذه بأي شكل، مما يؤثر على إستمرار العقد، إما بوقفه أو إنجائه، حيث لا بد أن تكون إستحالة التنفيذ إستحالة مطلقة، وأن تكون هذه الإستحالة في تاريخ لاحق لقيام العقد، ذلك أن وجود الإستحالة وقت العقد يعني أن العقد لم ينعقد فهو باطل.²

أما بالنسبة للطابع الوقفي للإستحالة فهو أحد الأساسين اللذان تقوم عليهما فكرة إيقاف التنفيذ في العقود، ويجب أن تكون الإستحالة مؤقتة أي قابلة للإنتهاء في المستقبل، وأن تنتهي قبل أن

¹ - وسن قاسم غني الخفاجي، " إيقاف التنفيذ المؤقت في العقود "، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 2016، ص31.

² - رجب عبد الطاهر علي، " أثر إستحالة التنفيذ على عقود العمل: دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي "، مجلة الدراسات القانونية والإقتصادية، جامعة المنوفية، مج6، ع2، مصر، 2020، ص9.

يصبح تنفيذ الإلتزام غير مجدي من جهة أخرى، فإذا أدت القوة القاهرة إلى إستحالة تنفيذ العقد مدة طويلة على نحو يؤدي إلى تفويت الغرض من الصفقة، فإن العقد ينقضي كليا، كما لو كان التعاقد على بضاعة لعرضها في موسم أو مناسبة معينة، ومعيار التفرقة بين الإستحالة المؤقتة والنهائية يتمثل في مدى إمكانية زوال المانع الذي يسبب الإستحالة فإذا كان من الممكن زوال مستقبلا بعد فترة تطول أو تقصر، فإن الإستحالة تكون مؤقتة، إما إذا كان المانع غير قابل للزوال في المستقبل أو على الأقل لا يوجد احتمال زواله فإن الإستحالة تصبح نهائية.¹

2- إستحالة التنفيذ بسبب أجنبي: وجد الفقه صعوبة في وضع تعريف محدد للسبب الأجنبي

ويرجع ذلك لعدة أسباب أهمها عامل الزمن ودوره في تنفيذ العقود، حيث يتمثل تأثيره الكبير على مصير العقد من خلال الأحداث التي قد تطرأ من لحظة إبرامه وحتى لحظة إكتمال تنفيذه النهائي، أو بمعنى آخر، طول الفترة الزمنية بين إبرام العقد وتام تنفيذه وبالأخص في العقود التي يكون الزمن فيها عنصرا جوهريا قد يحصل خلالها ما لم يكن في علم المتعاقدين من معوقات قد تؤدي إلى جعل التنفيذ مستحيلا في أية مرحلة من مراحلها، وبالتالي يعجز العقد من أن يؤدي الدور المفترض له.²

نشير إلى أنه يمكن تعريف السبب الأجنبي بأنه: هو ذلك الحادث المفاجئ الذي لا يكون للمدين يد فيه، ويؤدي وقوعه إلى إستحالة تنفيذ الإلتزام.

3- ألا تكون مدة التنفيذ محل إعتبار في العقد: لإعمال وقف العقد يجب أن تكون مدة

تنفيذ العقد محل إعتبار في العقد أي أن تكون مدة تنفيذ العقد عنصرا ثانويا، إذ لو كانت عنصرا جوهريا فإن أثر الإستحالة سيكون الإنفاساخ وليس الوقف وبذلك طالما كانت مدة تنفيذ الإلتزام في إعتبار المتعاقدين جوهريا وليست ثانوية فإن الإلتزام يفقد جدواه حال إرجاء تنفيذه فالإستحالة تصبح نهائية ويفسخ العقد من تلقاء نفسه.³

¹ - أحمد مروك، المرجع السابق، ص212.

² - وسن قاسم غني الخفاجي، المرجع السابق، ص47.

³ - حامي حياة، المرجع السابق، ص217.

ويمكن تحديد جوهرية أجل التنفيذ للعقد إما بالرجوع إلى إتفاق المتعاقدين الصريح الذي يتضمن إعطاء المدين مدة معينة يجب عليه فيها تنفيذ إلتزامه و إلا كان للدائن الحق في فسخ العقد بسبب عدم تنفيذ الإلتزامات في الأجل المحدد، وإما أن يتم التوصل إلى جوهرية مدة التنفيذ من خلال النية المشتركة للمتعاقدين والتي يمكن التوصل لها من خلال ظروف التعاقد أو طبيعته.¹

ثانيا: آثار وقف تنفيذ: يلتزم أطراف العقد عند أخذهم بنظام وقف تنفيذ العقد بضرورة الإلتزام بمقتضيات الوقف²، والتي تظهر من خلال وقف تنفيذ الإلتزامات الرئيسية للعقد وكذا من خلال الإلتزامات التي يفرضها الوقف على المتعاقدين.

1-وقف تنفيذ الإلتزامات الرئيسية للعقد: إن الحكم بوقف تنفيذ العقد لا يمس في الواقع مضمون هذا العقد سواء من الناحية الموضوعية أو المادية، فتظل الإلتزامات فيه محتفظة بقيمتها دون أن تتأثر بهذا الوقف المؤقت، وبمجرد إنتهاء أثر الظرف الطارئ يعود للعقد قوته الملزمة، ويتم تنفيذ العقد وفقا لما تم الاتفاق عليه.³

والجدير بالذكر أن وقف التنفيذ هو فترة سكون وخمول للعلاقة العقدية فإن من الطبيعي أن يترتب على ذلك وقف تنفيذ الإلتزامات الرئيسية الناجمة عن العقد والتي تأثر تنفيذها بتحقيق الحدث، أما الإلتزامات الأخرى التي لم تتأثر بالحدث فتبقى مستمرة وتكون ملزمة للمتعاقدين، ويؤدي عدم تنفيذها إلى قيام مسؤولية المدين العقدية، أما بالنسبة للإلتزامات الفرعية، فإن الوقف يمتد إليها في حالتين الأولى أن يؤثر الحدث وبشكل مباشر على قدرة المدين على تنفيذ الإلتزام الفرعي بحد ذاته،

¹ ندى عبد الكاظم حسين، " القوة القاهرة المؤقتة وأثرها في تنفيذ العقد: دراسة مقارنة "، مجلة الحقيقة للعلوم الإجتماعية والسياسية، جامعة أحمد دراية أدرار، الجزائر، مج22، ع01، 2023، ص09.

² حليلة بن دريس، " إعادة التفاوض في العقود: دراسة على ضوء مبادئ اليونيدرو والتشريعات الوطنية، المرجع السابق، ص254.

³ عطا الله أحمد علي قواقزة، " إيقاف التنفيذ المؤقت في العقود (دراسة مقارنة) "، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية، 2022،

أما الثانية في أن يكون الإلتزام الفرعي مرتبطاً بالإلتزام رئيسي موقوف، فعندئذ يمتد الوقف ليطال الإلتزام الفرعي أيضاً.¹

هذا وقد يشمل الوقف أيضاً الإلتزامات المتقابلة، كما في حالة الدفع بعدم التنفيذ حيث يمتنع المتعاقد عن تنفيذ إلتزامه المقابل للإلتزام الذي أحل الطرف الآخر به.²

2- الإلتزامات التي يفرضها وقف تنفيذ العقد على المتعاقدين: إن إبقاء العقد طول فترة

الوقف يفرض على الطرفين إلتزامات تتمثل في:

أ- الإلتزام بالحفاظ على العقد: يقع هذا الإلتزام على عاتق طرفي العقد بحيث يحددان في شروطهم العقدية الإجراءات التي يلتزمون بالقيام بها خلال فترة الوقف للحفاظ على العقد أما في حال عدم الاتفاق يعمل هنا مبدأ حسن النية الذي يفرض على الأطراف القيام بكافة الإجراءات التي من شأنها الحفاظ على العقد وإستئناف سريانه بعد التوقف.³

كما يفرض هذا الإلتزام على طرفي العقد مجموعة من الإلتزامات الإيجابية والسلبية ومن أمثلة الأولى إلتزام المستثمر بالقيام بمجموعة من الإجراءات الإيجابية التي تهدف إلى المحافظة على بقاء العقد قائماً وتفرض على الدولة المضيفة الإلتزام بالتعاون مع المستثمر، وتقديم كل الدعم والمعلومات التي قد تساعد في التغلب على عقبات التنفيذ أما النوع الثاني من الإلتزامات وهي السلبية فهي تفرض على المستثمر عدم القيام بكل ما من شأنه إنهاء العقد، كعدم اللجوء إلى فسخ العقد خلال فترة وقف تنفيذه أثناء مرحلة إعادة التفاوض، وعدم إتخاذ أي إجراء من شأنه أن يفاقم من عقبات التنفيذ أو يؤدي إلى هدم العقد.⁴

¹ - أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص131.

² - أحمد مروك، المرجع السابق، ص217.

³ - عثمان خضير موسى الموسوي، المرجع السابق، ص119.

⁴ - حسام الدين محمود حسن، المرجع السابق، ص164.

ب-الإلتزام بالسعي لإستئناف سريان العقد: إستئناف سريان العقد من جديد بعد إنتهاء مدة الوقف هو الهدف الرئيسي الذي يسعى إليه نظام الوقف ويفرض هذا الإلتزام على كل متعاقد أن يقوم بكل الإجراءات الضرورية وبذل كل الجهود الكافية التي تعجل بهذه العودة، والتخلص من العائق الذي كان سبب في وقف التنفيذ العادي، حيث هذا الأخير أنسب الطرق لعودة سريان العقد من جديد، وقيام الأطراف بالتخلص من عقبة التنفيذ هو إلتزام يفرضه واجب التعاون بين الأطراف.¹

كما لا يخرج هذا الإلتزام عن مبدأ حسن النية في التعامل وذلك لأنه يفرض على الأطراف التخلص من كل العقبات التي أدت إلى النزاع بينهما وأن يعطي الأولوية لإستمرار العقد وسريانه، ويختلف هذا الإلتزام من عقد إلى آخر طبقا لطبيعته ونوع الحدث وظروفه وملاساته.²

بالإضافة إلى أن تنفيذ الإلتزام بالسعي لإستئناف سريان العقد يفرض على الأطراف المتعاقدة إلتزاما آخر، وهو الإلتزام بالإخطار فكل طرف ملزم بأن يحظر الطرف الآخر بالوسائل الممكنة للتخلص من العقبة وإعادة السريان الطبيعي للعقد، كما واجب الإخطار لا يقتصر على طرف واحد ولكنه إلتزام متبادل يهدف إلى إتخاذ إتصال مستمر بين الأطراف مما يجعلهم يعملون كفريق واحد في مواجهة عقبة التنفيذ.³

ولابد من القول بأن في حال إخلال أي من المتعاقدين بالإلتزامات التي يفرضها الوقف على المتعاقدين، فإنه يلتزم بتعويض المتعاقد الآخر بم لحق به من ضرر جراء هذا الإخلال، فالتعويض هو الجزاء المناسب، دون أن يكون للمضور الحق في فسخ العقد، إذ أن إعطاء حق الفسخ للمضور سيلغي دون شك الفائدة التي أسس نظام الوقف من أجل تحقيقها ألا وهي الحفاظ على العقد.⁴

¹ - شريف غنام، المرجع السابق، ص345.

² - أحمد مجد الصديق، المرجع السابق، ص451.

³ - سالم بن سلام بن الحميد الفليقي، المرجع السابق، ص39.

⁴ - أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص134.

ثالثاً: إنتهاء وقف تنفيذ العقد: ينقضي وقف سريان العقد في عقود الإستثمار بطرق متعددة، حيث أن إذا إنقضت مدة الوقف جاز لكل طرف مطالبة الأمر بإستئناف تنفيذ العقد وفقاً للشروط الجديدة.¹

كما قد ينقضي الوقف قبل إنتهاء المدة المحددة له بزوال العائق أو الحدث الذي تسبب بحالة الوقف²، حيث أنه من المنطقي أن إيقاف التنفيذ ينتهي فور زوال الظرف المؤقت الذي أدى إلى حصوله وإقراره، وأن إنتهاء هذا الإيقاف لا يعني سوى إستئناف التنفيذ من قبل كلا طرفي العقد ومن النقطة التي كان قد توقف عندها.³

كذلك قد ينقضي الوقف بفسخ العقد إذا تبين أن التنفيذ أصبح غير مجدي أو غير مفيد، حيث يجوز لكلا الطرفين في العقد المطالبة بفسخ العقد على أساس تحول الإستحالة المؤقتة إلى نهائية أو دائمة.⁴

أيضاً تلعب الإرادة دوراً رئيسياً في تقرير إنقضاء الوقف فطبقاً لمبدأ سلطان الإرادة يستطيع الأطراف الاتفاق على وضع نهاية لوقف العقد حتى قبل إنتهاء المدة التي إتفقوا على وقف العقد خلالها.⁵

¹ - موكة عبد الكريم، المرجع السابق، ص 325.

² - سعيد مجاوي، المرجع السابق، ص 255.

³ - عطا الله أحمد علي قواقرة، المرجع السابق، ص 93.

⁴ - صفاء تقي عبد النور العيساوي، المرجع السابق، ص 210.

⁵ - أحمد مروك، المرجع السابق، ص 221.

خلاصة الفصل الثاني:

من خلال ما تقدم في هذا الفصل تظهر بوضوح الأهمية الكبيرة لشرط إعادة التفاوض، والذي إكتسبها من خلال الآثار القانونية التي نتجت عن إعماله، إذ تكفل وتضمن هذه الآثار الحفاظ على التوازن العقدي وبالتالي الإستمرار في تنفيذ عقود الإستثمار.

ويتمثل الأثر الأول في إعادة مراجعة أحكام العقد، إذ يلزم طرفيه أن يجتمعا مرة أخرى للتفاوض في حال حدوث إختلال في التوازن العقدي، ويمكن أن تكون هذه المراجعة جزئية وتتعلق بشرط محدد، أو يمكن أن تكون كلية تشمل جميع شروط العقد، وتجدر الإشارة إلى أن الأطراف غير ملزمة بالتوصل إلى نتيجة، حيث يمكن أن تؤدي المراجعة إما الى نجاح أو فشل المفاوضات.

أما الأثر الثاني فيتمثل في إستمرارية تنفيذ العقد، وهذا هو الأساس العام في عقود الإستثمار، ومع ذلك يمكن أن يؤدي هذا الإستمرار إلى نتائج سلبية مثل إهدار الدور الذي تم تضمين شرط إعادة التفاوض من أجله، وهذا يدفع أطراف العقد في الكثير من الأحيان إلى وقف تنفيذ العقد عند حدوث إختلال في التوازن وذلك لتخفيف الضغط عن أحد الأطراف، وذلك إقتداء بمبدأ التعاون الذي تطلبه عقود الإستثمار.

خاتمة

يعد شرط إعادة التفاوض أحد أهم الضمانات العقدية والوسائل الوقائية لتجنب المنازعات في عقود الإستثمار التي قد تتأثر بالظروف المحيطة بها خلال مرحلة التنفيذ نظرا لكونها من العقود الممتدة في الزمن، بحيث قد تحدث بعض التغيرات التي تؤدي إلى إختلال توازن العقد، وتجعل تنفيذ الأطراف لبعض إلتزاماتهم مرهقا، لذلك، يسعى أطراف عقد الإستثمار إلى إدراج شرط إعادة التفاوض في عقودهم للمحافظة على إستمرارية العقد وإعادة توازنه من خلال إعادة مراجعة الشروط التي تأثرت بالظروف الجديدة.

ويتميز شرط إعادة التفاوض بالخصوصية حيث أن مضمونه يختلف من عقد إلى آخر، فقد يواجه الشرط في عقد ما ظروفًا إقتصادية بينما يواجه في عقد آخر ظروفًا سياسية أو مالية، وبإعتباره من الشروط الإتفاقية، يعتمد مضمونه على ما يتفق عليه الأطراف في العقد، وبالتالي يخضع لمبدأ سلطان الإرادة، غير أن هذا المبدأ لا يطبق بصفة مطلقة فقد ترد عليه قيود شكلية تتعلق بالمدة التي يجب أن يلتزم فيها كل طرف بالدخول في المفاوضات، والتي يجب أن تتم بأسرع وقت ممكن لتفادي تفاقم الضرر، وكذا قيود موضوعية تتعلق بوجود التعامل بحسن نية على أساس التعاون والثقة والإبتعاد عن أساليب الخداع والإحتيال التي من شأنها بث جو من عدم الطمأنينة بين الأطراف.

لتطبيق فكرة إعادة التفاوض، يجب توفر شروط ومعايير تتعلق بطبيعة الحدث الذي يخل بالعقد، تتجسد هذه الشروط في عناصر متعلقة بالحدث، منها إستقلالية الحدث الطارئ عن إرادة المتعاقدين، أي يجب أن يكون الحدث خارجا عن إرادتهم، وعنصر عدم توقع الحدث وقت إبرام العقد، بالإضافة إلى عدم إمكانية دفعه أو تجنب نتائجه، أما العناصر المتعلقة بالحدث ذاته فتشمل عنصر إستثنائية الحادث، أي ندرة وقوعه، وعنصر عمومية الحادث، بمعنى أن يشمل طائفة معينة من الناس، وآخر عنصر هو إختلال التوازن العقدي إختلالا جسيما يؤدي إلى إلحاق ضرر كبير بالمتعاقدين.

و أهم أثر لهذا الشرط هو إعادة مراجعة بنود العقد مع المستثمر من خلال تبادل الآراء والمقترحات، وإعادة النظر في الإلتزامات التعاقدية وتعديلها لكي تتلاءم مع المستجدات التي طرأت

على العقد، يتم ذلك لضمان إستقرار المعاملات الاستثمارية، وإستعادة التوازن، والحفاظ على إستمرارية العقد

النتائج:

وتبعاً لذلك فدراسة آلية إعادة التفاوض في عقود الإستثمار توصلنا إلى جملة من النتائج، تتمثل أساساً في:

- تتميز عقود الإستثمار بأنها تستغرق وقتاً طويلاً لتنفيذها، وهذا يعني أنها قد تتأثر بتغير الظروف، مما يؤدي إلى إضطراب في التوازن العقدي بين الأطراف ويهدد إستمرارية عقد الإستثمار.

- تم إستحداث تقنية جديدة في الواقع العملي تضمن إستعادة التوازن العقدي عند حدوث تغيرات في الظروف، تتمثل هذه التقنية في إعادة التفاوض حول بنود العقد من جديد.

- شرط إعادة التفاوض في عقود الإستثمار هو شرط إتفاقي يعتمد على ما يتفق عليه الأطراف في العقد، حيث تختلف صوره بإختلاف العقود أي أنه يتنوع وفقاً لرغبات الأطراف وطبيعة الظروف المرافقة لتنفيذ العقد.

- يتم إعمال شرط إعادة التفاوض على أساس عنصر إختلال التوازن العقدي، غير أنه لا يعتبر كل إخلال بتوازن العقد مبرراً كافياً لتطبيق شرط إعادة التفاوض بل يجب أن يؤدي تغير ظروف العقد إلى إخلال جسيم بتوازن الإلتزامات التعاقدية وإلحاق ضرر كبير بأحد الأطراف.

- لتطبيق فكرة إعادة التفاوض، يجب توافر شروط تتعلق بطبيعة الحدث المخل بالعقد، أهمها إستقلالية الحدث عن إرادة الأطراف، وعدم توقع الحدث وعدم دفعه وتجنب نتائجه، وندرة حدوث الحادث، وأن يشمل فئة معينة من الناس.

- صياغة شرط إعادة التفاوض بدقة ووضوح يضمن تطبيقه بشكل أكثر فعالية.

-يستند الإلتزام بإعادة التفاوض على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، والذي بدوره يفرض واجب التعاون بين المستثمر والدولة المضيفة.

-الأثر الرئيسي المترتب على تضمين عقود الإستثمار لشرط إعادة التفاوض هو الإلتزام بمراجعة العقد من خلال تبادل الآراء والمقترحات وإعادة النظر في الإلتزامات التعاقدية وتعديلها، سواء كانت هذه المراجعة جزئية تتعلق ببند معين من بنود العقد أو مراجعة كلية تشمل كافة بنود العقد.

-يشمل وقف تنفيذ العقد خلال فترة إعادة التفاوض جميع الإلتزامات التي تأثرت بوجود عائق التنفيذ.

-يعتبر شرط إعادة التفاوض من بين أهم الوسائل لمنع الدولة والمستثمر من اللجوء إلى القضاء أو التحكيم لتسوية منازعات عقود الإستثمار، بحيث يقوم بالفصل في النزاع بشكل ودي.

التوصيات:

أما بخصوص أبرز التوصيات المستخلصة من هذه الدراسة فهي:

-ضرورة النص على شرط إعادة التفاوض في نصوص قانون الاستثمار، حتى تصبح آثاره في العقد واضحة وذلك تحقيقا لإستقرار المعاملات الإستثمارية.

-تشجيع المتعاملين في مجال الإستثمارات إدراج شرط إعادة التفاوض في عقودهم للمحافظة على إستقرار معاملاتهم.

-ضرورة صياغة شرط إعادة التفاوض صياغة قانونية واضحة ودقيقة لتجنب أي لبس في تطبيقه، وتفادي الصعوبات والإشكالات التي قد تثار بشأن تنفيذ العقد.

__تحديد الأسباب المؤدية إلى الإخلال بتوازن العقد والتي تستوجب إعادة التفاوض.

-في حالة فشل إعادة التفاوض وإذا إتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم من الأجر أن يحددوا صلاحيات وسلطات المحكم وقوة القرار الصادر منه.

قائمة المصادر والمراجع

أ- القوانين:

1- القانون المدني المصري.

ب- المعاجم:

1- ابي الفضل جمال الدين مُحَمَّد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، نشر ادب الحوزة، دط، م7، ايران، 1405.

2- شعبان عبد العاطي عطية وآخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، الإدارة العامة للمعجمات و إحياء التراث، ط4، مكتبة الشروق الدولية، 2004.

ت- الكتب:

1- السنهوري عبد الرزاق، " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام "، مصادر الإلتزام، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 200.

2- الكشور مُحَمَّد، " نظام التعاقد ونظريتنا القوة القاهرة والظروف الطارئة "، ط1، كلية الحقوق طنجة، جامعة عبد المالك، 1993.

3- حبيب جبار جواد، "الإلتزام بالتفاوض بحسن نية في عقود التجارة الدولية"، ط1، المركز الوطني، مصر، 2023.

4- خالد مصطفى فهمي، "التنظيم القانوني للإلتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2019.

5- دردية مُحَمَّد أحمد، " الإستثمار قراءة في المفهوم والأنماط والمحددات "، دار أمجد للنشر والتوزيع، ط1، عمان، الأردن، 2016.

6- غنام شريف، " أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية "، ط1، أكاديمية شرطة دبي، إدارة الدراسات العليا، الإمارات، 2010.

7- هلددير أسعد أحمد، " نظرية الغش في العقد "، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، م1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2011.

ث- المقالات:

1- أحمد السعيد الزقرد، " أثر الظروف اللاحقة على تحرير مضمون الإلتزام العقدي"، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، مصر، ع32، 2002، 110-163.

2- أحمد السيد البهي الشوبري، " التفاوض التعاقدية: إطاره القانوني وأثره في الإلتزام "، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، جامعة الأزهر كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بدمنهور، مصر، مج2019، ع4، 2019، 1178-1212.

3- أحمد مُحمَّد الصديق، " الآثار المترتبة على إعادة التفاوض كوسيلة لحل منازعات عقود التجارة الدولية"، مجلة جامعة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، مج10، ع2، 2020، 441-459.

4- أريج خالد مُحمَّد، علي مُحمَّد تخيل، "تدقيق عقود الإستثمار وانعكاسه على التنمية المستدامة (بحث تطبيقي في إحدى شركات المقاولات العامة)"، مجلة دراسات محاسبية ومالية، مج18، ع62، 2023، 11-23.

5- أسيل باقر جاسم، " النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض: دراسة في عقود التجارة الدولية، " مجلة المحقق للحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل كلية القانون، العراق، مج3، ع1، 2011، 115-155.

6- أشرف إبراهيم مصطفى مُحمَّد، " الاستقرار التعاقدية في مجال الإحتراف الرياضي الدولي (دراسة تحليلية في ضوء المنازعات الرياضية و تسويتها) "؛ مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مج62، ع2، 2020، 495-559.

- 7- اقصاصي عبد القادر، " نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الإلتزام التعاقدي "، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، الجزائر، مج2، ع2، 2018، 127-142.
- 8- السلماني عبد الرحيم، " شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، مجلة القانون المغربي، دار السلام للطباعة والنشر، ع16، 2010، 205-231.
- 9- أمير مُجَّد، " إعادة التفاوض كوسيلة لحل منازعات عقود المقاولات(الفيديك) "، مجلة دفاتر قانونية، مُجَّد لشقار، ب.ب.ن، ب.ب.ن، ع18، 2023، 67-86.
- 10- بن يحي شارف، " ضرورة إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ في القانون الديني الجزائري " (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسبية بن بوعلي الشلف، مج2، ع2، 2010، 46-56.
- 11- بوخالفة عبد الكريم، " شرط إعادة التفاوض آلية لإعادة التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية " مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي أفلو معهد الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، مج1، ع3، 2018، 176-196.
- 12- بوخالفة عبد الكريم، " دور الإرادة الإستباقية في تجنب منازعات عقود الإستثمار " ، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ع16، 2017، 185-194.
- 13- بوطباله معمر، " دور أطراف عقد الإستثمار الدولي في إعادة توازنه المالي "، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، مج34، ع2، 2023، 701-720.
- 14- بوناح عبد النور، "التفاوض على عقود التجارة الدولية-مبدأ حرية التفاوض وحسن النية"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق جامعة أحمد بن يحي الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر، مج7، ع2، 2022، 180-212.

- 15- حامي حياة، "إستحالة تنفيذ الإلتزامات المؤقتة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، ع2، 2017، 211-232.
- 16- حسام الدين محمود حسن، " شرط إعادة التفاوض كآلية لإعادة التوازن المالي في عقود الإستثمار " مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، ع82، 2022، 184-23.
- 17- حسن، سامية عوض مُجّد، " الضمانات العقدية للإستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية: دراسة مقارنة "، مجلة بحوث كلية الآداب، جامعة المنوفية كلية الآداب، مصر، مج30، ع117، 2019، 709-741.
- 18- حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، " إختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية: دراسة مقارنة " مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد كلية القانون، العراق، مج26، ع2، 2011، 204-285.
- 19- حليلة بن دريس، " إعادة التفاوض في العقود، دراسة على ضوء مبادئ اليونديروا و التشريعات الوطنية "، مجلة الإجتهد القضائي، جامعة مُجّد خضير، مج13، ع2، بسكرة، 2021، ص256، 249-266.
- 20- حليلة بن دريس، مآل العقد التجاري الدولي في ظل تأثير وباء كورونا المستجد على تنفيذه، المجلة الدولية للقانون، جامعة قطر، مج9، ع4، 2020، 387-422.
- 21- حيثم هبة، " عقود الإستثمار الدولية "، حوليات جامعة الجزائر1، كلية الحقوق سعيد حمدين جامعة الجزائر1، مج3، ع2، الجزائر، 2021، 46-68.
- 22- دلشاد رمضان داخاز، إيمان يوسف نوري، " الأساس القانوني لإعادة تفاوض في عقود مدنية "، مجلة جامعة دهوك، كلية القانون، جامعة داهوك، العراق، مج26، ع2، د.س.ن، 1710-1730.

- 23- رجب عبد الطاهر علي، " أثر إستحالة التنفيذ على عقود العمل: دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي "، مجلة الدراسات القانونية والإقتصادية، جامعة المنوفية، مج6، ع2، مصر، 2020، 01-145.
- 24- رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، " إلتزام إعادة التفاوض في العقود المدنية، دراسة تحليلية مقارنة "، مجلة الدراسات القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق جامعة مدينة السادات، جمهورية مصر العربية، مج7، ع2، 2021، 1-93.
- 25- زواق نجاة، " نظرية الظروف الطارئة وتطبيقاتها في العقود الدولية"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية، كلية الحقوق جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر، ع2، 2021، 1467-1489.
- 26- سالم بن سلام بن حميد الفليتي، " أثر تغير الظروف على عقود التجارة الدولية "، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق جامعة طانطا، ع88، 2019، 02-120.
- 27- سامية قلوثة، " نظرية الظروف الطارئة وأحكامها "، مجلة الفكر القانوني والسياسي، جامعة أحمد يحيى الونشريسي، الجزائر، مج7، ع1، 2023، 287-294.
- 28- سنقرة عيشة، " فيصل التفرقة بين نظرية الظروف الطارئة، القوة القاهرة والحادث المفاجئ وتطبيقاتهم "، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، مج16، ع1، 2023، 508-529.
- 29- صانوري مهند أحمد محمود وآخرون، " نطاق تطبيق شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية"، مجلة البحث وتطوير الموارد البشرية بالتعاون جامعة القرآن الكريم وتأصيل العلوم، السودان، ع2، 2022، 96-148.
- 30- عائشة مفلح أحمد أبو زيد، " نظرية الظروف الطارئة "، المجلة القانونية، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مج9، ع13، 2021، 4277-4306.

- 31- علاء الدين عبد الله فوز، "الجوانب القانونية للإلتزام بإعادة التفاوض ومراجعة العقود: دراسة في القانون الفرنسي والأردني ومبادئ القانون الموحد حول التجارة الدولية ومبادئ القانون الأوروبي للعقود"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، مج38، ع1، 2014، 617-678.
- 32- علي حسين دويح، "الإلتزام بإعادة التفاوض في تكوين العقد المعدل"، مجلة جامعة الإمام جعفر الصادق للدراسات القانونية، كلية القانون جامعة الإمام جعفر الصادق، ع3، 2022، 190-213.
- 33- فاطمة عاشور، "معالجة تغير الظروف في تنفيذ عقود تجارة الدولية"، دفاثر البحوث العلمية، المركز الجامعي تيبازة، مج1، ع1، 2013، 55-81.
- 34- فؤاد قاسم الشعبي، "جائحة كورونا كحدث إستثنائي أو قوة قاهرة وفقا للتطبيقات القضائية الإماراتية الحديثة"، إدارة البحوث والدراسات، وزارة العدل، الإمارات العربية المتحدة، 2020، 01-26.
- 35- كامل عبد الخلف العنكود، ممتاز عبد المطلب، "الإستثمار الأجنبي وضمائنه في القانون العراقي والمقارن"، المجلة الأكاديمية العلمية العراقية، جامعة تكريت للحقوق، العراق، مج3، ع10، 2011، 129-151.
- 36- كمال مُجَّد السعيد عبد القوى عون، "أثر تغير الظروف الاقتصادية على المعاملات التعاقدية"، دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنوفية، مج56، ع4، د.س.ن، 423-496.
- 37- مُجَّد أبو بكر وآخرون، "شرط إعادة التفاوض في العقود المبرمة بين الدولة والمستثمر"، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة مدينة السادات، جمهورية مصر العربية، مج9، ع4، 2023، 1291-1359.

- 38- مُجَّد عامر شنجار، غسان أحمد، " الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الإستثمار "، المجلة الأكاديمية العلمية العراقية، كلية الحقوق جامعة النهرين، مج18، 2016، 27-72.
- 39- محمود حسن السحلي، " شرط التعديل التلقائي للإلتزام بدفع مبلغ من النقود كآلية لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مج2024، ع1، 2024، 101-171.
- 40- مهند عثمان خضير موسى الموسوي، " إلتزام إعادة التفاوض في العقود المدنية دراسة مقارنة بين فرنسا والعراق ومصر، المجلة العراقية للبحوث الإنسانية والاجتماعية والعلمية، جامعة المصطفى الأمين، ع8، 2023، 235-251.
- 41- ندى عبد الكاظم حسين، " القوة القاهرة المؤقتة وأثرها في تنفيذ العقد: دراسة مقارنة "، مجلة الحقيقة للعلوم الإجتماعية والسياسية، جامعة أحمد دراية أدرار، الجزائر، مج22، ع01، 2023، 01-22.
- 42- نصر الله صادق، مُجَّد بدر الدين، "مرحلة التفاوض وأثرها في تحقيق الأمن التعاقدى في عقود الإستثمار الدولية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية المركز الجامعي صالحى أحمد النعام، الجزائر مج9، ع1، 2023، 641-654.
- 43- هوزان عبد المحسن عبد الله، " مفهوم القوة القاهرة وآثارها في تنفيذ العقد "، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، كلية القانون الكويتية العالمية، مج9، ع2، 2021، 501-534.
- 44- وعود كاتب الأنباري، "المفاوضات العقدية عبر الأنترنت"، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون جامعة كربلاء مج1، ع2، 2009، 200-213.
- 45- وفاء حلمى السعيد، " الإلتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية "، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر، القاهرة، 2023، 979-1036.

ج- الرسائل والمذكرات الجامعية:

- أطروحات الدكتوراه:

- 1- أحمد المصطفى مُجَّد صالح الصادق، " التحكيم في منازعات عقود الإستثمار " أطروحة دكتوراه، جامعة شاندي، 2012.
- 2- أحمد مروك، " شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية "، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2014/2015.
- 3- أحمد مصطفى مُجَّد منصور العجوز، "إعادة التفاوض لمعالجة تغير الظروف في العقود الإدارية"، بحث مستخلص من رسالة دكتوراه، 2017.
- 4- بودهان صالح، "رقابة الدولة على مشروعات الإستثمار الخاص في القانون الجزائري"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2020.
- 5- بوطباله معمر، " الإبطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية "، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2017/2016.
- 6- بوكرييس مهام ، " التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية "، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان ، 2021-2022.
- 7- رضوان ربعية، "فض منازعات عقود الإستثمار الدولية بين القضاء والتحكيم"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2020.
- 8- سعيد يحيوي، "الوسائل البديلة عن القضاء العام والخاص في حل النزاعات التجارية"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2019/2018.
- 9- سماعيل حسام الدين، " النظام القانوني لعقد التأمين على الإستثمارات الدولية "، أطروحة دكتوراه، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2020.
- 10- صفاء تقي عبد النور العيساوي، " القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة)"، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، 2005.

- 11- علي أحمد صالح، "المفاوضات في العقود التجارية الدولية"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2012.
- 12- فارس بوكرواح، "ضوابط التوازن الاقتصادي بين الدولة والمستثمر في العقود الدولية"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2019/2018.
- 13- مصدق فاطمة الزهراء، "دور القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد"، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2023/2022.
- 14- معداوي نجية، "الآليات القانونية في عمليات تصدير النفط الخام الجزائري"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر بن يوسف خدة، 2016/2015.
- 15- موكة عبد الكريم، "تأثير تغير الظروف على إستقرار الثمن في عقود التجارة الدولية"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016.
- 16- هني عبد اللطيف، "حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2017/2016.
- 17- وسن قاسم غني الحفاجي، "إيقاف التنفيذ المؤقت في العقود"، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 2016.
- 18- ياسر شحادة مرزوق ضبابات، "أثر القوة القاهرة على الرابطة العقدية في نطاق المسؤولية العقدية ومدى إمكانية تعديل الأثر المترتب عليها (دراسة مقارنة)"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2018.

-رسائل الماجستير:

- 1- إبراهيم خالد عبد يحيى، "دور نظرية المشقة "hardship" في حفظ توازن العقد في التجارة الدولية"، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة العربية الأمريكية، جنين، 2017.
- 2- أحمد حميد الأنباري، "سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2017.

قائمة المصادر والمراجع

- 3- شارف بن يحيى، " نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران ، 2010/2009.
- 4- عطا الله أحمد علي قواقزة، " إيقاف التنفيذ المؤقت في العقود (دراسة مقارنة)" ، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية، 2022.
- 5- علي خوجة خيرة، " القوة القاهرة في القانون المدني الجزائري "، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2002/2001.
- 6- مصعب إياد إبراهيم الكروي، " نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري " (دراسة مقارنة مابين القانون الأردني والعراقي والمصري)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2021.
- 7- هبة مُحمَّد الشريف، "قانون الإستثمار الأردني وأثره في جذب الإستثمار"، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، 2019.

-مذكرات ماستر:

- 1- آيت معمر الطاهر، "الايطار القانوني لعقد الإستثمار ضمان الاستثمار الدولي"، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2020.
- 2- بن طبال جهيدة، " شرط إعادة التفاوض في عقود الإستثمار الدولية "، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2017/2016.

ح-القرارات القضائية:

- 1-قرار المحكمة العليا، الصادر في 11/06/1990، المجلة القضائية، 1991، ع2.

خ- المواثيق الدولية:

- 1- الإتفاقية المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار والمؤسسة الوطنية الكوبتية للإتصالات ، ج.ر، ع7، 28 يناير 2007.

- 2- الدليل القانوني الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن صياغة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية، أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال).
- 3- مبادئ اليونيدروا المتعلقة بالتجارة الدولية، المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، روما، 1994، الترجمة العربية عام 2014.

د- المحاضرات والمؤتمرات:

- 1- عسالي صباح، محاضرات في القانون المدني (مصادر الإلتزام)، أقيمت على طلبة السنة الثانية ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2021/2020.
- 2- عصام الدين القصبي، " التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار " المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، جامعة الإمارات.

ذ- المواقع الالكترونية:

- أنظر السوسنة صحيفة حرة مستقلة assawsana.com ، اطلع عليه بتاريخ 2024/05/23
- unicitral.un.org/ar ، 2024/05/27
- Help.unher.org/iraq/coronavirus-covid-19-vesouvces/. 24/05/2024

الفهرس

الصفحة	العنوان
	الشكر
	الاهداء
	قائمة المختصرات
16-13	المقدمة
18	الفصل الأول: التنظيم القانوني لشرط إعادة التفاوض في عقود الإستثمار
19	المبحث الأول: ماهية شرط إعادة التفاوض.
19	المطلب الأول: مفهوم شرط إعادة التفاوض في عقود الإستثمار.
20	الفرع الأول: تعريف عقود الإستثمار.
20	أولاً: تعريف الإستثمار.
21	ثانياً: تعريف عقود الإستثمار.
22,23	ثالثاً: أنواع عقود الإستثمار.
23	الفرع الثاني: تعريف شرط إعادة التفاوض.
25-23	أولاً: تعريف التفاوض
29-25	ثانياً: تعريف شرط إعادة التفاوض.
31,30	ثالثاً: تمييز شرط إعادة التفاوض عن شرط التعديل التلقائي للعقد.
31	الفرع الثالث: خصائص شرط إعادة التفاوض.
33,32	أولاً: أنه شرط إتفاقي.
33	ثانياً: أنه شرط خاص.
34	الفرع الرابع: التكييف القانوني لشرط إعادة التفاوض.
35,34	أولاً: التكييف القانوني عند وجود شرط إعادة التفاوض
36,35	ثانياً: التكييف القانوني عند عدم وجود شرط إعادة التفاوض

36	المطلب الثاني: إختلال التوازن العقدي كسبب لإعادة التفاوض.
37	الفرع الأول: المقصود بإختلال التوازن العقدي.
40-37	أولاً: مفهوم إختلال التوازن العقدي.
42-40	ثانياً: معيار تقدير الإختلال.
42	الفرع الثاني: الأسباب التي أدت إلى إختلال التوازن العقدي.
44-24	أولاً: مفهوم القوة القاهرة.
46-44	ثانياً: نظرية الظروف الطارئة.
46	المبحث الثاني: القواعد الاجرائية لشرط إعادة التفاوض.
47	المطلب الأول: نطاق تطبيق شرط إعادة التفاوض.
47	الفرع الأول: العناصر المتعلقة بالحادث المتصل بالمدين.
48،47	أولاً: إستقلالية الحدث عن إرادة المدين.
49،48	ثانياً: عدم إمكانية توقع الحدث.
50،49	ثالثاً: عدم إمكانية دفع الحدث وتجنب نتائجه.
50	الفرع الثاني: العناصر المتعلقة بالحادث ذاته.
51،50	أولاً: عنصر إستثنائية الحادث.
52،51	ثانياً: عنصر عمومية الحادث.
52	ثالثاً: إختلال التوازن العقدي.
53	المطلب الثاني: القواعد التي تحكم إعادة التفاوض بحسن نية.
53	الفرع الأول: القواعد الشكلية التي تحكم إعادة التفاوض.
55-53	أولاً: قبول إعادة التفاوض.
56،55	ثانياً: المعايير المعتمدة في إعادة التفاوض.
57،56	الفرع الثاني: إعادة التفاوض وفقاً لمقتضيات حسن النية.
59-57	أولاً: التعبير عن مبدأ حسن النية في عقود الإستثمار.
60،59	ثانياً: تطبيقات مبدأ حسن النية أثناء إعادة التفاوض.

60	خلاصة الفصل الأول
63,62	الفصل الثاني: الآثار القانونية المترتبة على شرط إعادة التفاوض في عقود الإستثمار
64	المبحث الأول: الإلتزام بمراجعة العقد
64	المطلب الأول: ماهية الإلتزام بمراجعة العقد.
66,65	الفرع الأول: مضمون الإلتزام بمراجعة العقد.
66	الفرع الثاني: طبيعة الإلتزام بمراجعة العقد.
68,67	أولاً: الإلتزام ببذل عناية.
69,68	ثانياً: الإلتزام بتحقيق نتيجة.
69	المطلب الثاني: طرق مراجعة العقد ونتيجته.
69	الفرع الأول: طرق مراجعة عقد الإستثمار.
70,69	أولاً: المراجعة الجزئية لعقد الإستثمار.
72,71	ثانياً: المراجعة العامة لعقد الإستثمار.
72	الفرع الثاني: نتيجة مراجعة العقد.
74-72	أولاً: في حالة نجاح المفاوضات.
77-74	ثانياً: في حالة فشل المفاوضات.
78	المبحث الثاني: تنفيذ العقد خلال فترة إعادة التفاوض بين الإستمرار والتوقف.
79,78	المطلب الأول: إستمرار تنفيذ العقد.
79	الفرع الأول: أساس إستمرار تنفيذ العقد.
80,79	أولاً: الاتفاق الصريح على الاستمرار في تنفيذ العقد.
80	ثانياً: سكوت الأطراف على تنظيم مصير العقد خلال فترة إعادة التفاوض.
82,80	الفرع الثاني: الآثار السلبية لإستمرار تنفيذ العقد خلال إعادة التفاوض.
82	المطلب الثاني: ماهية وقف تنفيذ العقد.
83	الفرع الأول: وقف تنفيذ العقد.
84,83	أولاً: تعريف وقف تنفيذ العقد.

85،84	ثانيا: الأساس القانوني لوقف التنفيذ.
86	الفرع الثاني: شروط وأحكام وقف التنفيذ.
88-86	أولا: شروط وقف التنفيذ.
90-88	ثانيا: آثار وقف التنفيذ.
91	ثالثا: إنتهاء وقف تنفيذ العقد
92	خلاصة الفصل الثاني.
96-94	الخاتمة.
101-98	قائمة المصادر والمراجع.
113-110	الفهرس.
	الملخص.

الملخص:

شرط إعادة التفاوض آلية مستحدثة ظهرت نتيجة للممارسات العقدية بين المستثمرين، حيث يعد هذا الشرط أحد أهم الضمانات التي تفرضها ظروف وملابسات عقود الإستثمار، يتم إدراجه من قبل الأطراف في عقدهم إذا ما طرأت حوادث إستثنائية أو ظروف طارئة لم تكن متوقعة أدت إلى إختلال التوازن وجعلت تنفيذ الإلتزامات مرهقا مسببا أضرارا كبيرة لأحد المتعاقدين أو كلاهما، وبذلك يتدخل شرط إعادة التفاوض لإعادة ضبط الإلتزامات وإقتراح حلول تضمن إستمرارية العقد والمحافظة عليه من خلال إعادة توازنه.

الكلمات المفتاحية: عقد الإستثمار، التفاوض، إختلال التوازن العقدي، إعادة التفاوض، الظروف الطارئة، القوة القاهرة، مراجعة العقد.

Résumé :

La clause de renégociation est un mécanisme innovant résultant des pratiques contractuelles entre les investisseurs. Cette clause est l'une des garanties les plus importantes imposée par les circonstances et les aléas des contrats d'investissement. Elle est incluse par les parties dans leur contrat en cas de survenance d'événements exceptionnels ou de circonstances imprévues qui entraînent un déséquilibre du contrat, rendant l'exécution des obligations lourde et causant des dommages considérables à l'une des parties contractantes, voire aux deux. Ainsi, la clause de renégociation intervient pour réajuster les obligations et proposer des solutions garantissant la continuité du contrat et le préservant en rétablissant son équilibre.

Mots-clés: contrat d'investissement, négociation, déséquilibre contractuel, renégociation, circonstances imprévues, force majeure, révision du contrat.