جامعة قاصدي مرباح ورقلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة التخرج لإستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي

ميدان: حقوق وعلوم سياسية

شعبة الحقوق

تخصص: قانون الشركات

من إعداد الطلبة : اوليدي موسى & قادري عبد الرزاق

بعنوان:

أثر القوة القاهرة في العقود الدولية

نوقشت وأجيزت بتاريخ:10 / 06/ 2018

أمام اللجنة المكونة من السادة الأعضاء:

أ زرقاط عيسى	أستاذ محاضر (أ)	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	رئيساً
أ بالطيب محمد بشير	أستاذ محاضر (ب)	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مشرفاً
أ خوخي خالد	أستاذ مساعد (أ)	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مناقشاً

السنة الجامعية: 2017-2018

جامعة قاصدي مرباح ورقلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة التخرج لإستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي

ميدان: حقوق وعلوم سياسية

شعبة الحقوق

تخصص: قانون الشركات

من إعداد الطلبة : اوليدي موسى & قادري عبد الرزاق

بعنوان:

أثر القوة القاهرة في العقود الدولية

نوقشت وأجيزت بتاريخ:10 / 06/ 2018

أمام اللجنة المكونة من السادة الأعضاء:

أ زرقاط عيسى	أستاذ محاضر (أ)	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	رئيساً
أ بالطيب محمد بشير	أستاذ محاضر (ب)	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مشرفاً
أ خوخي خالد	أستاذ مساعد (أ)	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مناقشاً

السنة الجامعية: 2017-2018

بسم الله الرحمان الرحيم

أهدي هذا العمل إلى:

إلى من أدركت منها أن مع بزوغ كل فجر تتجدد نسمات الأمل...

وبأن غاية العلم ليست التحصيل بل العمل...

أمي؛ أمي؛ أمي؛

إلى من سألت الله أن يرزقني بره

يا من كان دوماً أباً كريماً، وأخاً ناصحاً حليماً ...

إلى من قاسموني وقتهم، وحرمتهم رعايتي زوجتي وأولادي – احمد عدنان – محمد غسان– ايمن

الى اخوتي عيسى –نفيسة–زبيدة –حمزة– اسماء–فاطمة

إلى كل أساتذتي الكرام عرفانا بالجميل؛

إلى كل زملاء الدراسة؛

إلى كل من كان له فضل بعد الله تعالى؛

إلى كل هؤلاء أهدي

ثمرة هذا الجهد.

أوليدي موسى

بسم الله الرحمان الرحيم

أهدي هذا العمل إلى:

إلى من أدركت منها أن مع بزوغ كل فجر تتجدد نسمات الأمل...

وبأن غاية العلم ليست التحصيل بل العمل...

أمي؛ أمي؛ أمي؛

إلى من سألت الله أن يرزقني بره

يا من كان دوماً أباً كريماً، وأخاً ناصحاً حليماً ...

إلى من قاسموني وقتهم، وحرمتهم رعايتي زوجتي وأولادي – عبد الصمد – عبد الباري – خولة

إلى كل أساتذتي الكرام عرفانا بالجميل؛

إلى كل زملاء الدراسة؛

إلى كل من كان له فضل بعد الله تعالى؛

إلى كل هؤلاء أهدي

ثمرة هذا الجهد.

قادري عبد الرزاق

شكر و تقدير

بعد الحمد لله و شكره على نعمة العلم وعلى أن وفقنا لإتمام هذا العمل،

نشكر شكراً خاصاً **الدكتور بالطيب محمد بشير** لقبوله الإشراف على هذا العمل المتواضع و كذا على ملاحظاته وتوجيهاته القيمة؛

كما أتقدم لأعضاء لجنة المناقشة بأسمى عبارات التقدير عرفاناً بإسهامهم بالتصحيح والتقويم وعلى كل جهد؛

والشكر موصول الى السيد ابراهيم قرنان اطار بدار الهدى للتوزيع و النشر على مساعدته في البحث عن الكتب ؛كما اشكر بن عيسى قرمزلي خادم العلم و المعرفة على المساعدة في البحث عن المراجع ،

واشكر ايضاً الدكتور معتز بدر محامى بالاستئناف العالي ومجلس الدولة المصري

والشكر يعم كل من ساهم في هذا العمل

من قريب أو من بعيد.

قائمة المختصرات

(ج) = الجزء.

(ص) = صفحة .

(ط) = طبعة .

(م) = المادة.

(د.ط) = دون طبعة

(د، ت، ن) = دون تاريخ نشر

(د، م، ن) = دون مكان نشر

(ج ر) = الجريدة الرسمية

(ق، م، ج) = القانون المدني الجزائري .

مقدمة

تحتل التجارة الدولية ، دون منافي الصدارة في العلاقات الحديثة بل انها المحور الرئيسي الذي تدور حوله هذه العلاقات لما تنطوي عليه من تبادل مستمر للثروات و الخدمات و عملية الانتاج ، ولما تتضمنه من نقل للمواد الاولية و البضائع و السلع و المنتجات المختلفة من اسواق الانتاج الى اسواق الاستهلاك و الاستثمار .

و الامر الواقع ان النشاط التجاري الدولي غالبا ما يتخذ صيغة العقد بين اطرافه. فإن كان للعقد في ميدان التعامل الداخلي ، دوراً اساسيا في تبادل الثروات و الخدمات ، فإن هذا الدور يكبر وتزداد اهميته في ميدان التعامل الدولي ، فالعقود الدولية هي اداة فذة لتسيير التجارة الدولية .

إلا ان العقود الدولية ليست على نمط واحد ، بل انها تتعدد وتتنوع بتعدد موضوعها. فهناك العقود الدولية التقليدية ، وابرزها عقد البيع و عقد النقل و غيرها [1].الا ان التطور الصناعي و التكنولوجي وتعاظم وتشعب حاجات المجتمع وظهور قوانين الاستثمار و التنمية الاقتصادية أدي الى ظهور عقود جديدة لها اهميتها و وزنها الاقتصادي ، كعقد الترخيص التجاري والصناعي، وعقد نقل التكنولوجية، وعقود الانشاء الدولية ، وعقود بناء المصانع (المفتاح على اليد)، وعقود الاشغال (كعقود التنقيب عن النفط و المعادن النفيسة)[2] .

و يعد العقد أهم وسيلة لإجراء المعاملات أو التصرفات القانونية سواء على المستوى الدولي أو الداخلي , وقد عرّف المشرّع الجزائري العقد بصورة عامة بأنه اتفاق يلزم بموجبه شخص او عدة اشخاص نحو شخص او عدة اشخاص بمنح او فعل او عدم فعل شيء ما[3].

أما المشرّع الفرنسي, فقد عرف العقد بأنه " اتفاقية يلتزم بواسطتها شخص أو عدة أشخاص تجاه شخص أو عدة أشخاص آخرين بأداء شي ما أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل[4].

ويعبر العقد عموما عن توافق إرادتين أو أكثر لإحداث أثر قانوني , ويتمثل هذا الأثر في القيام بعمل أو الامتناع عن عمل , وإن هذا الأثر هو جوهر الاتفاق بين أطراف العقد, إذ إن التصرف القانوني يعد إظهاراً للإرادة بغية ترتيب آثارٍ قانونية , كما إن التزام الأطراف هو حالة قانونية مصدرها العقد ,

---

[1] شبة سفيان – عقد البيع الدولي – رسالة دكتوراه في القانون الخاص –كلية الحقوق جامعة تلمسان 2011-2012 ص 14 و ما يليها

[2] د هشام خالد – ماهية العقد الدولي- دار الفكر الجامعي الاسكندرية 2003 ص 17 وما يليها

[3] المادة 54 من الامر رقم 75-58 المؤرخ في 26 -09-1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم

[4] Article 1101 Créé par -Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le Rapport au Président de la République qui accompagne l'ordonnance du 10 février 2016.Code civil Français "Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose"

انظر نص المادة منشور على الموقع الالكتروني https://www.legifrance.gouv. تاريخ التصفح29/04/2018 اجر تعديل بتاريخ 2018/01/03

فالعقد إما أن يكون داخليا أو دوليا , و يعد العقد داخلياً إذا اجتمعت كل عناصره القانونية في إطار دولة واحدة , ومن ثَمّ يخضع لنظام قانوني واحد , بحيث لو أثير نزاع حول هذا العقد أمام القاضي , فإنه يلتزم بتطبيق قواعد قانونه الوطني مباشرة.

أما العقد الدولي الذي يشوبه عنصر أجنبي, فهو العقد الذي تمتد آثاره إلى أكثر من دولة واحدة, ومن بعد ذلك يخضع لقواعد قانونية تتفق مع طبيعته من خلال البحث عن أنسب القوانين ملاءمة عن طريق المفاضلة بين النظم القانونية التي يحتمل تطبيقها .

ونظرا لتنوع العقود الدولية و اختلاف مضمونها ، كان لزاما ايجاد معيار يتم اعتماده للتعرف على طبيعة العقد ما اذا كان دولياً او داخلياً . وعلية يجب تحديد النظام القانوني الذي يحكم العقد ، حيث يحاط العقد الدولي بتنظيم قانوني متميز يجسد خليطاً من القوانين الوطنية ، واتفاقيات التجارة الدولية ، و الشروط العامة و النموذجية التي تقوم بصياغتها لجان دولية متخصصة ، بالإضافة الى الاعراف التجارية.

ولقد ظهر بهذا الصدد في الواقع اكثر من معيار، لعل الراجح منها هو ذلك المعيار الذي بموجبه يتم النظر الى طبيعة العنصر الذي تلحق به الصفة الاجنبية وتحديد ما إذا كان هذا العنصر مؤثراً او غير مؤثر في العقد [1]

هذا وتؤسس حركة التبادل التجاري الدولي في الوقت الحاضر على مبدأين، احدهما اقتصادي هو مبدأ حرية التجارة[2] ، و الذي بقوم على منح الحرية الكاملة امام التبادل التجاري الحر للسلع و الخدمات عبر الحدود الدولية دون قيود. اما الثاني فهو مبدأ قانوني يتمثل في الحرية التعاقدية و الذي يستمد من مبدأ سلطان الارادة، و الذي يؤسس على واجب احترام الارادة الفردية ، فإرادة الانسان حرة غير مقيدة ، ولا يمكن ان تتوجه الا الى ما فيه مصلحته .

وإذا ما تجاوزنا مرحلة الابرام و الانعقاد ، فإننا نصل الى مرحلة التنفيذ التي تزداد اهميتها في العقود الدولية . اذ ان الطابع المميز لتلك العقود هو رغبة الاطراف في اتمام تنفيذها رغم ما يعيق التنفيذ من ظروف صعبة او مرهقة ، ويعود السبب في ذلك إما الى رغبة الاطراف في تأمين مصير العقد وتحقيق قدر من الاستقرار في معاملاتهم ، كما هو الحال في عقود التوريد و الامتياز. او الى طبيعة العقود الدولية و ضخامة الاعمال التي يلتزم بها اطرافها ، كعقود نقل التكنولوجية ، وعقود انشاء المصانع الجاهزة وعقود البحث و التنقيب عن النفط و المعادن الثمينة و التي يحتاج تنفيذها الى وقت طويل.

ونظراً لطول مدة تنفيذ تلك العقود ، فإنها لا شك تكون عرضة لبعض الاحداث التي قد تطرأ على نحو مفاجئ و غير متوقع و يكون من شانها شل قدرة الاطراف على تنفيذ العقد .

[1] د محمود محمد يقوت – معايير دولية العقد – مجلة روح القانون -كلية الحقوق – جامعة طنطا العدد 20 سنة 2000 ص 490

[2] المادة 37 من الدستور الجزائري الصادر بالمرسوم الرئاسي(96-483)المؤرخ في 07 فيفري 1996 المتعلق بنشر تعديل الدستور الموافق عليه بموجب استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد09، الصادرة بتاريخ 28 نوفمبر 1996. و التي تنص " حرية التجارة و الصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون "

و الامر الواقع ان القوة القاهرة كحدث قد يعترض تنفيذ العقد تحظى باهتمام تشريعي واسع سواء على الصعيد الدولي ، من خلال اتفاقيات التجارة الدولية و الشروط العامة و النموذجية ، او الداخلي فالقوة القاهرة مفهوما محدد وشروط لا بد من اجتماعها في الحدث لإصباغ وصف القوة القاهرة ، فالتشريعات الوطنية تتشدد عادة في تلك الشروط مما يجعل مفهوم القوة القاهرة المتعارف عليه في نظر المتعاملين في ميدان العقود الدولية مفهوما متشدداً وقاسياً، ثم ماهي درجة التأثير التي يجب ان تبلغها القوة القاهرة على تنفيذ العقد، و اذا ما تحققت القوة القاهرة يترتب عليها حسب الاصل انفساخ العقد بقوة القانون ، ويطرح الانفساخ الكثير من التساؤلات سواء من حيث ماهية الانفساخ ؟ او من حيث الاثار المترتبة عليه؟

ومن جانب اخر لا يبدوا ان الانفساخ هو الجزاء الوحيد الذي قد يترتب على وقوع القوة القاهرة ، فقد يترتب علها مجرد وقف تنفيذ العقد فترة من الزمن لحين زوال العايق و استئناف التنفيذ من جديد بنفس شروط العقد ، فما هو وقف التنفيذ ؟ وماهي اثاره ؟

وقد يتوقف تنفيذ العقد من اجل مراجعة احكام العقد على اثر تعرضه للقوة القاهرة لفترة زمنية محدودة ، أي ان وقف تنفيذ العقد كأثر للقوة القاهرة المؤقتة لا ينتهي باستئناف تنفيذ العقد بنفس بنوده، بل ان الاطراف يجلسون للتفاوض بغية التوصل الى احكام جديدة و توازن العقد تكيفا مع الظروف الجديدة التي سببتها القوة القاهرة سواء بعد زوالها او حتى مع استمراها وهذ حسب المفهوم الحديث للقوة القاهرة .

ونظراً لأهمية و حداثة المفهوم غير التقليدي، فإنه يثير تساؤلات عديدة فماذا يقصد بالمفهوم الحديث للقوة القاهرة ؟ وكيف ينظمه الاطراف ؟ وماهي اسباب اللجوء اليه ؟ و كيف يتم وفقه إعادة التفاوض وماهي القواعد التي تحكم إعادة التفاوض ؟ وفي حالة نجاح المفاوضات و التوصل الى اتفاق جديد ، فما هو التكيف القانوني لهذا الاتفاق ؟ وفي حالة عدم نجاح المفاوضات فما هو مصير العقد الذي تأثر تنفيذه بالقوة القاهرة ؟

ونظرا لرغبة الاطراف في استمرارية العقد فإنهم لا يتوقفون عند هذا الحد ، ففي حالة عدم نجاح إعادة التفاوض فإنهم يلجأون الى التحكيم من اجل اعادة التوازن للعقد حسب الواقع الجديد الذي فرضته القوة القاهرة ، فالتحكيم قد يتفق عليه الاطراف عند تحقق القوة القاهرة ونشوب نزاع حول تنفيذ العقد ، او قد ينظمونه مسبقا ضمن التنظيم الاتفاقي للقوة القاهرة ، والشروط العامة للعقد .

فالصياغة النموذجية لشرط التحكيم و التي تراعى كافة الاحتمالات و توضح الخطوات التفصيلية لسير التحكيم وتحديد السلطة الممنوحة للهيئة المكلفة بالفصل في النزاع ، لان الاتفاق على التحكيم كلما كان واضحاً مفصلاً ، تقلصت السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في البحث عن حلول قد لا تتفق مع الرغبة الحقيقية للأطراف.

أهمية الموضوع ودوافع اختياره:

ان اهمية اثر القوة القاهرة في العقود الدولية شكلت لنا الدافع و الحافز لاختيار الموضوع ، اذ لم يعد الامر مقصوراً على المفهوم التقليدي للقوة القاهرة الراسخ في التشريعات الوطنية و اتفاقيات التجارة الدولية ، بل ان مسايرة خصوصية وضروريات التجارة الدولية أدى الى ظهور مفهوم حديث من خلال ما يدرجه الاطراف في عقودهم من شروط يخففون فيها من شدة الشروط التقليدية لها ، و تتعاظم اهمية الموضوع لأسباب عملية اخرى ، لعلى ابرزها ارتباطه بعقود تزداد وتتنوع بصورة مستمرة في حياة الدول جميعا ، لا سيما النامية منها . اذ ان النهوض بمجتمع ما يتطلب الحصول على مزيد من وسائل التقدم و التقنية الحديثة و سوائل الانتاج و المصانع و التي لا سبيل للحصول عليها الا من خلال العقود الدولية. فموضوع البحث يتعلق بعقود تتميز بقيمتها المالية المرتفعة جداً والتي يؤثر تنفيذها او عدم تنفيذها دون شك في الحياة الاقتصادية للدول المرتبط بها ، وفي ميزانيتها العامة .

ونظراً لحداثة موضوع البحث، فإنه لم يحظَ في الواقع بدراسات قانونية متخصصة و معمقة ومتكاملة في الجزائر.

بالإضافة لما تقدم ، فإن اختيار الموضوع البحث يعود الى ان له اهمية خاصة بالنسبة للجزائر و ما انتهجته الحكومة الجزائرية من سياسة اقتصادية لتقليص فاتورة الاستيراد و تشجيع الانتاج الوطني ، فأدت الى ظهور ثقافة الانتاج وظهور مصانع للإنتاج مختلف السلع كمصانع السيارات التي جاءت نتيجة لعقود دولية ابرمت من طرف مستثمرين جزائريين و شركات عالمية مثل رونو و كية وهونداي و غيرها من شركات صناعة السيارات، و الى ما تتعرض له هذه المصانع من حملات المقاطعة والتي لم يشهد لها مثيل مثل حملة خليها تصدي التي تهدف الى مقاطعة شراء السيارات المصنعة في الجزائر لتكلفتها الباهظة و سعرها الفاحش مقارنة بالبلدان الاخرة كفرنسا و المعرب ، وحملة خليها تصدي قد تتوفر فيها الشروط الواجب توافرها في الحدث لإصباغ صفة القوة القاهرة .

و الى ما لموضوع البحث من اهمية الى منطقتنا الغنية بالثروات الطبيعية مثل البترول والغاز والتي جعلتها من اهتمامات الشركات الكبرى و المتعددة الجنسيات في مجال البحث و التنقيب عن هذه الثروات والتي لا تكون الا عن طريق العقود الدولية والتي قد تكون عرضة للقوة القاهرة .

الإشكالية

من كل ما تقدم ومما يهدد العقود الدولية من تغير لظروف تنفيذه بسبب القوة القاهرة، ونظرا لرعبة اطراف هذه العقود في تأمين حياة العقد، فالإشكالية المطروحا هي :

ما مآل العقود الدولية تحت أثر القوة القاهرة ؟

الدراسات السابقة

توجد العديد من الدراسات تتقاطع مع موضوع اثر القوة القاهرة في العقود الدولية ، إلا أن بعضها تناولها بالدراسة بمنظور المفهوم التقليدي فقط ووفقا للتشريعات الوطنية ، وهذه الدراسات لا تخدم موضوع بحثنا إلا في حدود اثر القوة القاهرة على الرابطة العقدية ، كما أن بعض الدراسات وإن تناولت موضوع اثر القوة القاهرة في العقود الدولية بمنظور مبادئ التجارة الدولية ، فقد تناولتها في إطار المفهوم التقليدي و أغفلت التطرق إلى المفهوم غير التقليدي للقوة القاهرة ، وسنعمل من خلال هذا البحث على محاولة الإحاطة به، وتسليط الضوء على مال العقود الدولية تحت اثر القوة القاهرة بمنظور المفهوم الحديث لها.

المنهج المتبع

للوصول إلى الإحاطة بمشكلة الدراسة اعتمدنا على المنهج المختلط .

فهو منهج تأصيلي ، اذ سنقوم برد الفروع الى اصولها و الاشارة الى النظرية العامة في تأصيل كافة المراكز و الاوضاع القانونية والتزامات الاطراف المختلفة فتجارية العقد و دولية العقد لا تخرج به عن نطاق النظرية العامة للعقود.

فعلى سبيل المثال يعد مبدأ الحرية التعاقدية المستمد من سلطان الارادة هو الاساس في ظهور المفهوم الحديث للقوة القاهرة .

ومنهج تحليلي ، حيث سنقوم بمحاولة تحليل كل جزئية و كل اشكالية ترد خلال الدراسة على اختلاف اوجه الطروحات الفقهية و القرارات القضائية و التحكيمية و تحليل القواعد القانونية الداخلية و الدولية المقررة بهذا الصدد وبيان ابعادها و اثارها .

كما فرضت علينا طبيعة الموضوع المنهج المقارن، فتناولنا موضوع القوة القاهرة في التشريعات الوطنية المختلفة وما تقتضي به الاتفاقيات الدولية و الشروط العامة و النموذجية وقرارات التحكيم التجاري الدولي .

صعوبات الدراسة

ونظراً لحداثة موضوع البحث، فإنه لم يحظَ في الواقع بدراسات قانونية متخصصة و معمقة ومتكاملة في الجزائر، قل الكاتبون فيه، إضافة إلى عامل الوقت المخصص لإنجاز هذه البحوث، الأمر الذي يرهن قدرات الباحث ويحد من المدى الذي يرمي الوصول إليه ببحثه.

الخطة البحث

وقد اعتمدنا للإجابة على الإشكالية المطروحة والأسئلة المتفرعة عنها تقسيم البحث في هذه المذكرة إلى فصلين:

فصلٌ أول نخصصه للوقوف على **التنظيم القانوني للقوة القاهرة** ، وتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين مبحث أول نتناول فيه **(المفهوم التقليدي للقوة القاهرة)**.

اما المبحثٍ الثاني فتناولنا فيه **(المفهوم الحديث للقوة القاهرة)**،هذا المفهوم الذي وجد ميدان خصب لينموا فيه ، الا وهو ميدان التجارة الدولية .

أما الفصل الثاني والمعنون **مآل العقود الدولية بفعل القوة القاهرة والذي** تم تقسيمه أيضاً إلى مبحثين مبحث أول نقف فيه على (**تأثر وجود العقد الدولي بالقوة القاهرة**)، ثم لتكون**(التسوية القانونية للمنازعات الناجمة عن القوة القاهرة)** مجال المبحث الثاني.

الفصل الأول

التنظيم القانوني للقوة القاهرة

في العقود الدولية

الفصل الأول: التنظيم القانوني للقوة القاهرة في العقود الدولية

لا تتخذ القوة القاهرة في العقود الدولية مفهوما واحدا, فالأصل و وفقا لإجماع مصادر التشريع المختلفة, أن القوة القاهرة حدث يجب أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط ينتج عنه استحالة مطلقة في التنفيذ وهذا ما يسمى بالمفهوم التقليدي للقوة القاهرة حيث ينظم هذا المفهوم ما تنتجه القوة القاهرة من تأثير سلبي على مصير العقد على نحو لا يسمح بالاستمرار في تنفيذه إلا أن الحاجة الماسة إلي تأمين تنفيذ العقد وخاصة في مجال عقود التجارة الدولية , و الرغبة الصادقة لأطراف العقد في تجنب أثر القوة القاهرة بمفهومها التقليدي دفع بهم إلى تبني مفهوما أكثر استجابة لمتطلبات العقود الدولية وذلك من خلال إضفاء نوع من المرونة على الشروط الواجب توفرها في القوة القاهرة وفقا للمفهوم التقليدي ، كما أصبح الأطراف يميلون إلى مراجع أحكام العقد على نحو يضمن الاستمرار في تنفيذ العقد ولا ينتظرون حتى زوال حدث القوة القاهرة من اجل تنفيذ التزاماتهم، وهذا ما يطلق عليه المفهوم الحديث للقوة القاهرة أو المفهوم غير التقليدي.

لذلك ومن أجل التعرف على مفاهيم القوة القاهرة المختلفة ارتأينا الي تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نعالج في المبحث الاول المفهوم التقليدي للقوة القاهرة, ونتطرق في المبحث الثاني للمفهوم الحديث للقوة القاهرة.

المبحث الأول: مفهوم القوة القاهرة في العقود الدولية

يقصد بالمفهوم التقليدي للقوة القاهرة، ذلك المفهوم المستقر الذي ترجع أصوله إلى القانون الروماني [1] و الذي يفرض توافر حد أدنى من الشروط في الحدث لاكتسابه وصف القوة القاهرة دون الوقوف على سلطان الإرادة بين الأطراف فيستمد وصف القوة القاهرة مباشرة من القانون و لا دخل لإرادة الأطراف في ذلك.

و القواعد العامة تلزم طرفي العقد بتنفيذه إلا أن وقوع القوة القاهرة تعيق تنفيذه فتجعل التنفيذ ليس صعبا او مرهق فحسب بل تجعل منه مستحيلا.

و للوقوف على المفهوم التقليدي للقوة القاهرة بدقة نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتطرق في الأول إلى تعريف القوة القاهرة وذكر شروطها ونبحث في المطلب الثاني درجة تأثر القوة القاهرة بالمفهوم التقليدي و تمييزها عن عما يشتبه بها

المطلب الاول : تعريف القوة القاهرة و شروطها

للوقوف على تعريف القوة القاهرة وشروطها يكون لزاما التطرق إلى تعريفها من أكثر من جانب فلا بدى من التطرق إلى مختلف التعاريف في التشريعات المقارنة ثم إلى التعاريف الفقهية في هذا المجال وصولا إلى التعاريف التي قدمها القضاء ثم إلى التعاريف التي قدمتها المنظمات والاتحادات الدولية

الفرع الأول: تعريف القوة القاهرة

إن معظم التشريعات المقارنة لم تتطرق إلى تعريف القوة القاهرة، الأمر الذي يجعل من مسألة الوقوف على تعريفها أمر غاية في الصعوبة خاصة إذا تعلق الأمر بمجال العقود الدولية التي تعتبر آلية من آليات إقتصاد الدول، كما تعتبر القوة القاهرة من المصطلحات المهمة جدا في العقود خاصة منها تلك العقود ذات القيمة المالية الكبيرة وذات النطاق الواسع، مما كان لزاما على المنظمات والاتحادات الدولية الخوض في إيجاد تعاريف ومفاهيم للقوة القاهرة

[1] -د شريف محمد غانم - أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية -مطبعة الفجر الوطنية - دبي الطبعة الاولي- 2010 ص 18

اولاً : التعريف التشريعي للقوة القاهرة :

يرى الكثر من الشراح للقانون المدني أن المشرع الجزائري على غرار نضيره المصري والفرنسي لم يعرف القوة القاهرة وإنما أشار إليها كسبب يعفي من المسؤولية كما جاء في نص المادة 127 من القانون المدني الجزائري " **إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث فجائي، أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك**" إلا أن الحقيقة هي أن المشرع الجزائري لم يتطرق لتعريف القوة القاهرة في القانون المدني لكنه عرفها في المادة 5 فقرة 19 من القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات حيت تنص " **القوة القاهرة : كل حدث مثبت غير متوقع لا يمكن مقاومته وخارج عن ارادة الطرف الذي يثيره و الذي يجعل تنفيد هذا الاخير لاحد التزاماته التعاقدية أو العديد منها آنيا أو نهائيا غير ممكن**"[1].

في حين نجد أن المشرع التونسي تطرق إلى تعريف القوة القاهرة في الفصل 283 من المجلة المدنية والتي تنص على ما يلي :"القوة القاهرة التي لا يتيسر معها الوفاء بالعقود وهي كل ما لا يستطيع الإنسان دفعه كالحوادث الطبيعية من فيضان ما وقلة أمطار وزوابع وحريق وجراد أو غزو أجنبي أو فعل الأمير ولا يعتبر السبب الممكن اجتنابه قوة قاهرة إلا إذا أثبت المدين أنه استعمل كل الحزم في درأه وكذلك السبب الحادث من خطأ متقدم من المدين فإنه لا يعتبر قوة قاهرة"[2].

ويعد هذا التعريف مشابها لما ورد في القانون المدني المغربي أين عرفها في المادة 269 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أنها :" هي كل أمر لا يستطيع الإنسان توقعه كالظواهر الطبيعية، الفيضانات، الجفاف، الحرائق، غارات العدو وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام عملا مستحيلا، ولا يعتبر من القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه ما لم يقم الدليل على أنه بذل كل العناية لدرأه عن نفسه وكذلك لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين"[3].
كما تتطرق المشرع الفرنسي للقوة القاهرة في المادة 1148 من القانون المدني " لا محل لالتزام المدين بتعويض اذا ما تسببت قوة قاهرة او حادث مفاجئ في منع المدين من اداء الالتزام الذي تعهد به "[4] الا ان المشرع الفرنسي لم يعرف القوة القاهرة في القانون المدني الا انه تتطرق اليها في مذكرة الاعمال

[1] المادة رقم 5 من القانون رقم 05-07 مؤرخ في 28 افريل 2005 يتعلق بالمحروقات ج ر عدد 50 الصادرة بتاريخ 19 يوليو 2005
[2] - المادة 127 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية - نسخة محينه مصادق عليها من طرف المجلس الوطني لتنظيم الاحكام التشريعية و الترتيبية الجاري بها العمل وفقا للقون عدد 87 لسنة2005 المؤرخ في 15 اوت 2005
[3] - المادة 269 من قانون الإلتزامات والعقود المغربية - ظهير 12 اغسطس 1913 صيغة محينه بتاريخ 18 2016/04
[4] د عادل جبري محمد حبيب - المفهوم القانوني لرابطة السببية و انعكاساته في توزيع المسؤولية المدنية دراسة مقارنة بأحكام الفقه الاسلامي - دار الفكر الجامعي الاسكندرية -2003 ص 366

التحضيرية لقنون التجارة الفرنسي وعرفها بانها " لفظ لا يطلق الا على الحوادث التي تعجز يقظة الانسان وجوده عن تلافيها او منع اوقها "[1].

ثانياً : التعريف الفقهي للقوة القاهرة :

لقد عرف عميد فقهاء القانون العرب عبد الرزاق السنهوري القوة القاهرة بأنها أمر غير متوقع الحصول وغير ممكن الدفع يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا دون أن يكون هنالك خطأ في جانب المدين[2].

وقد عرفها الفقيه الفرنسي **Dévouer Mandil** القوة القاهرة بأنها " كل واقعة تنشأ باستقلال عن إرادة المدين، ولا يكون باستطاعة هذا المدين توقعها أو حدوثها، ويترتب عليها أن يستحيل عليه مطلق الوفاء بالتزامه"[3]

كما عرفها الفقيه **Domok** بأنها " فكرة القوة القاهرة، وكما تستفاد من القضاء الفرنسي جد بسيطة فهي تعرف باستحالة التنفيذ الناتجة عن واقعة غير متوقعة الحدوث، لا يساهم فيها خطأ من المدين"[4]

ثالثاً: التعريف القضائي للقوة القاهرة :

بخصوص القضاء الجزائري فإذا بحثنا في سلة الأحكام التي تصدرها الغرفة التجارية للمحكمة العليا فإننا نجد أن القضاء الجزائري قد عرف القوة القاهرة من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 11 جوان 1990 والذي جاء فيه ما يلي " حيث أن التعريف القانوني للقوة القاهرة هي أنها حدث تتسبب فيه قوة تفوق قوة الإنسان، حيث لا يستطيع هذا الأخير أن يتجنبها أو أن يتحكم فيها، كما تتميز القوة القاهرة أيضا بطابع عدم قدرة الإنسان على توقعها"5.

أما عن تعريف القضاء المصري ممثلا بمحكمة النقض المصرية نقول أنه يقارب إلى حد كبير تعريف الدكتور عبد الرزاق السنهوري حيث اعتبرت أن القوة القاهرة حادث غير ممكن التوقع، فإن أمكن توقع الحادث حتى لو استحالة دفعه، لم يكن قوة قاهرة ويجب أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب المدعى عليه فحسب، بل من جانب أشد الناس يقظة وبصرا بالأمور، فالمعيار هنا موضوعي لا ذاتي بل هو معيار لا يكتفي فيه الشخص العادي ويتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقا لا نسبيا وعدم

[1] -صفاء تقي عبد النور العيساوي- القوة القاهرة و أثرها في عقود التجارة الدولية دراسة مقارنة -مذكرة دكتوراه -جامعة الموصل العراق- 2005 ص11

[2] - عبد الرزاق أحمد الصنهوري- نظيرة العقد -منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت لبنان- الطبعة الثانية -1998 ص 963

[3] - هيئة تحرير مجلة القانون والأعمال المغربية –القوة القاهرة في التشريع المغربي - بتاريخ 18 جـــانفي 2018 - http://www.droitetentreprise.com

[4] - نفس المرجع بتاريخ 18 جـانفي 2018

[5] - أنظر حكم الغرفة التجارية للمحكمة العليا بتاريخ 11 جوان 1990 الملف رقم 65920 مجلة قضائية عدد 2 لسنة 1991

إمكان التوقع في المسؤولية العقدية يكون وقت إبرام العقد، فمتى كان الحادث غير ممكن التوقع وقت التعاقد، كان هذا كافيا حتى ولو أمكن توقعه بعد التعاقد وقبل التنفيذ، أما في المسؤولية التقصيرية فيكون عدم إمكان التوقع وقت وقوع الحادث[1].

أما بخصوص القضاء الفرنسي فإن محكمة النقض الفرنسية أشارت إلى أن القوة القاهرة (أو الحادث الفجائي) هي كل حادث لا شأن لإرادة المدين فيه، ولم يمكن توقعه ولا منعه ويصبح به تنفيذ الإلتزام مستحيلا[2]

رابعاً: تعريف القوة القاهرة حسب الهيئات الدولية:

نظرا لأهمية القوة القاهرة في العقود الدولية لجأت بعض الهيئات الدولية إلى تعريفها كالاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين FIDIC[3] حيث أنه خص القوة القاهرة باهتمام كبير واهتم في البند التاسع عشر من عقود الإنشاءات لسنة 1999[4] بمسائل متعددة لم يغفل فيها أن يحدد المفهوم فقد جاء عنوان الفقرة الأولى من البند المذكور أعلاه تعريف القوة القاهرة حيث جاء في الفقرة (يعني مصطلح "القوة القاهرة" في هذا "الفصل" أي واقعة أو ظرف استثنائي يتصف بـ:

أ- انه خارج عن سيطرة أي فريق،

ب- وانه لم يكن بوسع ذلك الفريق أن يتحرز منه بصورة معقولة قبل إبرام العقد،

ج- والذي لم يكن بوسع ذلك الفريق أن يتجنبه أو يتلافاه بصورة معقولة عند حدوثه،

[1] - مصطفى عبد الغني عبد اللا القوة القاهرة في قضاء محكمة النقض المصرية

[2] - عبد الحكيم حجامي ، مصطفى هرندو ، خالد كيثا القوة القاهرة بين التشريع والقضاء المغربي والمقارن مجلة العلوم القانونية المغرب www.marocdroit.com بتاريخ 21 مارس 2018

[3] FIDIC" هو الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين و انعقد المؤتمر التأسيسي له في 22 يوليو 1913 في مدينة CHENT البلجيكية بمساهمة ثلاثة جمعيات اوربية للمهندسين الاستشاريين و هي الجمعية الفرنسية للمهندسين الاستشاريين و الجمعية البلجيكية للمهندسين الاستشاريين و الجمعية السويسرية للمهندسين الاستشاريين ويتخذ من مدينة LAUSANNE السويسرية مقراً للأمانة العامة له. ويعتبر هو الهيئة القيادية لتطوير نماذج العقود المستخدمة في اعمال البناء " انظر سمير حامد عبد العزيز الجمال –القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك – مجلة الشريعة و القانون –كلية القانون جامعة الامارات العربية المتحدة السنة26 العدد 52 اكتوبر 2012 ص28

[4] عقود الفيديك FIDIC CONTRACTS هي " عقود نموذجية وضعها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين ، و يتضمن الشروط العامة و الخاصة لأنماط مختلفة من عقود البناء و التشييد ، وتحقق التوازن بين حقوق و التزامات اطرافها ، وتحدد مراكزهم القانونية المطبقة بشانها ، ويمكن استخدامها على نطاق واسع لأنواع مختلفة من المشاريع الهندسية الدولية و المحلية.
وتعتبر عقود الفيديك من عقود الانشاءات الدولية المستخدمة في جميع انحاء العالم ، وذلك بعد ان تم تعديلها اكثر من مرة " انظر سمير حامد عبد العزيز المرجع السابق ص 28

د– وانه لا يعزى بشكل جوهري إلى الفريق الآخر.[1]

كما أشارت إليها اتفاقية فينا 1980[2] المتعلقة بالبيع الدولي في المادة 79 والتي تنص على ما يلي : " لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذا أثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته وأنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه"[3] يلاحظ من نص هذه المادة أن اتفاقية فينا لم يرد فيها مصطلح القوة القاهرة بل نظمت إعفاءات عدم التنفيذ بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادة الأطراف والعائق هذا يمكن أن يكون قوة قاهرة أو حادث فجائي أو الظروف الطارئة أو ما شابه ذلك.

و أشارت إليها أيضا الفقرة 1 من المادة 77 من الشروط العامة للبيع CEE/ONU [4] كما تأخذ به مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص[5] UNIDROIT المتعلقة بالعقود التجارية الدولية

---

[1] - FIDIC Contracts, Red book, General Conditions, 1999, Chapter19 P56
Definition of Force Majeure In this Clause , « force majeure » means an exceptional event or circumstance
(a) which is beyond a party s control
(b) which such party could not reasonably have provided against before entering into the contract ,
(c) which having arisen , such party could not reasonably have avoided or overcome and
(d) which is not substantially attributable to the other party

[2] "اتفاقية الامم المتحدة لعقود البيع الدولي للبضائع مشروع وضعته لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي" الاونيسيترال UNISTRIAL " التي تعهد منذ اوائل السبعينات بوضع خلف لمعاهدتين جوهريتين للبيع الدولي هما – الاتفاقية المتعلقة بالقانون الموحد لإنشاء عقود البيع الدولي للبضائع و الاتفاقية المتعلقة بالقانون الموحد للبيع الدولي للبضائع – وكلاهما وصع تحت رعاية المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، وقد استهدفت لجنة القانون التجاري الدولي وصع اتفاقية تستقطب مشاركة متزايدة في قواعد موحدة للبيع الدولي ، وقد وضعت الصيغة النهائية لاتفاقية الامم المتحدة لعقود البيع الدولي للبضائع باللغات الرسمية الست للأمم المتحدة في مؤتمر الامم المتحدة المعني بعقود البيع الدولي للبضائع في فينا 1980. ودخلت حيز النفاذ لدى الدول المتعاقدة الاحدى عشر في 1 يناير 1988 " انظر
Harry M. Flickner - United Nations Audiovisual Library of International Law p 2

[3] اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي نيويورك 2011 ص 24

[4] الشروط العامة للبيع الدولي CEE/ONU "صدرت من طرف اللجنة الاقتصادية الاوربية التابعة لمنظمة الامم المتحدة ، هذه اللجنة هي احدى اربع لجان اقتصادية تابعة للمجلس الاقتصادي و الاجتماعي التابع للأمم المتحدة ، وقد تم انشاء هذه اللجنة في 28 مارس 1948 ، ومن الاعمال التي قانت بها هذه اللجنة ما اصدرته من عقود نموذجية وشروط عامة لتسهيل التبادل التجاري في دول أوربا الغربية ومن ضمن هذه الشروط الشروط العامة للبيع الدولي وهي تطبق على تجارة الفاكهة و الخضروات بما فيها الحمضيات "انظر شريف محمد غانم المرجع السابق ص 33

[5] ولدت فكرة إنشاء المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص أثناء انعقاد الدورة الخامسة لعصبة الأمم سنة 1926 ، حينما عرضت الحكومة الإيطالية أن تكون روما مقرا لمعهد يهتم بتوحيد مسائل القانون الخاص على مستوى العالم ، وأنها تقبل منحه اعتماد مالي سنوي يعينه على أداء غرضه ، وقد أنشئ هذا المعهد بين الدول التي قبلت أن تكون أعضاء فيه بناءا على اتفاقية متعددة الأطراف أبرمت تحت إشراف عصبة الأمم سنة 1926 ، بمقتضاها أصبح هذا المعهد منظمة تابعة لعصبة الأمم وفي 1940/03/15 أعادت الدول الأعضاء النظر في الشكل القانوني للمعهد ، فوضعت له نظاما قانونيا جديدا أصبح بموجبه منظمة دولية لها شخصيتها القانونية المستقلة وذلك بعدما كانت منظمة تابعة لعصبة الأمم . ويعد هذا المعهد في الوقت الحاضر من أهم المنظمات الدولية الحكومية التي تعمل في مجال توحيد القانون الخاص عن طريق إعداد مشروعات و إقرارها بعد دعوة الدول لذلك الغرض بالإضافة إلى مجلة القضاء الموحد وهي مجلة ينشر فيها أحكام وقرارات متعلقة بالاتفاقيات الدولية وهذا يساعد القضاة على النظر في أحكام دول أخرى ، وهو نوع آخر من طرق توحيد القواعد المطبقة في مجال التجارة الدولية.
له إنجازات شتى من الأعمال القانونية التي لها صلة بالتجارة الدولية ، سواء في عصر العولمة ، أو قبل ظهورها وهناك بعض الأعمال التي شارك المعهد في إعدادها بشكل مكثف والبعض الآخر تم الإعداد المباشر لها تحت مظلة المعهد ، ومن هذه الاعمال المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية التي خرجت إلى النور في مايو 1994 – انظر عثماني وهيبة –دور المنظمات التجارية الدولية في توحيد قواعد قانون التجارة الدولية- مذكرة ماستر –جامعة سعيدة 2014-2015 ص 83 وما يليها "..../....."

في المادة 7-1-7 بعنوان القوة القاهرة و التي تنص " يعفى المدين من المسؤولية عن عدم التنفيذ إذا أثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى حادث لا سيطرة له عليه وكان من غير المعقول أن يدخله في حساباته عند إبرام العقد أو كان لا يستطيع تجنب وقوعه أو تفاديه أو تجاوز نتائجه "[1].

خامساً: **تعريف الفقه الاسلامي للقوة القاهرة**

لقد تناول فقهاء الشريعة الاسلامية القوة القاهرة بمسميات مختلفة فمنهم من أطلق عليها إسم الآفة السماوية ومنهم من سماها الأمر الغالب و الفجاءة و الجائحة ، إلا أن أكثر المسميات شيوعا واستعمالا هي الجائحة فكل هذه المصطلحات تنفي المسؤولية.

ولقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في وضع الجوائح في الثمار فأخذ بها الإمام مالك ومنعها الإمام الشافعي و أبو حنيفة 2.

و الجائحة هي ما يصيب الزرع و الثمر من السماء كالبرد و الريح و العفن و العطش و الجراد وهي كل آفة لا صنع للآدمي فيها3.

والأصل الفقهي الذي استندوا عليه الحديث الشريف الذي رواه جابر وخرجه مسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " من باع ثمراً فأصابته جائحة فلا يأخذ من أخيه شيئا، على ماذا يأخذ أحدكم مال

أخيه "4.

من خلال هذا الحديث الشريف نستنتج أنه تتحقق الاستحالة بوقوع الجائحة على المبيع وبالتالي إنفساخ العقد و انتفاء مسؤولية المدين.

ومن خلال كل هذه التعاريف نلاحظ أن جميعها تتفق في نقاط معينة تتمثل في عدم إمكانية التوقع وغير ممكنة الدفع واستحالة التنفيذ وعليه يمكن أن نستخلص تعريفا مناسبا ودقيقا للقوة القاهرة بحيث

"../..."وتحدر الاشارة الى ان هذه المبادئ عدلت وكملت في 2003 انظر مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص UNIDROIT المتعلقة بالعقود التجارية الدولية- المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص الطبعة الثالثة روما 2003 ص4

[1] مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص UNIDROIT ص 211

[2] محمد بن احمد بن رشد القرطبي –بداية المجتهد ونهاية المقتصد الطبعة الاولى – دار احياء التراث العربي –بيروت لبنان 1997 ص 180

[3] انظر في هذا نفس المرجع ص 181 وما بعدها

[4] اورده محمد بن احمد بن رشد القرطبي نفس المرجع ص 180

نقول: أن القوة القاهرة هي الحادث الذي يستحيل على المتعاقدين توقعه والذي يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزامات محل التعاقد بشرط أن تكون هذه الاستحالة غير متوقعة ولا يمكن دفعها.

أو بعبارة أخرى بأنها حدث مستقل عن ارادة المدين لا يمكن توقع حدوثه و لا دفعه أو تجنب نتائجه السلبية .

الفرع الثاني: شروط القوة القاهرة

خلصنا من عرض التعاريف السابقة للقوة القاهرة أن ثمة شروطا يجب اجتماعها في الحدث لاكتسابه وصف القوة القاهرة، حيث يشترط فيها ثلاثة شروط سنأتي لعرضها تبعا، وهي أنها غير ممكن التوقع، وأنها غير ممكنة الدفع والشرط الثالث خارجة عن إرادة الأطراف.

اولاً: عدم امكانية التوقع

تتميز القوة القاهرة بعدم إمكان توقعها، بمعنى أن يكون الفعل طارئا بطبيعته في حدود المعقول والمألوف ،فلا وجه للتوقع مثلا في سيول أو فيضان لم تسبق و أن شهدت مثلها منطقة تنخفض فيها نسبة التساقط مثل منطقة ورقلة .

مثال آخر في بعض نوادي الفروسية وألعاب الأطفال، فان الأخطار الناجمة عن طبيعة هذه الألعاب تعتبر متوقعة، يلتزم من ينجزها بضمان سلامة الأطفال عند استعمالها، ولا تعد تصرفات الأطفال وأخطائهم غير متوقعة في هذا المجال، بل على العكس فطيش الأولاد أثناء اللعب وما ينجر عن ذلك من إصابة أو عدم توازن أو سقوط ،هو شيء متوقع تماما. وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1981/07/01 والذي اعتبرت فيه أن دوخة الصبي لا تعفي المقاول من المسؤولية لأنها شيء متوقع في العاب الأدواح الصبيانية.[1]

من هنا كل ما هو متوقع وتسبب في وقوع حادث أو ضرر يعد المدين فيه مخطئا، لأنه لم يفي بما عليه من التزام كاتخاذ الاحتياطات والإجراءات اللازمة والواقعة على عاتقه.

وكدلك في العقود الدولية لا يعد تذبذب أسعار الأسهم في البورصة بشكل يختل معه توازن السوق قوة قاهرة، ذلك لأنه متوقع فيها وكثيرا ما يحدث ويبقى المدين فيها ملزما بتنفيذ العقد أو تعويض الضرر الحاصل.

[1] قرار المحكمة العليا،01.07.1981،المجلة القضائية،1982،عدد خاص ،ص 125.

وكذلك تأخر مقاولة ما في إنجاز المشروع المتعهد بإنجازه بسبب الارتفاع المفرط في درجة الحرارة في المناطق الصحراوية لا يصح لهذه المقاولة الدفع بوجود قوة قاهرة وذلك لأن ارتفاع درجة الحرارة في المناطق الصحراوية أمر متوقع إلى أكيد الحدوث وهذا ما حدث مع الشركة الإسبانية **ROVER** حين إنجازها لمشروع **الترامواي** بمدينة ورقلة أين تكبدت وفيات في صفوف اليد العاملة الأجنبية جراء الارتفاع المفرط لدرجات الحرارة الأمر الذي أدى إلى توقف الأشغال والدخول في المفاوضات مع المصلحة المتعاقد أين طلبت الشركة الإسبانية ROVER توقيف الاشغال لمدة و احتجت بوجود قوة قاهرة تتمثل في الارتفاع المفرط لدرجة الحرارة إلا أن المصلحة المتعاقدة مؤسسة مترو الجزائر مشروع ترامواي ورقلة رفضت هذا الطلب لإمكانية توقع الارتفاع المفرط لدرجة الحرارة في مدينة ورقلة وبالتالي لا يمكن اعتبار الارتفاع المفرط لدراجة الحرارة قوة قاهرة.[1]

وكذلك المتعاقد في ظل الاضطرابات السياسية والاقتصادية لا يمكن له أن يحتج فيما بعد بالقوة القاهرة كذريعة لعدم التنفيذ، ذلك أن هذه الاضطرابات كانت مؤشرات تنذر بوجود أزمة أو حرب أو غير ذلك. بالتالي فهي متوقعة وعلى العكس من ذلك، لو أن الحرب كانت نتيجة عدوان خارجي مفاجئ.

لذا نلاحظ أن خاصية عدم التوقع هي خاصية تتكيف حسب الظروف وليست شرطا له ضوابط محددة بل تخضع لتقدير كل حالة بشكل منفرد.

أما فيما يتعلق بوقت تقدير شرط عدم توقع الحدث فبالنسبة للمسؤولية العقدية، يتم تقدير عدم إمكانية التوقع بفترة إبرام العقد فهو الوقت الذي يقدم فيه المدين على الالتزام وهو الوقت الذي يقدر فيه المدين ظروف تنفيذ التزامه وإمكانية ذلك، ويأخذ بعين الاعتبار كل العوائق التي يمكن أن تنشا خلال ذلك، فمتى تم ذلك فكل ما يخرج عنه هو غير ممكن التوقع و يعفى من المسؤولية [2]. فإذا اقدم المدين على التعاقد مع علمه باحتمال وقوع أحداث تعيق تنفيذ التزاماته في المستقبل فلا يجوز له الاحتجاج بالقوة القاهرة، إذن إن تصرفه على هذا النحو يعد تصرفا مقترن بسوء النية وهو بذلك يعد مرتكبا لخطاء يوجب حرمانه من التمسك بانعدام مسؤوليته نتيجة قيام القوة القاهرة [3].

[1] حوار مع المكلف بالإعلام و الاتصال و العلاقات الخارجية مؤسسة مترو الجزائر مشروع ترامواي بتاريخ 2018/01/18
[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط المرجع السابق ص 878
[3] نفس المرجع و نفس الصفحة

وهذا وليس ثمة فرقا بين علم المدين الحقيقي و الجاد بوقوع الحادث أو افتراض علمه به، وهو ما تؤكده هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية في القرار رقم 3097/3100 حيث ذهبت إلى أنه (..في هذه الظروف قد علمت الشركة x , أو كان من المفروض عليها أن تعلم بأن دولتها توجد في موقف مالي صعب على مستوى الخطة المالية وخطة البنك المركزي .... وكان يجب عليها أن تحصل على النقد الأجنبي المطلوب و الضمانات الضرورية لحظة ابرام العقد [1]

وقد يثار تساؤل حول ما إذا كان عدم توقع الحدث يجب أن يمتد حتى البدء بتنفيذ العقد ؟ أم يستلزم وجوده فقط لحظة إبرام العقد ؟

إن الصعوبات الناتجة من تقدير عدم التوقع تتجلى في العقود الدولية التي تتميز بطول المدة الفاصلة بين لحظة ابرام العقد و لحظة بدء التنفيذ فالحدث قد يكون غير متوقع من الاطراف لحظة التعاقد ، تم يصبح متوقع بالنسبة لأحدهما أو كليهما عند البدء أو الشروع في تنفيذ العقد .

وعليه لا يمكن حرمان هذ المتعاقد من التمسك بأحكام القوة القاهرة إذ أصبح الحدث متوقع بالنسبة اليه اثناء تنفيذ العقد لان الحدث كان غير متوقع بالنسبة اليه وقت إبرام العقد لأنه أقدم على التعاقد وهو حسن النية ولم يرتكب خطأ ما يمكن أن يحاسب عليه، إلا انه يلتزم بإخطار المتعاقد الآخر بوقوع الحدث وما ترتب عليه من نتائج .

وبالنسبة للمسؤولية التقصيرية فتقدير وقت عدم توقع القوة القاهرة يكون وقت وقوع الحادث ذاته2.

فضلا عما تقدم , فانه إذا كانت ضرورة توقع الاحداث المستقبلية سمة من سمات التجارة الدولية ونظرا لاختلاف قدرة الأفراد و الشركات على توقع الأحداث ونظرا لكثره النزاعات التي قد تنشب بهذا الصدد فرض علينا البحث عن معيار يتم على أساسه تقدير التوقع وقد ظهر بهد الصدد اتجاهان يأخذ الاول بالمعيار الشخصي لعدم التوقع و الثاني يعتمد المعيار الموضوعي.

فالمعيار الشخصي في تقدير عدم امكانية التوقع يرتبط بعناصر شخصية بحثة خاصة بالمدين ذاته، كمقدراته العقلية الخاصة وطبيعة عمله و المركز المالي و الاجتماعي و الوسائل التي تمكنه من توقع الاحداث[1] .

[1] د شريف محمد غانم مرجع سابق ص 256
[2] - عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط المرجع السابق الصفحة 878

فقيام المعيار الشخصي علي عدة عوامل نفسية وذهنية و حتي داخلية يصعب التحقق منها في الواقع وكذا في امكانية اعتماده في تقدير شرط عدم امكانية التوقع ، اضف الى ذلك ان الأخذ بهذا المعيار يرتب وجود احداث غير متوقعة وفقا لنية الاطراف بينما لا تكون كذلك من الناحية الواقعية .

فيعد هذ المعيار غير منطقي لأنه يخالف المنطق القانوني الذي يقضي بتوحيد الاحكام الصادرة في موضوع واحد لا التميز بينها استنادا الي الصفات التي يتصف بها كل متعاقد ، وكذلك يعتبر غير عادل لأنه يميز بين المتعاقدين دون مبرر فهو يحابي طائفة على حساب الطائفة الاخرة لمجرد انها تتمتع بقدرات اكبر تمكنها من توقع الاحداث.

ونظر للانتقادات الموجه الي المعيار الشخصي ذهب جانب آخر من الفقه إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي أو كما يسمى التقدير المجرد لعدم التوقع ويقيس هذا المعيار عدم توقع الحدث وفقا للظروف و الأحوال التي ترافق العملية التعاقدية ذاتها. فهو يفترض وجود شخص معتاد ليس من ذوي التفكير الثاقب و العبقرية الفذة و لا من ذوي التفكير الضحل و الهمة المتقاعسة او الغفلة الدائمة فهو وسيط بين الاثنين [2].

وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 127 من ق م ج و أيضا وما كرسه القضاء أيضا، إذ لا يبحث بشان كل قضية عن ما إذا كان المدين المعني يمكن أن يتوقع الحادث، بل هل الرجل المعتاد في مثل تلك الظروف، كان من الممكن أن يتوقعه.

ولم يكتفي بعض الفقهاء بمعيار الرجل العادي كالأستاذ السنهوري الذي أخذ بمعيار " أشد الناس يقظة " فيجب أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب المدعى عليه فحسب، بل من جانب أشد الناس يقظة وبصرا بالأمور، فالمعيار هنا موضوعي لا ذاتي بل هو معيار لا يكتفي فيه بالشخص العادي، ويتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقا لا نسبيا[3] .

إن تطبيق المعيار الموضوعي في الواقع يؤدي إلى نتائج غير منطقية و منافية لقواعد العدالة فلا يعقل ان نهمل جانب المدين كليا و نعتمد في تقدير الشرط على مواصفات الشخص العادي او المتوسط بالرغم من ان هذا الأخير مجرد محض افتراض .

[1] د عادل جبري محمد حبيب المرجع السابق ص 412
[2] نفس المرجع ص 412
[3] - عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط المرجع السابق الصفحة ص 878

وكذلك تطبيق هذا المعيار يؤدي إلى تحميل المسؤولية لطائفة كبيرة من الاشخاص ممن يقل مستوى فهمهم وادراكهم للأمور بقليل مستوى الشخص المتوسط .

في حين نجد مجموعة كبيرة من الاشخاص ممن يتمتعون بمستوى فهم وادراك اعلى من مستوى الشخص المتوسط معفيين من المسؤولية رغم توقعهم لحدث القوة القاهرة .

ومن خلال النقد الموجه الى المعيارين ، اتحه جانب من الفقه الى التقريب بين المعيارين حيث اهتدى إلى معيار وسط تفادى فيه النقد الموجة للمعيارين و أخد بعين الاعتبار محاسن و إيجابيات كل منهم .

و يتمثل هذا المعيار في قياس توقع المدين على ضوء ما يتوقعه شخص آخر يكون في مستواه أو نظيرا له بحيث يكون في نفس طبقته و له نفس تفكيره ويتمتع بنفس مواصفاته. فإذا إستطاع هذا الشخص توقع الحدث فلا شك في مسؤولية المدين حيث ينتفي عن الحدث وصف القوة القاهرة [1]

ويبدو لنا أن الرأي الذي أخذ بالمعيار المختلط هو الاقرب للصواب وسنوضح ذلك بالمثال التالي :

فمثلا اذا تعاقد شخصان احدهما عالم زلازل و اثناء تنفيذ العقد لم يفي عالم الزلازل بالتزاماته بسبب قوة قاهرة وهو حدوث زلزال .

فإذا أخدنا بالمعيار الشخصي فإن عالم الزلازل لا يمكنه الدفع بالقوة القاهرة لأنه يفترض انه يتوقع حدوث الزلزال فنكون قد اخطأنا في حقه لأنه يمكن ان يحدث زلزال ولا يمكن ان يتوقعه علماء الزلازل .

و اذا اخذنا بالمعيار الموضوعي أي بالرجل العادي و الرجل العادي لا يمكنه ان يتوقع حدوث زلزال فيعفى هذا العالم من المسؤولية بسبب القوة القاهرة، فنكون هنا وقعنا في خطاء لأنه قد يكون بإمكانه توقعه.

اما اذا اخدنا بالمعيار المختلط او بمعيار الرجل النظير فإننا ننظر إلى نظيره في القدرات العقلية أي إلى عالم زلازل مثله هل يمكنه أن يتوقع هذا الزلزال او لا فان كان يمكن ان يتوقعه فانه يتحمل المسؤولية اما اذا كان الرجل النظير لا يمكنه توقع هذا الزلزال فانه يمكنه لهذا العالم الدفع بالقوة القاهرة.

[1] د عادل جبري محمد حبيب المرجع السابق نفس المرجع ص 412

وما نخلص له أن خاصية عدم التوقع في القوة القاهرة هي شرط نسبي يتغير تبعا للظروف الزمانية والمكانية التي حدثت فيها، فما هو غير متوقع في منطقة ما قد يعد من الظواهر اليومية المتكررة في أخرى. كما هو حال الإعصارات مثلا في الولايات المتحدة الأمريكية. أيضا العواصف ورداءة الطقس تعد واقعة عادية في الشتاء، بينما قد لا يعد كذلك في فصل الصيف أو في المناطق الصحراوية....

ثانياً: غير ممكنة الدفع

يجب أن يكون الحادث غير المتوقع مستحيل الدفع لكي نكون أمام قوة قاهرة، أما إذا أمكن دفع الحائل فلا يجوز اعتباره قوة قاهرة حتى إذا ثبتت استحالة توقعه وإمكانية الدفع تعني إما إمكانية التغلب عن الوضع الراهن أو إمكانية اجتنابه[1] .

وتكمن العلة في انعدام قيام مسؤولية المدين في حاله ثبوت تحقق شرط عدم إمكانية التوقع في أن هذا الشرط يمس مباشرة بالإرادة و يؤثر فيها تأثير كبيراً على نحو سلبي بحيث تنعدم معه قدرة الانسان على التصرف فإرادة الانسان تمثل محور شرط عدم القدرة على الدفع، إذ تنعدم القدرة على التصرف في مواجهة القوة القاهرة وللإسباغ وصف القوة القاهرة على الحدث يشترط أن يستعصى على المدين ولا يكون بإمكانه دفع وقوعه والتغلب على نتائجه ، ولتناول فكرة إمكانية الدفع نميز بين استحالة دفع الحادث من جهة واستحالة دفع نتائج الحادث بعد وقوعه من جهة ثانية.

القوة القاهرة مستحيلة الدفع هي التي لا يمكن دفعها، فلا يكفي للمدين إثبات أن الحادث كان غير متوقع، بل يجب أن يبين الطابع القهري لهذا الحادث الذي جعل منه عاجزا عن تنفيذ التزامه. فلو استطاع دفعه فلا يعد قوة قاهرة ولو توفر شرط عدم التوقع، مع ملاحظة وجوب قيام المدين بدوره كاملا واتخاذ كل الاحتياطات اللازمة التي كان من شانها أن تكفل تنفيذ الالتزام[2].

وجاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 02.06.1991 في قضية مؤسسة ميناء وهران: " يشترط لوجود القوة القاهرة التي تعفي الناقل من المسؤولية أن يثبت عدم القدرة على التوقع وعدم القدرة على المقاومة ومن ثمة فان القضاء لما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون. "

[1] - محمد الزين النظرية العامة للإلتزام الطبعة الثانية تونس 1997 ص 151
[2] نفس المرجع ص 151

ويتعلق موضوع القضية في أن شركة (Rosetos Naferia Armadoria) مجهزة سفينة (Giannis Xylas) طعنت في قرار صادر عن مجلس قضاء وهران بتاريخ 10.06.1987 الذي رفض الاعتراف بطابع القوة القاهرة للحادث الذي أدى لخسائر لميناء وهران إثر ارتطام السفينة برصيف الميناء.

وأقرت المحكمة العليا أن العاصفة التي ضربت السواحل الغربية للجزائر ومنها ميناء وهران يوم 28.12.1980 تكتسي طابع القوة القاهرة نظرا لقوة رياحها ،إذ لم يتمكن طاقم السفينة من اجتناب ارتطامها بالرصيف الراسية بجانبه، بعدما أعطى طاقمها الأمر بالإقلاع. ونظرا لامتناع قيادة الميناء عن تقديم المساعدة وذلك على فرض انه كان في استطاعة قائد السفينة أن يتنبأ بوقوع تلك العاصفة على اعتبار خبرته كبحار وما تتوفر عليه السفينة من آلات كما جاء بالقرار وعليه تم قبول الطعن[1].

وما نخلص له أن الحادث الذي يشكل قوة قاهرة يجب أن يجعل من تنفيذ التزام المدين مستحيلا استحالة مطلقة، ولا يمكن دفعه بأي وسيلة كانت. وهذا ما كرسه القضاء إذا استقر على أن الحادث الذي يجعل من تنفيذ الالتزام مرهقا لا تعد قوة قاهرة.

ويقصد باستحالة دفع نتائج القوة القاهرة انه إضافة لعدم إمكانية دفع الحادث فهو محقق النتائج ومحقق الوقوع ولا قبل للمدين بمنعها ولو التقليل من حدتها، أو التغلب عليها بأي وسيلة متاحة لديه ،فمثلا لو انه جراء زلزال انهار جسر رابط بين ضفتي مدينتين، وتعطلت حركة المبادلات بينهما وترتب عن ذلك تخلف تموين مصنع بمادته الأولية ونتج عن ذلك خسارة فادحة لعدم الالتزام بإنجاز الطلبات في آجالها المحددة، فهنا الزلزال يمثل حادثة القوة القاهرة التي لا يمكن مقاومتها ولا دفعها في حين استحالة تنفيذ الالتزام ناتج عن انهيار الجسر وهي نتاج القوة القاهرة التي لا يمكن التغلب عليها[2].

وفي كل الحالات على المدين بذل كل ما يستطيع لتنفيذ التزامه بان يبحث عن كل وسيلة ممكنة وبديلة لذلك، فان لم يستطع عليه أن يثبت انه بذل العناية المطلوبة لتنفيذ الالتزام ولدفع القوة القاهرة.

واستحالة التنفيذ التي تعفي المدين يجب أن تكون استحالة حقيقية مطلقة راجعة لحادثة القوة القاهرة لا لسبب آخر كامتناع المدين عن التنفيذ، ففي هذه الحال يمكن التنفيذ في مواجهته جبرا إذ لا يوجد أمام المدين طريق آخر يمكن أن ينفذ به التزامه، وقد تكون الاستحالة طبيعية كهلاك محل الالتزام أو قانونية

[1] قرار المحكمة العليا،02.06.1991،المجلة القضائية،1993،ج2،ص 147.
[2] شريف محمد غانم المرجع السابق ص 37

كمنع التعامل في محل الالتزام بموجب قانون، أو استحالة معنوية كحفل غنائي أو عرض مسرحي ويصيب الفنان عارض معين.

وتتحقق استحالة التنفيذ متى اتخذ المدين كل ما في وسعه بمعيار الرجل العادي كما ذكرنا ووقف في مواجهة القوة القاهرة لكنه فشل في درئها[1].

وتؤكد اتفاقيات التجارة الدولية على ضرورة توافر شرط عدم امكانية الدفع في الحدث المكون للقوة القاهرة. فالفقرة 1 من المادة 89 من اتفاقية فينا 1980 تصف الحدث المعفي من المسؤولية بانه الحدث الذي لا يمكن تجنبه او تجنب عواقبه او التغلب عليه او على عواقبه كما اشترطه أيضا مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص UNIDROIT المتعلقة بالعقود التجارية الدولية في المادة 7-1-7[2]

ثالثاً: خارجية حادث القوة القاهرة.

يقصد بخارجية الحادث او إستقلال الحدث عن إرادة المدين ويقصد به ان يكون الحدث خارجاً عن ارادة المدين ،فلا يتسبب في حدوثه و لا يسبقه او يقترن به خطاء المدين ، ولا ينجم جراء إهماله وتقصيره أي هو انتفاء العلاقة السببية بين الحادث وفعل المدين، أي ألا يمكن إسناد هذا الحادث ولا بأي شكل من الأشكال إلى فعل المدين تحت أي ظرف سوءا بصفة مباشرة وحتى غير مباشرة.

وبمعنى آخر يشترط في انتفاء الإسناد، أن يكون سلوك المدين سلوكا معتدلا فلا يخطئ ولا يتسبب في القوة القاهرة، ولا يزيد من فعاليتها أو يقوم بما يؤدي إلى استفحال نتائجها، فالناقل مثلا إذا احتج بالقوة القاهرة عليه أن يكون على بينة من الظروف الجوية والبحرية المتوقعة أثناء مدة السفر وان يجهز وسيلة السفر تجهيزا كاملا.

أو مثلا أمين خزائن الودائع الذي يغلقها بإحكام ثم يترك المفاتيح في مكان مكشوف فهو بذلك سهل السرقة.

والأهم هنا تحديد وقت ارتكاب الخطأ إذا كان قبل القوة القاهرة فتسبب في حدوثها، أو صاحبها فادى إلى المساهمة في تحقق آثارها واستفحال نتائجها كعدم إطفاء حريق أو التأخر في ذلك فيسال المدين في هذه الأحوال.

[1] محمد الزين المرجع السابق ص 152
[2] مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص UNIDROIT المرجع السابق 211

و اشتراط خارجية الحادث عن ارادة المدين امر منطقي ويحقق العدالة ، كما انه يتماشى ايضاً مع مبدأ حسن النية فمن غير العدالة و غير منطقي ان يسمح للمدين بالاستفادة من عدم تنفيذ العقد إذا كان عدم التنفيذ يعزى الي خطأه . كما ان اشتراط استقلال الحدث عن إرادة المدين يفضي وبالضرورة إلى حماية الدائن من تدخل المدين سيئ النية في إحداث الضرر بصورة مباشرة او غير مباشرة [1]

وخاصية خارجية الحادث وردت الإشارة لها في نص المادة 176 من القانون المدني بصفة غير مباشرة: «...ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه."[2] وعندما نقول أن لا ينتج الحادث عن فعل المدين فهذا يشمل ألا يكون من فعل من يشملهم برقابته ورعايته، أو من فعل تابعيه، وإلا قامت مسؤوليته طبقا لأحكام المواد 134-135 من القانون المدني.

ويسلم الفقه عموماً بأهمية هذا الشرط ويرى فيه شرطاً ضرورياً و اساسيا لوصف حدث ما بالقوة القاهرة ولاسيما في العقود الدولية

وقد اشترط بعض الفقهاء مثل الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري شرطا آخر تمثل في استحالة التنفيذ، والذي يقصد به أن يجعل التنفيذ مستحيلا ولا يكفي أن يجعله صعبا مرهقا.

فالتعهد بتسليم مقدار معين من أشياء مثلية أصبحت نادرة أو صار ثمنها عاليا لا يستطيع الاحتجاج بندرة الشيء أو بعلو ثمنه كقوة قاهرة تخليه من المسؤولية التعاقدية فقد يكون تنفيذ الإلتزام قد أصبح مرهقا عسر التنفيذ، إلا أنه ما دام لم يصبح مستحيل التنفيذ فليس هناك قوة قاهرة تخليه من المسؤولية[3]

بعد الانتهاء من التعريف بالقوة القاهرة بمفهومها التقليدي ، ودراسة الشروط الواجب توافرها في الحدث لاكتسابها وصف القوة القاهرة فانه لابد من التنبه الى امرين مهمين :

1 ان المفهوم التقليدي للقوة القاهرة ينطبق ولو لم يتفق الاطراف على ذلك . فالمفهوم التقليدي ينطبق من تلقاء نفسه دون اشتراط النص عليه صراحة

2 ان الاطراف يمكن ان يشيروا الى مجرد مصطلح القوة القاهرة كشرط وارد في العقد دون ان يلزموا

[1] د شريف محمد غانم المرجع السابق ص 38
[2] المادة 176 من القانون المدني الجزائري
[3] - عبد الرزاق أحمد السنهوري – نظرية العقد المرجع السابق ص 965

بوضع تفصيلات لهذا الشرط او ان يحددوا مسبقا الاحداث ، فبمجرد ذكر مصطلح القوة القاهرة في العقد يترجم على ان نيتهم اتجهت الى تطبيق المفهوم التقليدي للقوة القاهرة.

من خلال ما تقدم تستخلص ان القوة القاهرة بمفهومها التقليدي تجعل تنفيذ التزام المدين مستحيلاً ، فالمدين الذي يواجه حدث القوة القاهرة يستحيل عليه تنفيذ التزامه التعاقدي . لذلك فإن الاستحالة المطلقة هي أقصى درجة يمكن ان يبلغها تأثير القوة القاهرة غلى قدرة المدين على تنفيذ التزامه . هذا وقد اتفق التشريعات الوطنية وهيئات التجارة الدولية وقرارات التحكيم التجاري الدولي على انه للإسباغ وصف القوة القاهرة على حدث ما، يجب ان يكون غير متوقع، و غير ممكن الدفع و المقاومة، و خارج عن ارادة المدين ، ويجب ان يؤدي هذا الحدث إلى استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزامات العقدية.

المطلب الثاني : انواع القوة القاهرة و تمييزها عن عما يشتبه بها

نقسم هذا المطلب الى فرعين الاول نتناول فيه انواع القوة القاهرة، و الثاني نحاول فيه تميز القوة القاهرة عن النظم القانونية المشابهة لها .

الفرع الاول : انواع القوة القاهرة

ان القوة القاهرة التي تعيق تنفيذ العقود ، قد تكون دائمة وقد تكون مؤقته ولتميز القوة القاهرة الدائمة على المؤقتة ننظر الى ميعاد زوالها فإذا كانت القوة القاهرة بطبيعتها غير قابلة للزوال في المستقبل، أي أنها باقية على الدوام فإنها تعد قوة قاهرة دائمة ومنها الى استحالة دائمة في تنفيذ الالتزامات العقدية مما يترتب عليها انفساخ العقد وانتفاء مسؤولية المدين [1] .

اما إذا تبين وجود بوادر و احتمالات تشير إلى أن القوة القاهرة سوف تزول بعد فترة من الزمن قبل انقضاء موعد التنفيذ فإننا نكون امام قوة قاهرة مؤقتة لا تؤدي الى انفساخ العقد بل يبقى العقد قائما ولكنه يتوقف فترة من الزمن لحين زوال الحدث الموصوف بالقوة القاهرة [2]

هذا وقد تكون القوة القاهرة الطبيعية لا دخل للإنسان فيها كما قد تكون غير طبيعية حيث يتدخل فيها فعل الانسان .

فالقوة القاهرة الطبيعية هي حوادث من صنع الطبيعة لا دخل لإرادة البشر فيها ومنها: العواصف، الفيضانات، الأعاصير، الزلازل، البراكين، انخفاض الحرارة أو ارتفاعها بشكل كبير، الأوبئة الجراد، وكل الحشرات المؤذية...

وهذه الظواهر الطبيعية كما بينا لا تعد قوة قاهرة إلا إذا استحال دفعها ومقاومتها ودرء نتائجها وأصبح معها التنفيذ مستحيلا، فمثلا العاصفة التي أسقطت بناية في وسط الطريق هنا الادارة المسؤولة

[1] وهذا ما نتطرق اليه بالتفصيل في المطلب الاول من المبحث الاول في الفصل الثاني
[2] دراسة احكام وقف تنفيذ العقد في المطلب الثاني من المبحث الاول في الفصل الثاني

التي لا تزيلها تعد مخطئة بصدد كل الحوادث التي تقع بعد حدوث العاصفة دون أن تتخذ الإجراءات اللازمة لتفادي نتائج هذا الحادث[1].

فنلاحظ أن ذات الحادث قد يشكل في ظروف معينة زمانية و مكانية قوة قاهرة بالمقابل لا يعفي من المسؤولية في مكان آخر، فالزلزال قد يعد قوة قاهرة في الجزائر في حين لا يعد كذلك في دولة اليابان، اذ لا يعد حادثا استثنائيا فيها، ومع ذلك قد يعتد به إذا بلغ حدا من الجسامة مقارنة بالزلازل المعتادة.

اما عن القوة القاهرة غير الطبيعية فأهم الامثلة في هذا المجال نذكر: الحرب، فعل الأمير، الإضراب، السرقة والحريق، وهي حوادث على خلاف الطبيعة ترجع أسبابها إلى فعل الإنسان سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، ومع ذلك تبقى معفية من المسؤولية متى توافرت شروط ذلك.

منه يمكن ان نقسم القوة القاهرة الى :

اولاً: القوة القاهرة دائمة :

القوة القاهرة الدائمة هي تلك القوة القاهرة التي بطبيعتها غير قابلة للزوال في المستقبل ، أي أنها باقية على الدوام فإنها تعد قوة قاهرة دائمة ومنها الى استحالة دائمة في تنفيذ الالتزامات العقدية مما يترتب عليها انفساخ العقد وانتفاء مسؤولية المدين[2]

ثانياً: قوة قاهرة مؤقتة :

القوة القاهرة المؤقتة التي سوف تزول بعد فترة من الزمن قبل انقضاء موعد التنفيذ فإننا نكون امام قوة قاهرة مؤقتة لا تؤدي الى انفساخ العقد بل يبقى العقد قائما ولكنه يتوقف فترة من الزمن لحين زوال الحدث الموصوف بالقوة القاهرة[3]

ثالثاً: قوة قاهرة طبيعية:

وهي حوادث من صنع الطبيعة لا دخل لإرادة البشر فيها ومنها: العواصف، الفيضانات، الأعاصير، الزلازل، البراكين، انخفاض الحرارة أو ارتفاعها بشكل كبير، الأوبئة الجراد، وكل الحشرات المؤذية...[4]

[1] عبد الهادي فهد علي الجفين - أثر القوة القاهرة-على-العقد-في نطاق-المسئولية والرابطة-العقدية ودور-الإرادة-في-تعديل-الأثر المترتب عليها دراسة مقارنة مذكرة الماجيستير جامعة الكويت 1998-1999 ص 5

[2] د شريف محمد غانم المرجع السابق ص35

[3] نفس المرجع ص 36

[4] جدي نسيمة - القوة القاهرة في القانون المدني الجزائري -مذكرة تخرج لنيل المدرسة العليا للقضاء دفعة 2005-2008 -المدرسة العليا للقضاء الجزائر ص 16

رابعاً: قوة قاهرة غير طبيعية:

أمن اهم الامثلة في هذا المجال نذكر الحرب، فعل الأمير، الإضراب ، السرقة والحريق، وهي حوادث على خلاف الطبيعة ترجع أسبابها إلى فعل الإنسان سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، ومع ذلك تبقى معفية من المسؤولية متى توافرت شروط ذلك.[1]

الفرع الثاني : تمييز القوة القاهرة عن النظم المشابهة لها

خلال فترة تنفيذ العقد وخاصة في العقود الدولية نظرا لطول مدتها قد تطرأ ظروف تشترك مع القوة القاهرة في بعض سماتها وخصائصها ، إلا أنها تختلف عنها من حيث الاثر الذي يترتب عليها ، وتعرف تلك الظروف غالبا بالظروف الطارئة ، كما أن فقه التجارة الدولي اوجد تمييزا بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ وكليهما من صور السبب الاجنبي المعفي للمسؤولية2.

وعليه سوف نعالج في هذا الفرع التمييز بين القوة القاهرة و الظروف الطارئة اولاً والقوة القاهرة و الحادث المفاجئ ثانياً.

أولاً: تمييز القوة القاهرة عن الظروف الطارئة

الأصل في العقود أنها شريعة المتعاقدين فلا يجوز التغير او التعديل فيها ، الا بمقتضي نص قانوني او باتفاق المتعاقدين [3] الا ان المشرع الجزائري قد خرج عن هذا الاصل العام عندما اخد بنظرية الظروف الطارئة في المادة 107 من القانون المدني [4] .

وبمقتضى نظرية الظروف الطارئة انه اذا طرأت على العقد اثناء تنفيذ العقد حوادث استثنائية عامة وغير متوقعة وكان من نتيجتها ان تنفيذ الالتزام اصبح مرهقا للمدين و يهدده بخسارة فادحة إذا تم تنفيذ بالحال و الكيفية التي تم الاتفاق عليها عند ابرام العقد ، فانه يجوز للقاضي التدخل من اجل موازنة العقد

---

[1] جدي نسيمة المرجع السابق ص 17

[2] المادة 127 من القانون المدني الجزائري (اذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشاء عن سبب لا يد فيه كحادث مفاجئ او القوة القاهرة او خطأ صدر من المضرور او خطاء من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، مالم يوجد نص قانوني او اتفاق يخالف ذلك)

[3] المادة 106من القانون المدني الجزائري أن (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون)

[4]المادة 107 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثالثة: (إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك).

وانقاص الالتزام المرهق الى الحد المعقول بحيث يزيل الضرر الذي يلحق بالمدين قد الامكان من اجل اعادة التوازن الاقتصادي للعقد .

ومثال ذلك صدور قانون رتب ارتفاع أثمان سلع معينة محل عقد توريد فيصبح هذا الشخص مهددا بخسارة تجاوز الحد المألوف.

فتطبيق قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" تؤدي إلى فرض تنفيذ الالتزام بالرغم من حدوث هذه الظروف غير المتوقعة، لان تنفيذه غير مستحيل لان المدين لا يستطيع عدم التنفيذ بدعوى أن فيـــه إرهاقا.[1]

غير أن العدالة تقضي أن يتحمل الطرفان معا هذا الظرف الطارئ، فيتدخل القاضي ليعدل الالتزامات الناشئة من العقد بما يتناسب مع الحادث الطارئ، ومن هنا لابد أن تطرأ هذه الظروف بعد إبرام العقد فإذا كانت موجودة عند التعاقد فليس للمدين الدفع بها.

و تتمثل خصائص الظرف الطارئ في:

- هو ظرف استثنائي لا عادي وهو الحادث الذي يندر وقوعه كالحرب والزلازل و الأوبئة.
- هو ظرف عام لا يختص بالمدين وحده على عكس القوة القاهرة التي قد تخص المدين وحده أو مدينين معينين بالذات، بل يشمل الناس جميعا، فالحوادث الخاصة بالمدين وحده كإفلاسه أو موته أو اضطراب بأعماله أو حريق محصوله التي لا تعد ظروفا عامة وتقدير ذلك متروك للقاضي.
- هو ظرف غير متوقع طبقا للمعيار الموضوعي كما سبق البيان بالنسبة للقوة القاهرة أي لا يستطيع الشخص العادي توقع هذا الظرف وقت إبرام العقد.
- لا يمكن دفعه، فالمدين ملزم أن يتخطى الحوادث التي تجعله يعجز عن الوفاء بالتزامه أما الحوادث العارضة ولو أوقفت التنفيذ مؤقتا فلا يعتد بها.

بالرجوع للمادة 3/107 القانون المدني التي تنص:" ...وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة. "

ونستخلص من نص المادة انه يشترط للأخذ بالظرف الطارئ أن:

1- أن يطرأ حادث استثنائي عام ومفاجئ طبقا للخصائص السابق بيانها.

2- أن يصير تنفيذ التزام المدين مرهقا دون أن يصبح مستحيلا.

[1] محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، دار الهدى، طبعة 2004، الجزء الأول ص 319--

3- أن يؤدي التنفيذ إلى خسارة فادحة تتجاوز المعقول.

من خلال ما تقدم يتضح لنا صعوبة التفرقة بين النظريتين فمعظم شروطهما واحدة، فكلهما حادث عام غير متوقع لا يستطاع دفعه، إلا أن الفرق يكمن في اثر كل منهما، فالظرف الطارئ يرتب الإرهاق المدين في تنفيذ التزامه والذي يتطلب تدخل القاضي لرده للحد المعقول، فانه وبالمقابل تجعل القوة القاهرة من تنفيذ التزام المدين مستحيلا استحالة مطلقة، وانعدام محل الالتزام تماما طبقا لنص المادة 121 من القانون المدني التي تنص:" في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون. ".

وتنص المادة 307 من ق م ج على انه " ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته. "

كما تنص المادة 176 ق م ج انه: " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه. "

فيتضح من خلال هذه النصوص انه إذا استحال تنفيذ العقد لسبب أجنبي كالقوة القاهرة فان الالتزام ينقضي وينفسخ العقد. والمقصود هنا الاستحالة المطلقة، فإذا اشترى شخص منزلا ثم هدمه زلزال فيستحيل على البائع تسليمه للمشتري وبالتالي ينقضي الالتزام بالتسليم ويترتب عليه زوال أو انقضاء التزام المشتري بدفع الثمن ويفسخ العقد بقوة القانون. [1]

فمثلا لو أن حربا منعت التبادل التجاري بين دولتين مطلقا لعدت قوة قاهرة في حين تعد الحرب ظرفا طارئا إذا أدت إلى اضطرابات اقتصادية أو ارتفاع في الأسعار مع إمكانية التنفيذ.

وتبعا لذلك فان نتيجة الظرف الطارئ موزعة بين الدائن و المدين، اذ لا يعفى المدين كليا من تنفيذ التزامه، وفي ذات الوقت لا يمكن للدائن طلب حقوقه كاملة، أما في حالة القوة القاهرة فان الدائن وحده من يتحمل تبعتها ويعفى المدين من التزامه.

وتختلف النظريتان أيضا في مدى تعلقهما بالنظام العام ،فأحكام الظروف الطارئة من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها كما جاء في القانون المدني المادة 107:"...ويقع باطلا كل اتفاق على

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق ص 388

خلاف ذلك". في حين في نظرية القوة القاهرة أجاز المشرع الاتفاق مسبقا على تحمل المدين لتبعتها اذ تنص المادة 2/178 على انه: " يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية. ".

ثانياً: تمييز القوة القاهرة عن الحادث المفاجئ

الحادث المفاجئ هو احد صور السبب الاجنبي حسب نص المادة 127 من القانون المدني السالفة الذكر، فالحادث المفاجئ يعد سببا معفياً من المسؤولية متى توافرت فيه شروط السبب الاجنبي من حيث عدم امكانية التوقع ، و عدم إمكانية الدفع ، ومن حيث استحالة تنفيذ الالتزام من قبل المدين . ويبدو ان المشرع الجزائري استعمل لفظي القوة القاهرة و الحادث المفاجئ اذ ان استعمال (او) التخييرية يدل على ان المصطلحين متميزان ومختلفان في المعنى و ان كانا متشابهين في الاثر القانوني الذي يترتب على كل منهما ، وهو الاعفاء من المسؤولية .

وهذا ما ذهب اليه جانب من الفقه فقال البعض بان القوة القاهرة هي الحادث الذي يستحيل دفعه ، اما الحادث الفجائي فهو الحادث الذي لا يمكن توقعه فتتوزع بينهما تلك الخاصيتين [1].

الا ان هذا الراي محل نقد ، إذ لا يكفي توافر احد الشرطين فقط في حادث ما لإسباغ وصف القوة القاهرة او الحادث الفجائي بل لا بد من اجتماع الشرطين معاً.

ويرجح راي فقهي اخر معيار النتيجة اي الاستحالة فالحادث الفجائي يؤدي الى مجرد استحالة نسبية اما القوة القاهرة فإنها تؤدي الى استحالة مطلقة اي استحالة ناشئة عن حادث لا يمكن مقاومته ولم يكن من المستطاع التنبؤ بوقوعه من قبل الكافة وليس فقط من قبل المدين كالحرب و الزلزال او التشريع الصادر عن السلطة [2]

بينما يذهب جانب اخر من الفقه الى التمييز بينهما على اساس اخر حيث ان القوة القاهرة حادثاً خارج عن الشي الذي تتحقق به المسؤولية كالعاصفة او الزلازل ، والحادث الفجائي داخلي ينجم عن الشيء ذاته كانفجار آلة آو انكسار عجلة ثم يجعل القوة القاهرة وحدها هي التي تمنع من تحقيق المسؤولية ، اما الحادث الفجائي فلا يمنع من تحقيقها بل يتحمل المدين تبعته[3].

[1] عبد الهادي فهد علي الجفين - المرجع السابق ص 5
[2] -صفاء تقي عبد النور العيساوي المرجع السابق ص 49
[3] عبد الهادي فهد علي الجفين نفس المرجع ص 6

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بوحدة القوة القاهرة و الحادث المفاجئ[1] فهما و ان كانا لفظين مختلفين الا انهما يدلان بوضوح على معنى واحد فاللفظين اسمين مترادفين ، هذا وقد اتجه اغلب الفقه للقول بوحدة الحادث المفاجئ و القوة القاهرة وان هذه التفرقة هي تفرقة شكلية لا تقوم على اساس صحيح [2] . حيث عرف منهم الحادث الفجائي بالتعريف الذي عرف به القوة القاهرة، فكليهما حادث لا يمكن توقعه ولا مقاومته. ومن الفقهاء من يؤكد ان التمييز بين الحادث الفجائي و القوة القاهرة لا يقوم على اساس صحيح ، إذ لا محل للتمييز بينهما لأنه يجب في كليهما أن يقع حادث خارج عن إرادة المدين . ولا يمكن توقعه و تجنبه . كما انهما متفقان من حيث الاثر القانوني الذي يترتب على كل منهما ، وهو اعفاء المدين من المسؤولية عن عدم التنفيذ [3]

كما اعتبرت محكمة النقض الفرنسية ان القوة القاهرة و الحادث المفاجئ مصطلحين يدلان من الناحية القانونية على مفهوم واحد[4]من خلال ما تقدم يبدو ان التمييز بين القوة القاهرة و الحادث المفاجئ امر صعب لانهما يشتركان في نفس الشروط و الخصائص و النتائج الا ان المشرع الجزائري اوردهما معا في نفس النص القانوني[5] ولا نعلم نية المشرع في اعتبارها مرادفين ام ارد التمييز بينهما.

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط المرجع السابق الصفحة ص 878
[2] عبد الهادي فهد علي الجفين – نفس المرجع ص 6
[3] د عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط المرجع السابق الصفحة ص 877
[4] عبد الحكيم حجاجي –مصطفى هرندو- خالد كيثا المرجع السابق
[5] المادة 127 من القانون المدني الجزائري

المبحث الثاني : المفهوم الحديث للقوة القاهرة

من خلال ما تقدم في المبحث الاول فإن القوة القاهرة حدث يجب أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط ينتج عنه استحالة مطلقة في التنفيذ[1] وهذا ما يسمى بالمفهوم التقليدي للقوة القاهرة حيث ينظم هذا المفهوم ما تنتجه القوة القاهرة من تأثير سلبي على مصير العقد على نحو لا يسمح بالاستمرار في تنفيذه الا ان الاهمية الاقتصادية للعقود الدولية و الحاجة الماسة إلى تأمين تنفيذ العقد الدولي , والرغبة الصادقة لأطراف العقد في تجنب اثر القوة القاهرة بمفهومها التقليدي دفع بهم إلى تبني مفهوما أكثر استجابة لمتطلبات العقود الدولية وذلك من خلال اضفاء نوع من المرونة على الشروط الواجب توفرها في القوة القاهرة وفقا للمفهوم التقليدي ، كما أصبح الأطراف يميلون إلى مراجع أحكام العقد على نحو يضمن الاستمرار في تنفيذ العقد ولا ينتظرون حتى زوال حدث القوة القاهرة من اجل تنفيذ التزاماتهم ، بل ذهبوا إلى ابعد من ذلك حيث اصبحوا ينظمون احكام القوة القاهرة مسبقا وهذا ما يطلق عليه بالتنظيم الاتفاقي للقوة القاهرة لتفادي آثارها و النزاعات التي يمكن ان تنشب عنها ويندرج كل هذا ضمن المفهوم الحديث للقوة القاهرة او المفهوم غير التقليدي.

لهذا سوف نعالج في هذ المبحث اسباب التوسع في مفهوم القوة القاهرة في المطلب الاول ونتطرق في المطلب الثاني الى امكانية التنظيم الاتفاقي للقوة القاهرة كأحد صور المفهوم الحديث لها .

[1] وهذا ما انتهجته معظم التشريعات الوطنية وتعود وأصولها الي القانون الرماني

المطلب الاول : اسباب التوسع في مفهوم القوة القاهرة

ان الطبيعة الخاصة للعود الدولية و الأهمية الاقتصادية لها و اتساع مجال الحريات التعاقدية في الصعيدين الداخلي و الدولي هذه الأسباب أدت إلى التوسع في مفهوم القوة القاهرة .

وعليه فإن اسباب التوسع في مفهوم القوة القاهرة تتجسد في اتساع مجال الحريات التعاقدية في العقود الدولية، و الطبيعة الخاصة لتلك العقود .

الفرع الاول : الطبيعة الخاصة للعقود الدولية

أن من أهم أسباب التوسع في مفهوم القوة القاهرة هو الطبيعة الخاصة للعقود الدولية، حيث أضفت الطبيعة الدولية لهذه العقود خصوصية جعلتها تنفرد بحلول فرضها الواقع العملي وتختلف إلى حد كبير عن العقود الداخلية ، حيث تتميز العقود الدولية بخاصيتين وهما الاهمية الاقتصادية و الطبيعة الخاصة لأطرافها.

اولاً : الاهمية الاقتصادية للعقود الدولية

تتمتع العقود الدولية بالأهمية الاقتصادية البالغة والكبيرة حيث أنها تتعلق باقتصاد الدول مباشرة بل إلى الكثير من ذلك فقد تمس جوانب أكثر أهمية مثل الأمن القومي للدولة مثل عقود شراء الاسلحة وقد تمس الامن الغذائي و الاجتماعي مثل عقود استراد المواد الغذائية او إلى تلبية رغبة في الحصول على المنتجات و المواد المستوردة لتحقق أرباحا معينة أو إلى إشباع حاجات اقتصادية أو اجتماعية كما تقدم و في الواقع يمتد اثر العقد إلى ابعد من ذلك إذ يشكل جزءاً هاما من المخطط الاقتصادي للدولة فهو يرتبط بالاقتصاد الوطني ككل ولهذا يرى البعض أن العقد الدولي هو عقد اجتماعي نظراً لتأثير هذا العقد على الجانب الاجتماعي للدولة [1] ولهذا يبحث هذا الطرف عن مفهوم غير ذلك التقليدي للقوة القاهرة لتفادي الوقوع في فسخ العقد او تعليقه لأن حتى تعليق العقد يسبب أضرارً اقتصادية و إجتماعية هذا من جهة الطرف الضعيف اقتصاديا إن صح التعبير وفي اغلب الأحوال يكون من دول العالم الثالث .

[1] د شريف محمد غانم المرجع السابق ص 185

اما بالنسبة للطرف الاخر قد يكون من الشركات العالمية الكبرى و المتعددة الجنسيات اومن الشركات العالمية الحديثة فتبذل كل ما في وسعها وتفعل المستحيل من أجل تنفيذ العقد لأن توقيف العقد أو إنفساخه بسبب القوة القاهرة أو أي سبب آخر يؤثر على مكانتها الاقتصادية و العالمية وأيضا على ميزانها التجاري [1].

أضف إلى ذلك إن أهمية العقود الدولية قد تتعدى في كثير من المجالات مصالح الأطراف و الدول التابعة لها، إلى اقتصاديات الدول المجاورة فعقود إنشاء الطرق الدولية أو مشاريع إنجاز خطوط الألياف البصرية العابرة للقارات لنقل الانترنت عبر الدول تأخذها كثير من الدول في اعتبارها عند إعداد مخططها الاقتصادي ومن ثم تتأثر اقتصاديات هذه الدول بتنفيذ العقد او بعدم تنفيذ هذه العقود.

نظرً لهذه الاهمية الكبيرة التي تحتلها العقود الدولية فرضت أولوية و إلحاح كبير و التمسك بوجوب تنفيذ هذه العقود ، و انقاذها من الوقف او التعليق و من الفسخ او الانفساخ ، و الرغبة في إنقاذ العقد و الحفاظ عليه دعت الأطراف إلى تبني مفهوم حديث وموسع للقوة القاهرة. فلم يعد الأطراف يودون إنهاء علاقتهم التعاقدية بسبب القوة القاهرة خلافا للقواعد المستقرة حسب المفهوم التقليدي و إنما يحاولون إعادة النظر في الالتزامات العقدية بطريقة تسمح لهم بالاستمرار في تنفيذ التزاماتهم و مواجهة المعطيات القانونية و الاقتصادية الجديدة.

وقد ترجم واقع عقود التجارة الدولية هذا المفهوم الموسع بأن جعل للقوة القاهرة أثراً واقفا لا قاضياً للالتزام. فغالبية الشروط التي يدرجها الأطراف في عقودهم تنص على وقف تنفيذ التزامات الأطراف فترة من الزمن، وهي فترة قيام عائق التنفيذ ويعود بعدها العقد إلى السريان العادي. وقد ظهر المفهوم الموسع أيضا في اتفاق الأطراف على إعادة التفاوض[2]بمجرد حدوث القوة القاهرة[3].

[1] د شريف محمد غانم المرجع السابق ص185

[2] إعادة التفاوض كوسيلة لتفادي اللجوء الى التحكيم وسوف نتطرق له في المطلب الاول من المبحث الثاني في الفصل الثاني كما نتطرق للتحكيم في المطلب الثاني من نفس المبحث كأليتين من لحل منازعا الناتجة عن القوة القاهرة

[3] د شريف محمد غانم نفس المرجع ص 186

ثانياً: الطبيعة الخاصة لأطراف العقود الدولية

بالإضافة إلى الأهمية الاقتصادية للعقود الدولية فإن الطبيعة الخاصة لأطرف هذا النوع من العقود لها أثر كبير في التوسع في مفهوم القوة القاهرة.

ومن المسلم به ان العقود الدولية في الوقت الحاضر تحت سيطرة وتدخل الدولة فقد تكون هي أو أحد أشخاصها القانونية العامة كطرف في العقد خاصة اذا كان العقد يتطلب سرية كبيرة كالصناعات الحربية هذا عن التدخل المباشر[1] ، كما يظهر التدخل غير المباشر في صور اصدار قوانين تصدرها الدولة لتنظيم معظم مجالات العقود الدولية مثل القانون التي أصدرته الدولة الجزائرية لتقليص وتنظيم رخص الاستيراد .

وهذا وقد نتج عن تدخل الدولة أو أحد الأشخاص القانونية التابعة لها كطرف في العقد ظهور وقائع وأحداث جديدة أثرت على تنفيذ الالتزامات العقدية الأمر الذي أوجب تطور في مفهوم القوة القاهرة ، وقد أدى هذا التدخل إلى التشكيك في توافر بعض شروط القوة القاهرة كشرط عدم التوقع واستحالة التنفيذ لما تتمتع به الدولة و الاشخاص القانونية التابعة لها من قدرات مالية وفتية هائلة تمكنها من التوقع و تنفيذ التزاماتها في كل الظروف .

ولعلى أبرز هذه الوقائع و الأحداث هو أن تدخل الدولة يعد في حالات معية قوة قاهرة يترتب عليها انتفاء مسؤولية المدين بشرط توافر شروط القوة القاهرة.

فإذا نظرنا إلى شرط عدم التوقع فإنه عندما يتطلب تنفيذ العقد الحصول على الموافقة من طرف الدولة فإن إحتمال رفض الترخيص وارد ، وعندئذ هناك إحتمال لتخلف شرط عدم التوقع، وبالتالي لا يعتبر هذا التدخل من قبيل القوة القاهرة . و إذا نظرنا إلى شرط استحالة الدفع فان هذا الشرط لا يمكن تصوره نظراً للقدرات المالية و التقنية الهائلة و الضخمة التي تتمتع بها الدولة .

ونظرا لصعوبة توافر هذه الشروط بالشكل المتشدد الذي يطلبه القضاء ، يتفق الاطراف في أغلب عقودهم على إعتبار أي قرار تصدره السلطة العامة قوة قاهرة وتنتفي معه مسئولية الطرف الوطني تجاه المشروع الأجنبي، بغض النظر عن عدم توافر الشروط التقليدية للقوة القاهرة [2] .

[1] دكتور عبد المنعم حسون عنوز - شرط القوة القاهرة في العقود الدولية ب د ن – كتاب منشور في موقع المكتبة القانونية العربية https://www.bibliotdroit.com بتاريخ 18-01- 2018 ص 20

[2] د شريف محمد غانم المرجع السابق ص 192

وتفادياً لهذه الصعوبات أيضا نجد أن الأطراف في كثير من الأحيان يأخذون على عاتقهم مواجهة هذه الصعوبات بالنص الصريح في العقد على مسؤولية الدولة عن عدم التنفيذ الناتج عن هذه التصرفات

الفرع الثاني: اتساع مجال الحريات التعاقدية

العقد شريعة المتعاقدين [1] هذا المبدأ السائد في العقود الداخلية والذي يجعل الاطراف يتمتعون بحرية كبيرة في ابرام عقودهم فهده الحرية تبدو في اقصى نطاقها إذا تعلق الامر بالعقود الدولية لا سيما فيما يتعلق بحرية الاطراف في تنظيم احكام القوة القاهرة [2]

وحرية الاطراف في تنظيم احكام القوة القاهرة جزءا أساسياً في التجارة الدولية حيث تعترف به الاتفاقيات التجارية الدولية وقرارات التحكيم التجاري .

كما تعترف به معظم التشريعات الوطنية، و إن اختلف تنظيمها للقوة القاهرة طالما ان احكام القوة القاهرة ليست من النظام العام [3]

وقد نتج عن اتساع مجال الحريات التعاقدية و إعمال مبدأ حرية الأطراف في تنظيم أحكام القوة القاهرة أن أصبح لها مفهوما في عقود التجارة الدولية اكثر مرونة[4] سواء من حيث شروط التطبيق او من حيث النتائج المترتبة عليها .

ويحقق هذا المفهوم الاخير بعض الذاتية لفكرة القوة القاهرة في العلاقات الدولية نظرا لخصوصية الاحداث في هذه العلاقات بالمقارنة بمثيلاتها في العقود الداخلية. ولهذا نجد أن غالبية العقود النموذجية و الشروط العامة للبيع الدولي تتبني هذا المفهوم الموسع[5]

وبما ان أحكام القوة القاهرة ليست من النظام العام فإنه وطبقا لنص المادة 178 من القانون المدني الجزائري " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة وكذا يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشا عن غشه أو

[1] المادة 106 من القانون المدني الجزائري
[2] صفاء تقي عبد النور العيساوي المرجع السابق ص 75
[3] المادة 127 من القانون المدني يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة وكذا يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشا عن غشه أو عن خطئه الجسيم، غير انه لا يجوز للمدين إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه "
[4] اكثر مرونة حسب المفهوم التقليدي التي تعرف به في القوانين الوطنية علي النحو المبين في المبحث الاول من هذا الفصل
[5] د شريف محمد غانم المرجع السابق ص 174

عن خطئه الجسيم، غير انه لا يجوز للمدين إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه ".

وتتعلق هذه المادة بالمسؤولية العقدية فطبقا للمادة 106 " العقد شريعة المتعاقدين " فإذا اتجهت إرادة الأطراف للاتفاق على قواعد المسؤولية بينهم فلهم ذلك في حدود القانون والنظام والآداب العامة.

أما المسؤولية التقصيرية فان أحكامها من النظام العام لا يجوز الاتفاق بشأنها قبل وقوعها طبقا لنص المادة 178 في فقرتها الثالثة التي تنص :" ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الفعل الإجرامي "ومع ذلك لا يتصور إمكانية الاتفاق عليها مسبقا.

وبشان اتفاق الطرفين حول تحمل المسؤولية، يتصور أن يتحملها المدين أو الدائن بمجملها أو أن يتم الاتفاق على إعفاء كلا الطرفين من ذلك وقد يتم الاتفاق بشان ذلك في العقد أو باتفاق لاحق.

اولاً: الاتفاق على تحمل المدين لتبعية القوة القاهرة

في حال وجود اتفاق بين المتعاقدين على تحمل المدين لآثار القوة القاهرة فإن لم يتمكن هذا الأخير من تنفيذ التزامه عينا، التزم بالتعويض في كل الأحوال سوءا كان بسبب خطئه طبقا لقواعد المسؤولية بصفة عامة، أو بسبب القوة القاهرة التي لا يد له فيها، وفي هذا تشديد لمسؤولية المدين، وبهذا المفهوم يصبح هذا الاتفاق بمثابة تامين للدائن[1].

وقد نص المشرع الجزائري على إمكانية الاتفاق على تحمل المدين تبعية القوة القاهرة في نـص المادة 178 من فقرتها الأولى:" يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة "

ثانياً: الاتفاق على تحمل الدائن لتبعية القوة القاهرة

يجوز الاتفاق على تحمل الدائن لتبعة القوة القاهرة وتبعا لذلك يبقى ملتزما بتنفيذ التزامه المقابل في مواجهة المدين، بالتالي في حال تحققت القوة القاهرة واستحال على المدين تنفيذ التزامه فان العقد لا ينفسخ، ويبقى الدائن ملزما بما عليه إلا إذا كانت استحالة التنفيذ بسبب خطأ المدين ولم يتفق على إعفائه

[1] جدي نسيمة نفس المرجع ص 25

من المسؤولية. اذ أن الاتفاق يقضي بالإعفاء من نتائج القوة القاهرة وليس من الآثار المترتبة على خطئه ولو كان يسيرا[1].

وعادة ما يتم إبرام اتفاقات يتحمل فيها الدائن المسؤولية في الأحوال التي توجد فيها مؤشرات أو إمكانية لحدوث القوة القاهرة، اذ يمتنع المدين عن إبرام العقد خوفا من عدم مقدرته على التنفيذ وعدم إمكانية دفعه للمسؤولية فيما بعد بحجة القوة القاهرة لأنها كانت متوقعة.

ثالثاً: الاتفاق على إعفاء طرفي العقد من المسؤولية

وهو بند أصبح كثير الوجود في العقود ذات الأهمية في المجال التجاري و الاقتصادي، فكثيرا ما نجد النص على عدم تحمل أي طرف لتبعة القوة القاهرة في حالة تحققها، وقد يكون هذا الإعفاء مؤقتا جزئيا أو كليا، ويرجع تحديد ذلك لطبيعة العقود المبرمة والظروف التي يجب مراعاتها بكل عقد.

ولان نص المادة 178 عام، ذكر القوة القاهرة دون تخصيص، فان هذا يفتح المجال أمام المتعاقدين للاتفاق حول الإعفاء بشكل كلي من الحوادث التي تشكل قوة قاهرة، أو تخصيص بعضها يعفى فيها الطرفان من تحمل تبعتها في كل أنواع العقود.

في حين نجد في قوانين مقارنة كالفرنسي، فإنه أجاز الاتفاق في أنواع محددة من العقود دون غيرها كعقد الإيجار والذي أيضا حصر بشأنه الحوادث التي تعد قوة قاهرة2.

وخلاصة القول ان للأطراف الحرية الكاملة في تحديد مفهوم القوة القاهرة و في تحميل المسؤولية اعمالا لمبدأ الحرية التعاقدية . وتتجلى هذه الحرية بصفة خاصة في العقود الدولية عند تنظيم احكام القوة القاهرة وخاصة في تبني المفهوم الغير التقليدي لها و بالشكل الذي يحقق مصالحهم و الرغبة في تطبيق النظام القانوني الذي تبنوه .

[1] جدي نسيمة نفس المرجع ص 26
[2] نفس المرجع ص ص28

المطلب الثاني: التنظيم الاتفاقي للقوة القاهرة

بعد التطرق الى المفهوم الحديث و الموسع للقوة القاهرة و بيان الاسباب التي ادت الي الأخذ بهذا المفهوم سوف نتطرق في هذا المطلب إلى التنظيم الإتفاقي للقوة القاهرة حيث نعالج في الفرع الاول تنظيم شرط القوة القاهرة و في الفرع الثاني صياغة بند القوة القاهرة في العقود وخاصة منها العقود الدولية .

الفرع الاول : تنظيم شرط القوة القاهرة

تنص المادة 106من القانون المدني الجزائري أن (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون) ومعنى ذلك أن العقد هو القانون الاتفاقي الذي يلزم به المتعاقدين، فهو يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة العقدية، ويطبقه القاضي عليهما كما يطبق القانون، وبذلك فإن الإرادة المشتركة التي أنشأت العقد هي وحدها التي تستطيع إنهاء العقد أو تعديل العلاقة المتولدة عنه.

وطبقا لهذا المبدأ العام، يجب على كل طرف أن ينفد الالتزامات الملقاة على عاتقه وفقا لمضمون العقد مع مراعاة حسن النية م 1/107ق م ج[1].

ويظهر من خلال نص المادة 106من ق م ج، أن أحد المتعاقدين أو حتى القاضي لا يملك أن ينقض العقد أو يعدل منه، ذلك أن العقد ثمرة اتفاق بين إرادتين، غير أنه قد يجيز القانون في بعض العقود لأي من المتعاقدين أن يستقل بنقض العقد كما في الوديعة م 594ق م ج، والوكالة م 588ق م ج. وفي عقود أخرى يجيز القانون لواحد من المتعاقدين فقط أن يستقل بنقض العقد كما في الهبة م 2/202ق م ج.

كما أن هناك حالات استثنائية يجيز القانون أن يعدل العقد لاعتبارات تتعلق بالعدالة، من أمثلتها النصوص القانونية التي تعطي للقاضي سلطة تعديل العقد، كالمادة 110من ق م ج التي تمنح للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان والإعفاء منه، والمادة 2/184من ذات القانون التي تخول للقاضي تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغا فيه، وغير ذلك من النصوص .

[1] تنص الفقرة 1 من المادة 107 من ق م ج " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية ....."

وبما ان أحكام القوة القاهرة ليست من النظام العام 1 ونظراً لاتساع مجال الحريات و خاصة في العقود الدولية ونظرا لطبيع العقود الدولية فانه يجوز لأطراف العقد تنظيم شرط القوة القاهرة .

وان من اسباب تنظيم الاطراف لشرط القوة القاهرة هو تطويرهم حلول جديدة لها تتجسد في ان المفهوم التقليدي لا يتلاءم مع واقع عقود التجارة الدولية . إذ تعتبر العقود المذكورة عقود طويلة المدة و مستمرة التنفيذ ورغبة الاطراف في تجنب انطباق المفاهيم الوطنية التقليدية للقوة القاهرة ، فإنهم يقومون بصياغة أحكام القوة القاهرة في شروطهم التعاقدية، ويتسعون في تعريفها بحيث تشمل جميع الاحداث التي يحتمل وقوعها و التي تؤثر بشكل او بأخر على قدرة المدين في تنفيذ التزاماته التعاقدية[2] ، وذكر الشروط الواجب توافرها في الحدث لأصباغه بوصف القوة القاهرة ، وذكر الاثار المترتبة عليها وتنظيم المسؤوليات ، وبذلك يخضع الوضع الناجم عن وقوع حدث القوة القاهرة إلى التعاريف والشروط و النتائج التي يرتبها التنظيم الاتفاقي الذي اتفق عليه أطراف العقد الدولي ، و التي تهدف في مجملها إلى تأمين مصير العقد و الابقاء عليه و الحيلولة دون تعليقه كسبا للوقت أو إنهائه بالفسخ أو الانفساخ أو تضييع الوقت في إعادة التفاوض في توازن الالتزامات العقدية[3].

وتكمن أهمية التنظيم الإتفاقي للقوة القاهرة عند صياغة العقود كون هذا التنظيم أو صياغة شرط القوة القاهرة يوفر لنا عناء البحث عن الحلول وتفادي آثار القوة القاهرة تفاديا لتعليق تنفيد العقد او لفسخه وخاصة في العقود الدولية ذات القيمة المالية الكبيرة ونظرا لطول مدة تنفيذها.

الفرع الثاني : صياغة بند القوة القاهرة

يحتل مبدأ سلطان الإرادة مكانا مهما في العقد التجاري الدولي فإذا افترضنا بانه على الطرفين إخضاع العقد إلى أحكام قانون معين واجب التطبيق ، فانهما بدون شك يتمتعون بكامل الحرية في الاتفاق على محتوى شرط القوة القاهرة و اختيار النص الذي يبدو لهم اكثر ملائمة و منفعة لحماية حقوقهم[4].وهذا الحل يتطابق مع القاعدة القانونية التي تجيز أن يتضمن العقد أي شرط يرتضيه المتعاقدان ، إن لم يكن ممنوعا قانونا أو مخالفا للنظام العام و الآداب, فليس على طرفي العقد إلا تحديد مضمون هذا الشرط عند تحرير العقد لمعرفة آثار تطبيقه . وقد يلجأ الطرفين إلى نموذج بند مفضل درج عليه

[1] المادة 175 من القانون المدني
[2] دكتور عبد المنعم حسون عنوز المرجع السابق 2018 ص 25
[3] د شريف محمد غانم المرجع السابق ص176
[4] دكتور عبد المنعم حسون عنوز نفس المرجع ص 26

العرف التجاري . وفي كل الأحوال ، يجب أن يحقق مثل هذا الشرط المتفق عليه على قدر مهم من التوازن العقدي الضروري لمصالحهما و حماية حقوقهما عند احتمال عدم تنفيذ العقد.[1]

ومن اجل صياغة بند القوة القاهرة[2] يجب أن يتضمن هذا البند في اغلب الاحيان العناصر التالية :

1- تعريف القوة القاهرة
2- قائمة حضرية او مفتوحة بالأحداث التي يمكن ان تشكل قوة قاهرة
3- الاخطار في حالة القوة القاهرة
4- التصرفات التي بجب على الطرف المتأثر بالقوة القاهرة اتخادها
5- الاثار المترتبة على حدوث القوة القاهرة

والصائغ لبند القوة القاهرة يجب أن يراعي الإجابة على الأسئلة التالية

1.من الطرف المستفيد من حدث القوة القاهرة؟

2. ما مدى تأثير ذلك الحدث؛ هل منع الطرف المتأثر به من تنفيذ التزامه ؟ أم مجرد إعاقته؟ أو التسبب في حدوث تأخير؟ أو إرهاقه؟

3.ما مدى العبء الذي تم الإعفاء منه؟

4.ما أنواع الأحداث التي تدخل في القوة القاهرة(أحداث بعينها، أم أحداث عامة)؟

5.ما المدة المحددة لواجب الإخطار بالقوة القاهرة؟

6.ما الآثار المترتبة على الإعفاء من الأداء؛ الإنهاء، التأخير، توزيع الخسائر؟

كما يجب عليه الأخذ بعين الاعتبار ان الطرف الدي يسعى الي إعفائه من المسؤولية عليه ان يثبت ان التنفيذ اصبح مستحيلا كما يقع علية عبء الاثبات[3]

و ليستفيد المدين من أحكام القوة القاهرة عليه أولا إثباتها، بحيث يبين محل التزامه والفعل أو الحادث الذي يكون القوة القاهرة، وكيف تسبب في استحالة التنفيذ، ومثال ذلك أن يثبت مثلا المؤجر هلاك العين المؤجرة اثر حادث زلزال، مبينا خلال ذلك توافر الشروط التي تجعل من الحادث قوة قاهرة على النحو السابق بيانه.

[1] Melis , werner, force majeure and hardship clauses in international commercial contract in view of the practices of the ICC court of arbitration, ij.int't ard 1984p213
. بتاريخ 2018/04/13 https://www.trans-lex.org كتاب الكتروني

[2] ICC Force Majeure clause 2003- ICC Hardship clause 2003 ICC publication no 650 p 11 et 14

[3] د حسين الدوري –عقود التجارة الدولية ومنازعاتها (العادية و الالكترونية)ومنازعاتها –خلال ندوة "التوقيع الالكتروني وحجيته في الاثبات فاليتا-جمهورية مالطا 2006 ص 25 وما يليها

وهذا طبقا للقواعد العامة للإثبات، التي تقتضي أنه على المدعي إثبات ما يدعيه.

ومسألة الإثبات مسألة دقيقة تطرح الكثير من المشاكل عمليا لتنوع الظواهر التي يمكن أن تعد قوة قاهرة.

ويسهل الأمر مع الحوادث الطبيعية كالزلازل و البراكين والفيضانات لمعرفة ما إذا كانت تشكل قوة قاهرة أم لا ؟ فيثبت المدين وجود الحادث ثم يثبت مساهمته في وقف تنفيذ التزامه[1].

ولكن في بعض الحالات يصعب تكييف الحادث في حد ذاته، نظرا لبقاء مسبباته مجهولة، هل هي من فعل الطبيعة أم من فعل الإنسان ، والذي يجب أن يتحمل في هذه الحال مسؤولية فعله، فبعض الحوادث يطغى فيها الطابع القهري ويظهر جليا سهل الإثبات، في حين في حوادث أخرى نجد مجرد قرائن يتبادل الأطراف إثباتها ودحضها متى يعجز احد الطرفين ويخسر دعواه[2].

[1] جدي نسيمة نفس المرجع ص 36
[2] نفس المرجع ص 37

خلاصة الفصل

من خلال ما تقدم في هذا الفصل توصلنا إلى أنه للقوة القاهرة مفهومين مختلفين المفهوم التقليدي و الذي تعتمده اغلب التشريعات الوطنية و الذي تعود أصوله إلى القانون الروماني و يقصد بالقوة القاهرة حسب هذا المفهوم انها الحادث الذي يستحيل على المتعاقدين توقعه والذي يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزامات محل التعاقد بشرط أن تكون هذه الاستحالة غير متوقعة ولا يمكن دفعها ، و ان لها شروط لا تخرج عموما عن شروط السبب الاجنبي و الذي تعد القوة القاهرة احد صوره ، فإصباغ الحدث بوصف القوة القاهرة يجب ان يكون اجنبيا عن ارادة المدين ، و غير ممكن التوقع ولا يمكن دفعه . حيث يصبح معها التنفيذ مستحيلاً استحالة مطلقة ، فلا يكفي ان يكون التنفيذ مرهقاً او صعبا ، حيث ينظم هذا المفهوم ما تنتجه القوة القاهرة من تأثير سلبي على مصير العقد على نجو لا يسمح بالاستمرار في تنفيذه إلا أن الأهمية الاقتصادية للعقود الدولية و الحاجة الماسة إلى تأمين تنفيذ العقد الدولي , والرغبة الصادقة لأطراف العقد في تجنب اثر القوة القاهرة بمفهومها التقليدي دفع بهم الي تبني مفهوما اكثر استجابة لمتطلبات العقود الدولية وذلك من خلال إضفاء نوع من المرونة على الشروط الواجب توفرها في القوة القاهرة وفقا للمفهوم التقليدي ، كما أصبح الأطراف يميلون إلى مراجع أحكام العقد على نحو يضمن الاستمرار في تنفيذ العقد ولا ينتظرون حتى زوال حدث القوة القاهرة من اجل تنفيذ التزاماتهم.

وبما أن أحكام القوة القاهرة ليست من النظام العام، يجوز الاتفاق على مخالفتها بل ذهبوا إلى ابعد من ذلك حيث أصبحوا ينظمون أحكام القوة القاهرة مسبقا وهذا ما يطلق علية بالتنظيم الإتفاقي للقوة القاهرة لتفادي آثارها و النزاعات التي يمكن ان تنشب عنها.

الفصل الثاني

مآل العقود الدولية بفعل القوة القاهرة

الفصل الثاني: مآل العقود الدولية بفعل القوة القاهرة

خلصنا في الفصل الاول الى ان القوة القاهرة في العقود الدولية لها مفهومان مختلفان ; مفهوم تقليدي و هو الراسخ في التشريعات الوطنية و اتفاقيات التجارة الدولية ومفهوم حديث قد يتبناه الاطراف في عقودهم من خلال التنظيم الاتفاقي للقوة القاهرة ومن خلال اضفاء نوع من المرونة على احكام القوة القاهرة المتشددة حسب المفهوم التقليدي .

و أيا كان المفهومين ، فإنه ثمة اثار تترتب على اعمال القوة القاهرة وتهدد وجود العقد ومآله فتهدده بالانفساخ او الوقف كما قد تقحم اطراف العقد في منازعات يتم تسويتها عن طرق التفاوض او عن طريق التحكيم .

لهذا ارتأينا ان نقسم هذا الفصل الى مبحثين نعالج في المبحث الاول تأثر وجود العقد الدولي بالقوة القاهرة وفي المبحث الثاني نتطرق الى التسوية القانونية للمنازعات الناجمة عن القوة القاهرة .

المبحث الأول : تأثر وجود العقد الدولي بالقوة القاهرة

ان وجود العقد يتأثر بالظروف المحيطة به فقد تطرأ ظروف بعد ابرام العقد تحول دون تنفيذه ، فإذا كانت القاعدة العامة تقضي بمسؤولية [1]كل طرف لم ينفذ التزاماته الذي وافق على تنفيذها بإرادته[2] الان ان هناك استثناء على هذه القاعدة العامة فقد لا يسأل المدين عن عدم تنفيذه التزاماته إذا اثبت ان عدم التنفيذ يعود الى قوة قاهرة بحيث تكون استحالة التنفيذ استحالة مطلقة ، مما يترتب عليه ان ينقضي التزام المدين الذي استحال تنفيذه وينقضي تبعا لذلك الالتزام المقابل له و يعتبر العقد مفسوخاً بقوة القانون[3] وذلك لان العقد يكون قد افرغ من مضمونه ، وعند ذلك ينبغي بالضرورة ان يتم تحديد من تقع عليه تبعية القوة القاهرة [4].

هذا عن القوة القاهرة الدائمة اما اذا كانت القوة القاهرة مؤقتة فد يتحتم على اطراف العقد وقف تنفيذ العقد الى حين زوال المانع او حدث القوة القاهرة المتسبب في هذا الوقف .

ولهذا قسمنا هذا المبحث الى مطلبين الاول نتناول فيه انفساخ العقد بسبب القوة القاهرة و في المطلب الثاني نتناول وفق نفاذ العقد او تعليق العقد بسبب القوة القاهرة

[1] وهذا ما اكدته المادة 107 من القانون المدني الجزائري و التي تنص (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه بحسن نية .
ولا يقتصر العقد علي الزام المتعاقدين بما ورد فيه فحسب .....)
وايضاً ما نصت عليه المادة 119 من نفس القانون (في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذاره المدين ان يطلب بتنفيذ العقد او فسخه ، مع التعويض في الحالتين غذا اقتضى الحال ذلك .
ويجوز للقاضي ان يمنح المدين اجلا حسب الظروف ، كما يجوز له ان يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الاهمية بالنسبة الى كامل الالتزامات).

[2] العقد شريعة المتعاقدين حسب المادة 106 من نفس القانون

[3] المادة 121 من ق م ج (في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضي التزام بسبب استحالة التنفيذ انقضت معه الالتزامات المقابلة له و ينفسخ العقد بحكم القانون)

[4] صفاء تقي عبد النور العيساوي المرجع السابق ص 138

المطلب الاول : انفساخ العقد بسبب القوة القاهرة

لا تقتصر اثر القوة القاهرة على قيام مسؤولية المدين ولكن يمتد اثرها الى المساس بمصير و وجود العقد بفسخه بقوة القانون وهذا ما اكدته المادة 121 من ق م ج .

اذن سوف تتطرق في هذا المطلب الى مفهوم انفساخ العقد في الفرع الاول و نتطرق اثار انفساخ العقد في الفرع الثاني .

الفرع الاول : مفهوم انفساخ العقد

من اجل الوصل إلى مفهوم إنفساخ العقد يجب علينا تعريفه ثم تمييزه عن الفسخ مع تحديد طبيعته القانونية .

اولاً: تعريف انفساخ العقد

يقصد مصطلح انفساخ العقد على ألسنة الفقهاء بمعنى انتهاء وانحلال رابطته لاستحالة تنفيذه بسبب طارئ غير إرادي[1].كما عرفته الموسوعة الفقهية الكويتية بأنه انحلال ارتباط العقد ، وهذا إما ان يكون بنفس العقد و إما بإرادة المتعاقدين ، او بإرادة احدهما .[2]

وهو انحلال العقد بقوة القانون، إذا ما إستحال تنفيذ الإلتزام العقدي لسبب أجنبي خارج عن إرادة المدين، أي لا يد له فيه [3]

إنفساخ العقد بسبب حدوث القوة القاهرة مبدأ تعرفه كل التشريعات الداخلية وإن إختلفت المصطلحات التي تستخدمها للتعبير عن هذا المضمون.

ومن هذه التشريعات المشرع الجزائري حيث عالج الإنفساخ بفعل القوة القاهرة في المادة 121 من ق م ج وكذلك المشرع العراقي نص في المادة 407 من القانون المدني العراقي على :" في العقود

[1] منار عمر حامد الصدر –انفساخ العقد في الفقه الاسلامي رسالة ماجستير قسم الفقه و التشريع بكلية الدراسات العليا نابلس فلسطين 2003 ص 29

[2] نفس المرجع ص 31

[3] صفاء تقي عبد النور العيساوي المرجع السابق ص 145.

الملزمة لجانبين إذا إستحال تنفيذ الإلتزام لسبب أجنبي إنقضى هذا الإلتزام وإنقضى تبعا لذلك إلتزام الطرف الآخر وإنفسخ العقد من تلقاء نفسه....."[1]

كما عالجه المشرع المصري في المادة 159 من القانون المدني :" في العقود الملزمة لجانبين إذا انقضى إلتزام بسبب إستحالة التنفيذ إنقضت معه الإلتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه"[2]

وأما المشرع الفرنسي فنظمه في المادتين 1147 و 1148 حيث نصت المادة 1147 على :" المدين يكون مسئولاً عن التعويض إذا كان له محل إما بسبب عدم تنفيذ الإلتزام، أو بسبب التأخير فيه. وذلك في جميع الأحوال ما لم يثبت أن عدم التنفيذ قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه ولم يكن ثمة سوء نية من جانب المدين"[3].

وأما عن نص المادة 1148 من نفس القانون فهو :" لا محل للتعويض إذا حالت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي دون قيام المدين بإعطاء أو عمل ما إلتزم به، أو إذا قام بأداء ما هو محظور عليه"[4]

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن القضاء الفرنسي وحسب نص المادتين السابقتين لا يعترف على وجه العموم بالفسخ بقوة القانون حيث أنه يميل القضاء إلى تطبيق أحكام المادة 1184 التي تنص على آثار مختلفة عن الآثار التي يرتبها الإنفساخ أو الفسخ بقوة القانون ويرتب على ذلك أن القضاء الفرنسي لا يرى بأن هنالك محلا للتفرقة بين أسباب عدم تنفيذ الإلتزام في العقود الملزمة لجانبين، فسواء كان عدم التنفيذ راجع لسبب خارج عن إرادة الطرفين كالقوة قاهرة، أم كان راجعا إلى إمتناع من جانب المدين فإنه في كلتا الحالتين يجب تطبيق أحكام المادة 1184 بما يترتب عليها من آثار تختلف عن الآثار التي يرتبها الإنفساخ أو الفسخ بقوة القانون[5]

وأيا كان الأمر فإن القانون الفرنسي قد أكد من خلا ل المادتين السابقتين على إنتفاء مسؤولية المدين عن عدم تنفيذ إلتزامه إذا نتج عدم التنفيذ عن حادث تتوفر فيه شروط القوة القاهرة. وإن كان هذا

[1] القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951
[2] لقانون 131 لسنة 1948 المتعلق بإصدار القانون المدني المصري بتاريخ 16 يوليو 1948
[3] القانون المدني الفرنسي
[4] القانون المدني الفرنسي
[5] عبد الهادي فهد علي الجفين المرجع السابق ص 36

القانون لا ينص صراحة على إعتبار القوة القاهرة سببا لإنقضاء العقد، يبدو أن القضاء الفرنسي يعتبرها كذلك بحيث لو تعلق الأمر بعقد ملزم لجانبين فإن إلتزامات كل من الطرفين تنقضي معا[1] .

ومن خلا ل ما تقدم نستخلص أن الإنفساخ نظام مسلم به في كافة التشريعات حيث أن معظمها ترد بها نصوص تتعلق بإنفساخ العقد كلما حدثت قوة قاهرة جعلت تنفيذ الإلتزام العقدي مستحيلا إستحالة مطلقة.

ثانياً: تمييز انفساخ العقد عن فسخ العقد

مع أن انحلال العقد يشمل كل من الفسخ والانفساخ إلا أن هناك ثمة فرق بين انحلاله بالفسخ وانحلاله بالانفساخ، فالفسخ هو حل ارتباط العقد بإرادة أحد المتعاقدين أو كلاهما أو بحكم القاضي[2] ، أما الانفساخ كما ذكرنا سابقا هو انحلال الرابطة العقدية بسبب خارج عن إرادة المتعاقدين كالقوة القاهرة مثلا.

فالفرق إذا بينها يتحدد في سبب نشوء كل منهما فالفسخ يكون بسبب إرادة الطرفين أو بحكم القاضي أما الإنفساخ فيكون بسبب غير إرادي وبقوة القانون.

إلا أنهما يتفقان من حيث الأثر على المتعاقدين، في رجوع المتعاقدين إلى حالة ما قبل العقد. إلا أنه في الفسخ هذه الحالة تلزم التعويض أما في الإنفساخ لا يكون هناك تعويض لأن المدين قد إنقضى إلتزامه بقوة قاهرة خارجة عن إرادته.

ثالثاً: الطبيعة القانونية للإنفساخ :

انقسم الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للانفساخ إذ يرى بعض الفقهاء أن الانفساخ ما هو إلا صورة من صور الفسخ حيث اعتمد أصحاب هذا الرأي تقسيما ثلاثيا للفسخ فسخ قضائي وفسخ اتفاقي ، وفسخ بقوة القانون ولكل نوع من هذه الأنواع طبيعته الخاصة والانفساخ يمثل النوع الثالث من هذه الأنواع حيث

[1] صفا تقي عبد النور العيساوي المرجع السابق ص 149
[2] المادة 119 من القانون المدني الجزائري

يقع من تلقاء نفسه وبقوة القانون، لذا أطلق عليه بالفسخ القانوني تمييزا له عن كل من الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي[1].

ويبدو أن أصحاب هذا الرأي متأثرون بالوضع القانوني لأغلب القوانين الوطنية المقارنة خصوصا العربية منها حيث أدخلت تلك القوانين الانفساخ مع الفسخ تحت عنوان واحد هو انحلال العقد مثلما فعل المشرع الجزائري في القانون المدني.

أما الرأي الثاني فإنه يرى أن الانفساخ يخرج عن كونه مسألة من مسائل الفسخ وذلك لطبيعته الخاصة والتي تمييزه عن مسائل الفسخ الأخرى فهو لا يقع إلا إذا كان عدم التنفيذ يرجع إلى قوة قاهرة وعندئذ لا يترتب عليه الحكم بالتعويض، كما أن من شأن طبيعته الخاصة أن قلصت من سلطة المحكمة فإذا كان لها أن تتدخل فإن ذلك لا يتعدى مجرد التحقق من مدى توافر شروط الانفساخ من عدمها وبذلك يكون حكما كاشفا لا منشأً[2]

وتجدر الإشارة أن الفقه الإسلامي ينقسم في تكييفه الإنفساخ إلى رأيين، الأول يكيف الإنفساخ بأنه فسخ على إعتبار أن فسخ العقد إنما يكون برفعه عن أصله وجعله كأن لم يكن، فالفسخ ما هو إلا رفع للعقد وإن هذا الفسخ إما أن يكون إراديا وإما إن يكون من ناحية ثانية ضروريا.

بينما أصحاب الرأي الثاني أن الإنفساخ غير الفسخ على إعتبار أن بينهما فارق يتمثل في أن الإنفساخ تعبير يستعمل للدلالة على عدم إمكانية تنفيذ المعقود عليه بسبب لا يرجع لأحد المتعاقدين. كما أن الإنفساخ تلقائي الأثر بينما الفسخ بحاجة إلى فاسخ أو تعبير يدل ويؤدي إليه[3].

وبنا على ما تقدم فإنه حسب منظورنا يبدو لنا رجوح الرأي القائل بأن الإنفساخ نظام قائم بذاته إلا جانب غيره من أنظمة إنحلال العقد.

[1] صفا تقي عبد النور العيساوي المرجع السابق ص 149
[2] صفا تقي عبد النور العيساوي المرجع السابق ص 152
[3] عبد الرحمان الجزيري - الفقه على المذاهب الأربعة - ج 2 دار الفجر للتراث –القاهرة ط 1 2000 ص 352

رابعاً: **شروط الإنفساخ :**

الإنفساخ هو النتيجة الحتمية لإستحالة التنفيذ بفعل القوة القاهرة، وهذه النتيجة تقع بقوة القانون ومن تلقاء نفسها [1] دون طلب أحد أطراف العقد ذلك ،أو دون الحاجة إلى حكم قضائي[2] وليعتد بالإنفساخ يجب توافر الشروط التالية :

أ- **الإستحالة المطلقة للتنفيذ :**

يجب أن يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلا أي غير ممكن التنفيذ والإستحالة المقصود بها في هذه الحالة الإستحالة الدائمة المطلقة فلا يكفي تعذر التنفيذ لفترة مؤقتة لأن الإستحالة المؤقتة تؤدي إلى وقف العقد بحيث يستأنف سريانه بعد زوال المانع ومثال ذلك صدور قرار يوقف إستراد سلعة لفترة معينة وعليه يقف إلتزام المستورد بالتوريد خلال تلك الفترة[3].

ب-الإستحالة الكلية :

يجب أن تكون إستحالة التنفيذ كاملة، فالإستحالة الكلية هي التي تؤدي إلى إنفساخ العقد وإبراء ذمة المدين لأن الإستحالة الجزئية لا تعفي المدين من إلتزاماته إلا في حدود الإستحالة وهذا ما جاءت به المادة 119 من ق م ج سالف الذكر في حالة الفسخ.

وأثر الإستحالة الجزئية يختلف بحسب الأحوال، فقد تؤدي إلى إنفساخ العقد كله إذا كان من شأنها التأثير على الهدف المقصود من التعاقد، وقد يبقى العقد مع إنقاصه إي تنفيذه في حدود ما بقي ممكنا إذا كان الجزء المتبقي يحقق المصلحة والفائدة المرجوة للدائن[4].

ج- **وقوع الإستحالة بعد إبرام العقد :**

ويقصد بهذا الشرط أن تقع الإستحالة بعد إبرام العقد، فإذا كانت الإستحالة موجودة وقت إنعقاد العقد فإن هذا العقد لا ينعقد أصلا أي يقع باطلا لإستحالة محله[5]

[1] المادة 121 من القانون المدني الجزائري
[2] حسب نص المادة 121 من القانون المدني الجزائري يقع الفسخ من تلقائي نفسه بقوة القانون دون طلب من أحد أطراف العقد أو حكم قضائي منشئ إلا أنه قد يحتاج إلى تدخل القاضي لإصدار حكم قضائي كاشفا وذلك بعد التحقق من أن هذا الحادث يصبغ عليه وصف القوة القاهرة.
[3]-عبد الهادي فهد علي الجفين المرجع السابق ص 239
[4] محمد حسين منصور العقود الدولية دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ص 425
[5] المرجع نفسه ص 425

د- أن تكون الإستحالة خارجية :

يجب أن ترجع الإستحالة إلى سبب أجنبي ليس للمدين يدا فيه ويتمثل هذ السبب الأجنبي في القوة القاهرة بحيث يجب أن تتوفر فيه الشروط السابقة الذكر في الفصل الأول من حيث عدم التوقع وعدم إمكانية دفعه وخارجية الحادث عن إرادة أحد أطراف العقد.

الفرع الثاني : آثار إنفساخ العقد

يترتب على وقوع الإنفساخ بالمعني المتقدم جملة من الآثار، تتجسد في إنحلال العقد وزواله وإبراء المتعاقدين مما يترتب عليهما من إلتزامات، وإعادة الطرفين إلا الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، مما يتطلب بالضرورة أن يرد كل منهما ما حصل عليه بموجب العقد.

وطالما أن الإنفساخ يقع نتيجة القوة القاهرة فإن من آثاره أيضا إنتفاء مسؤولية المدين التعاقدية، الأمر الذي يفرض إمتناع الحكم بالتعويض على المدين.

اولاً: إنتفاء مسؤولية المدين:

أن الأثر المترتب عن الإنفساخ هو إبراء ذمة المدين، أو بمعنى آخر إنتفاء المسؤولية المدنية للمدين، فلا يجوز للدائن في هذه الحالة أن يطالب المدين بما يترتب على عدم التنفيذ من آثار، ذلك أن عدم التنفيذ في هذه الحالة مرده القوة القاهرة التي لا يد فيها للمدين، فليس هنالك خطأ أو تقصير أو إهمال من طرف المدين حتى ولو تحقق الضرر بالفعل في جانب الدائن، إذ أن القوة القاهرة هي التي قطعت العلاقة السببية بين الخطأ والضرر[1] .

وإنتفاء مسؤولية المدين بسبب وقوع حدث القوة القاهرة مبدأ تبنته الإتفاقيات والشروط العامة والعقود النموذجية المتعلقة بعقود التجارة الدولية.

إذ تأكد إتفاقيات التجارة الدولية إنتفاء مسؤولية المدين كأثر لوقوع حادث القوة القاهرة، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 79 من إتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع فينا 1980[2]

[1] المادة 176 من القانون المدني الجزائري :" إذا إستحالة على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه، ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه."

[2] الفقرة الأولى المادة 79 من إتفاقية فينا سالفة الذكر :" لا يسأل أحد الطرفين عن تنفيذ أي من إلتزاماته إذا ثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود على ظروف خارجية عن إرادته...."

وتسيير مبادئ العقود التجارية الدولية اليونيدروا على النهج نفسه حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة 7-1-7 حيث تعفي المدين من المسؤولية التعاقدية عن عدم التنفيذ إذا كان هذا التنفيذ راجع إلى عائق ويقصد بهذا العائق في نص هذه المادة القوة القاهرة[1].

ثانياً: إنحلال العقد

يؤدي الإنفساخ إلى زوال العقد بمعنى أن يتحلل المتعاقدان من إلتزاماتهما التي لم يتم تنفيذها، فلا يحق لأي منهما طلب تنفيذها حسب نص المادة 121 من ق م ج.

وقد أخذت بذلك إتفاقية فينا للبيع الدولي 1980 فقررت أنه بفسخ العقد يصبح الطرفان في حل من الالتزامات التي يرتبها العقد. ويطلق هذا الحكم سواءً كان سبب الفسخ هو إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته أو قوة قاهرة ذلك أن الاتفاقية لم تفرق بينهما ولم تجعل للعائق سوى أثر واحد وهو الإعفاء من التعويض[2].

كما أخذت بهذه القاعدة مبادئ اليونيدروا حيث قضت بأن إنهاء العقد يترتب عليه تحلل الأطراف مستقبلا من إلتزاماتهم المتقابلة[3]

ثالثاً: حق الإسترداد أو رجعية أثر الإنفساخ

إذا كان من شأن إنفساخ العقد جعل الطرفين في حل من إلتزاماتهما التعاقدية بسبب إنحلال العقد بالإنفساخ، فإن مؤدى هذا الإنحلال إعتبار العقد كأن لم يكن من تاريخ إبرامه. وبعبارة أخرى أن الإنفساخ يسري بأثر رجعي، حيث يعتبر العقد المنفسخ كأن لم يكن، مما يتطلب عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فيرجع كل منها ما تسلمه بمقتضى العقد. إذ يصبح إحتفاظ كل طرف بما تسلمه من الطرف الآخر غير مستند إلى أي مسوغ[4] وأخذت بهذه القاعدة بعض التشريعات العربية، فالمشرع الجزائري نص عليها في المادة 122 من القانون المدني على :" إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا إستحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض" ونص كذلك في المادة

[1] الفقرة الأولى من المادة 7_1_7 من مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص UNIDROIT :" يعفى الطرف من المسؤولية عن عدم التنفيذ إذا أثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى عائق ...."

[2] د محمود سمير الشرقاوي المرجع السابق ص 224

[3] المادة 7-3-5 من مبادئ اليونيدروا :" يترتب على إنهاء العقد تحلل الأطراف مستقبلا من التزاماتهم المتقابلة "

[4] د مصطفى عبد السيد الجارحي فسخ العقد الطبعة 3 دار النهضة العربية القاهرة 1988 ص 139

369 من نفس القانون على ما يلي:" إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع وإسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعذار المشتري بتسليم المبيع." و كذلك المشرع العراقي في المادة 180 من القانوني المدني[1]

وتقابلها المادة 216 من القانون المدني الكويتي[2]، والمادة 160 من القانون المدني المصري[3].

كما أخذت بها إتفاقية فينا للبيع الدولي 1980 في نص المادة 81 :" بفسخ العقد يصبح الطرفان في حل من الإلتزامات التي يرتبها عليهما العقد، مع عدم الإخلال بأي تعويض مستحق. ولا يؤثر الفسخ على أي من شروط العقد المتعلقة بتسوية النزعات أو أي من أحكامه الأخرى التي تنظم حقوق الطرفين والتزاماتهما على فسخ العقد.

يجوز لأي طرف قام بتنفيذ العقد كلا أو جزءً أن يطلب استرداد ما كان قد ورده أو دفعه إلى الطرف الآخر بموجب العقد. وإذا كان كل من الطرفين ملزما بالرد وجب عليهما تنفيذ هذا الإلتزام في وقت واحد".

وكما نصت عليه أيضا مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص UNIDROIT في الفقرة الأولى من المادة 7-3-6 التي تجيز لطرفي العقد بعد إنفساخه المطالبة بالإسترداد العيني لما قام بتوريده شريطة أن يقوم كل منهما بصورة متزامنة برد كل ما حصل عليه تبعا لهذا العقد[4].

رابعاً: إمتناع الحكم بالتعويض

لكي يستحق أحد الطرفين تعويضا على ما أصابه يجب أن يصدر إخلال من الطرف الآخر بتنفيذ إلتزاماته، يستوي في ذلك أن يكون الضرر قد صدر عمداً أو إهمالاً أو أي سبب آخر، إذ أن الأصل هو أن المدين يلتزم بتنفيذ إلتزامه تنفيذا عينيا أي تنفيذ ذات ما التزم به[1].

---

[1] المادة 180 من القانون المدني العراقي : " إذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الأعيان المالية أو إنفسخ سقط الإلتزام الذي كان مترتبا عليه فلا يلزم تسليم البدل الذي وجب بالعقد وإن كان قد سلم يسترد فإذا إستحال رده يحكم بالضمان "

[2] المادة 216 من القانون المدني الكويتي :" إذا إنفسخ العقد، أعتبر كأن لم يكن، ولزم إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها عند إبرامه، و1لك في نفس الحدود بمقتضى المواد: 211 و 212 و 213 في شأن الفسخ"

[3] المادة 160 من القانون المدني المصري ::" إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا إستحال ذلك جاز الحكم بالتعويض."

[4] المادة 7-3-6 من مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص UNIDROIT المرجع السابق :"يجوز لأي من الأطراف عند فسخ العقد المطالبة بالإسترداد العيني لما قام بتوريده على أن يقوم هذا الطرف بصورة متزامنة برد كل ما حصل عليه وإذا لم يكن الرد العيني ممكنا أو مناسبا فيتم الرد بمقابل نقدي كلما كان ذلك معقولا.
مع ذلك إذا كانت مدة تنفيذ العقد قد إمتدت وكان العقد قابل للإنقسام، فلا يكون هناك محل للإسترداد إلا عن الفترة التالية للفسخ "

بيد أن الإخلال بالتنفيذ إذا كان بسبب القوة القاهرة فإن الأثر الذي يترتب على ذلك هو الإعفاء من التعويض فلا يجوز مطالبة المدين بأي تعويضات عن عدم التنفيذ وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في القانون المدني في المادة 176[2]، وكما نصت عليه أيضا المادة 168 من القانون المدني العراقي[3].

وإمتناع الحكم بالتعويض نجد له صدى في إتفاقيات التجارة الدولية فنصت عليه المادة 79 من إتفاقية فينا 1980 سالفة الذكر وأيضا يجد له مكانا في مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص UNIDROIT في المادة 7-3-5 سالف الذكر.

وينبغي القول بأن المدين لا يعفى إلا من أداء التعويضات التي قد يلزم بها في ما إذا كان سبب الفسخ خطأه أو تقصيره في تنفيذ إلتزامه. أما ما قد يتم الإتفاق عليه من تعويضات كالشرط الجزائي فيرجع في شأنه إلى أحكام العقد والقانون الواجب التطبيق، كما لا يدخل في نطاق الإعفاء الفوائد التي يجوز المطالبة بها مقابل التأخر في دفع الثمن أو أي مبالغ أخرى مستحقة، حيث أن الفائدة ليست تعويضا بل مقابل للإنتفاع بالنقود.[4]

خامساً: أثر تحمل التبعية (تبعية الهلاك)

إذا كان إنفساخ العقد بسبب القوة القاهرة لا يثير بحث مسؤولية المدين العقدية إذ يؤدي إلى إنتفاء تلك المسؤولية فإنه يثير بحث مسألة أخرى وهي مسألة تحمل التبعية، ويراد بتبعية الهلاك تعيين الطرف الذي يتحمل تبعية الشيء والذي يخسر الشيء الهالك ويذهب من حساب ثروته[5].

ويقصد بتحمل التبعية ، تحديد الطرف الذي سيتحمل مخاطر و اثار هلالك البضاعة بسبب القوة القاهرة والخسارة الناجمة عنها.

وأيا كان الأمر فإن مسألة تحمل التبعية لا تثير البحث إلا إذا تحققت بعد إنعقاد العقد. أما قبل ذلك فإن العقد يعد منعدما لإنعدام محله

[1] د صفا تقي عبد النور العيساوي المرجع السابق ص 162

[2] المادة 176 من ق م ج :" إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه"

[3] المادة 168 من القانون المدني العراقي :" إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه"

[4] د محمود سمير الشرقاوي المرجع ص 157

[5] مصطفى الزرقاء – نظرة في تبعية الهلاك بين الفقه الإسلامي والفقه المقارن مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الرابعة العدد الأول يناير مارس 1960 ص 5

وعلى أي حال فإنه متى برزت مسألة تحمل التبعية على النحو المتقدم توجب علينا تحديد من الذي سيتحمل هذه التبعية.

تختلف التشريعات الوطنية و الدولية في تحديد من يتحمل تبعية الهلاك، فمنها من يربط إنتقال تبعية الهلاك بإنتقال الملكية ومنها من يأخذ بقاعدة مقتضاها أن تبعية الهلاك لا تنتقل إلا بالتسليم.

فبالرجوع الى اتفاقية فينا 1980 نجد انها لم تنظم تبعية الهلاك ضمن الجزء الخاص بالإعفاء من المسؤولية ، بل تناولته صمن الجزء الخاص بالإخلال بالالتزامات لكل من البائع و المشتري ، وذلك بموجب المواد 66 ال 70 ، ومن خلال نص المادة 69[1] من نفس الاتفاقية نجد انها تربط تبعية الهلاك بالوفاء بالتسليم ، بغض النظر عن انتقال الملكية او عد انتقالها [2].

واستنادا الى ذلك يكون وقت انتقال تبعية هلاك البضائع من البائع الى المشتري وقت تسليم البضاعة بشرط ان تكون معينة[3].

[1] نصت المادة 69 من اتفاقية فينا 1980 "في الحالات غير المنصوص عليها في المادتين 67 و68 تنتقل التبعية الى المشتري عند استلامه البضائع، او عدم تسلّمها في الميعاد، ابتداًء من الوقت الذي وضعت البضائع تحت تصرفه و لم يتسلمها مع مخالفة ذلك للعقد .
ومع ذلك تنتقل التبعية الى المشتري إذا وَجب عليه استلام البضائع في مكان غير أماكن عمل البائع عندما تكون البضاعة جاهزة للاستلام وعَلمَ المشتري بأنها وضعت تحت تصرفه في ذلك المكان .
اذا كان العقد يتعلق ببضاعة لم تكن معينة ، فلا تعتبر البضاعة قد وضعت تحت تصرف المشتري الا بعد تعيينها بوضوح بأنها المشمولة بالعقد "
[2] د محمود سمير الشرقاوي المرجع السابق ص 184
[3] الفقرة 2 من المادة 68 و الفقرة 3 من المادة 69 من اتفاقية فيناء

المطلب الثاني: وقف تنفيذ العقد

إذا كانت القوة القاهرة بمفهومها التقليدي تجيز وفق العقد على غرار مفهومها الحديث، فإن الوقف في المفهوم التقليدي يشكل الحل النهائي لمشكلة الاستحالة المؤقتة أما في ضل المفهوم الحديث فإن الوقف يليه إعادة التفاوض بحس نية بغية الوصول إلى اتفاق جديد ينظم التزامات الطرفين وفقا للظروف الجديدة.

ولبيان وقف التنفيذ العقد في مجال العقود الدولية يستلزم علينا دراسة مفهوم تنفيذ العقد في الفرع الاول وفي الفرع الثاني الى أحكام وقف تنفيذ العقد.

الفرع الأول مفهوم وقف تنفيذ العقد وطبيعته القانونية

إن الوقوف على المفهوم القانوني لوقف تنفيذ العقد لا يتسنى لنا إلا بتعريفه وتحديد طبيعته القانونية.

أولا : تعريف وقف تنفيذ العقد :

اختلف في تعريف وقف تنفيذ العقد من فقيه إلى آخر كونه من المسائل التي أثارت خلافا واسعا بين الفقهاء فمنهم من عرفه { وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية المتبادلة التي يفرضها العقد على طرفيه عن حدوث قوة قاهرة تؤدي إلى الاستحالة المؤقتة في التنفيذ، واستئناف تنفيذه عند زوال الاستحالة المؤقتة}[1]

وينتقد التعريف سالف الذكر على أنه يقصر وقف تنفيذ العقد على الالتزامات الرئيسية المتبادلة حصرا ويهمل الالتزامات الثانوية الأخرى كما أنه يغفل من جانب آخر بيان الهدف من وقف التنفيذ باعتباره وسيلة يتم من خلالها الحفاظ على استمرار الرابطة التعاقدية ودوامها، كما أن التعريف المتقدم يجعل استئناف سريان العقد بعد انقضاء الوقف ضرورة لا بد منها في حين أن انقضاء وقف التنفيذ قد يعقبه

[1] صفاء تقي عبد النور العيساوي المرجع السابق ص 184

استئناف التنفيذ، وقد يعقبه فسخ العقد لتعذر التنفيذ[1] .

ويعرفه جانب من الفقه بأنه " تأجيل أو تأخير مؤقت في تنفيذ الالتزام ناجم عن حادث يخرج عن نطاق رقابة الأفراد ويهدف إلى الحفاظ على الرابطة العقدية خلال فترة الانقطاع من أجل استئناف تنفيذ العقد مرة أخرى حيث تنتهي تلك العقبة "[2]

كما يعرف وقف تنفيذ العقد بأنه " سكون تنفيذ العقد لفترة من الوقت حتى انتهاء الظروف التي تواجهه ثم يعود بعدها إلى السريان العادي " أو هو " نتيجة قانونية تحدث من اجتماع القوة القاهرة العارضة وإمكان زوالها قبل أن يفقد التنفيذ فائدته. فوقف التنفيذ حالة انتقال يحل محلها في المستقبل إما تنفيذ العقد أو فسخه "[3]

ونرجح أن تعريف وقف تنفيذ العقد هو علاج قضائي أخذا بالمفهوم التقليدي للقوة القاهرة أو هو اتفاق في حال الأخذ بالمفهوم الحديث للقوة القاهرة يرد على العقد الذي تحول دون تنفيذه قوة قاهرة تؤدي إلى استحالة مؤقتة في تنفيذ الالتزام وينقضي إما بزوال الاستحالة وإمكانية التنفيذ أو بانفساخ العقد وزوال الرابطة العقدية

ثانيا : الطبيعة القانونية لوقف تنفيذ العقد

يذهب جانب من الفقه إلى أن وقف التنفيذ هو فسخ مؤقت للعقد يوقف مفعوله بالنسبة إلى الطرفين خلال فترة امتداد القوة القاهرة التي حالت دون إمكانية التنفيذ في حين تبقى الرابطة العقدية سليمة نافذة قبل مدة الوقف وبعدها، وبعبارة أخرى فإن الفسخ ما هو إلا فسخ مؤقت يعرض أثناء وجود عقد مستمر دون أن يصيب العقد لا في آثاره السابقة ولا في آثاره اللاحقة على فترة التوقف ومن ثم يؤدي التوقف في العقد المستمر إلى محو جزئي ونهائي لأثار العقد وهذا يؤدي في نهاية الأمر إلى أن ينفذ العقد تنفيذا جزئيا[4]

إن الرأي سالف الذكر وبالرغم من وجاهته لا يمكن الأخذ به ذلك لأن إعتبار وقف تنفيذ العقد فسخا مؤقتا يؤدي في الواقع إلى صعوبات نظرية جمة يتعذر تبريرها وتتجسد أولى هذه الصعوبات في

[1] نفس المرجع ص 185
[2] د شريف محمد غانم المرجع السابق ص 301
[3] صفاء تقي عبد النور العيساوي المرجع السابق ص 185
[4] نفس المرجع ص 186

تحديد ماهية الفسخ الذي لا يمس آثار العقد في الفترة السابقة واللاحقة على وقف التنفيذ، إذ أنه من الراسخ أن الفسخ يؤدي بالضرورة إلى محو آثار العقد المستقبلية وإزالة من ترتب عليه من آثار في الفترة السابقة لتقريره.

ويتمثل ثاني تلك الصعوبات في أن القول بأن الوقف ما هو إلا فسخ من شأنه أن يوسع نطاق الفسخ وان يدخل مفهوما جديدا إليه مما يؤدي في النهاية إلى ضياع معالم الفسخ[1].

ومن جانب آخر فإن الأخذ بالرأي المتقدم مؤداه القول بفسخ العقد مع إمكانية التنفيذ العيني له، في حين إن الفسخ لا يتقرر إلا بعد صيرورة التنفيذ العيني مستحيلا.

فضلا عما تقدم فإن تكييف الوقف على أنه فسخ العقد يؤدي بالضرورة إلى تخويل المحكمة سلطة الحكم بفسخ العقد دون طلب من المتعاقدين ، أي أن أساس الوقف سيكون قضائيا بصورة مطلقة، وهو ما لا يمكن التسليم به عند الأخذ بالمفهوم الحديث للقوة القاهرة حيث يجسد اتفاق الطرفين أساس الوقف في هذه الحالة وأخيرا فإن السبب الرئيسي للفسخ يتجسد في عدم وفاء أحد الطرفين بالتزامه نتيجة قوة قاهرة خارجة عن حدود إرادته وسيطرته.

ونظرا للانتقادات التي وجهت للرأي المتقدم ذهب اتجاه فقهي إلى القول بأن وقف تنفيذ العقد هو دفع بعدم التنفيذ يعطى للمدين، يخوله عدم تنفيذ التزامه ما دامت الاستحالة قائمة، دون أن يعترض بذلك إلى أن يحكم عليه بالفسخ. فالهدف من الوقف والدفع بعدم التنفيذ هو إنقاذ الرابطة العقدية من الزوال أملا في إمكانية معاودة التنفيذ في المستقبل تفاديا لانفساخ العقد[2].

لكن في حقيقة الأمر يكمن فرق كبير بين نظام وقف التنفيذ ونظام الدفع بعدم التنفيذ، فالدفع بعدم التنفيذ ما هو إلا وسيلة للضغط على إرادة المتعاقد الآخر الممتنع عن تنفيذ التزامه بارادته أو بخطأ صادر عنه بهدف حمله على تنفيذ التزامه، في حين أن وقف التنفيذ هو حق للمتعاقد الذي لم ينفذ التزامه بسبب الاستحالة المؤقتة[3].

[1] د شريف محمد غانم المرجع السابق ص 301
[2] صفاء تقي عبد النور العيساوي ص 184
[3] عبد المنعم حسون عنوز المرجع السابق ص 50

ومن جهة أخرى فإن شروط الدفع بعدم التنفيذ يجب أن تكون مستحقة الأداء في حين أن وقف التنفيذ، بالضرورة، أن يكون الالتزام الذي يتأثر بالوقف غير حال.

وعلى ضوء ما تقدم يمكننا القول أن وقف تنفيذ العقد هو نظام ذو طبيعة خاصة تفرضه ضرورة إعادة التوازن والتكافؤ وإيجاد درجة من التناسب بين الاستحالة والأثر المترتب عليها.

ثالثا: الأساس القانوني لوقف تنفيذ العقد

يجد نظام وقف نفاذ العقد في العقود الدولية أساسه في عدة مصادر فإلى جانب إرادة الأطراف والتي تعتبر الأساس الأول تأخذ أيضا الاتفاقيات الدولية به كما تقره قرارات التحكيم التجاري الدولي.

أ- إرادة الأطراف كأساس لنظام وقف تنفيذ العقد الدولي :

تعتبر إرادة الأطراف الأساس الأول لنظام وقف نفاذ العقد، فشرط إعادة التفاوض أو كما يطلق عليه" Hardship" يستند إلى جانب شرط القوة القاهرة بمفهومها الحديث إلى إرادة الأطراف، وباعتبار الوقف أحد الآثار المترتبة على إعمال الشرطين فإنه يستند أيضا إلى إتفاق الأطراف[1].

وفي مجال العقود الدولية وأمام تغير الظروف الخارجية يلجأ أطراف العقد إلا وقف تنفيذ العقد فترة بعد وقوع الحادث إلى حين الوصول إلى اتفاق يرضي الطرفين، فواقع العقود الدولية يجعل من الوقف في مقدمة الآثار الناجمة عن القوة القاهرة أو إعمالا لشرط إعادة التفاوض[2]

وإذا كان نظام الوقف لا يظهر إلا في عدد قليل من الشروط التي تعالج شرط " إعادة التفاوض "، فهذا لا يعني على الإطلاق أن هذا الشرط لا يعرف نظام الوقف، ولا يعني أيضا أن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى عدم تطبيقه في هذه الخالة , فالوقف نظام لا غنى عنه سواء في حالة القوة القاهرة بمفهومها الحديث أو في حالة شرط إعادة التفاوض، فهو ينطبق في حالة الشرط الأخير في الفترة التي تسبق إعادة

[1] د شريف محمد غانم المرجع السابق ص 308
[2] مروك احمد –شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية – رسالة الدكتوراه كلية الحقوق جامعة الجزائر 2014-2015 ص 240

التفاوض وأثناء عملية التفاوض نفسها. أما عدم النص عليه من قبل الأطراف في حالة شرط إعادة التفاوض إنما يرجع إلى تطبيقه يعتبر أمرا بديهيا لا يحتاج إلى النص عليه صراحة، فالموقف يرفضه[1].

وتجدر الإشارة أيضا إلى أن إرادة الأطراف تلعب دورا كبيرا في تحديد نطاق الوقف، لأن العارض الخارجي الذي حال دون تنفيذ العقد قد لا يؤثر على جميع الالتزامات الناتجة على العقد وعليه فقد يتفق الأطراف على أن يشمل الوقف كل الالتزامات الناتجة عن العقد، كما قد يتفقون على أن لا يسري الوقف إلا على الالتزامات التي تأثرت بالعارض الخارجي.

وخلاصة ما تقدم ذكره هو أن الوقف أنسب الطرق التي يحافظ بها الأطراف على بقاء واستمرار عقدهم. فالوقف فترة انتظار وسكون للعقد. تحمي مستقبلا إمكانية الاستمرار في تنفيذه متى زالت الظروف التي نالت منه [2]

ب-الوقف في اتفاقيات التجارة الدولية :

أخذت أغلب الاتفاقيات الدولية والشروط النموذجية بنظام وقف التنفيذ، فاتفاقيه الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع فينا 1980 وفي الفقرة الثالثة من المادة 79 على أن " يحدث الإعفاء المنصوص عليه في هذه المادة أثره خلال الفترة التي يبقى فيها العائق قائما" [3] فهذه المادة تعني أن العقد يعاود سريانه، فالوقف لا يكون إلا في قترة وجود العائق.

أما عن الشروط النموذجية فنجد الشرط النموذجي الذي أعدته غرفة التجارة الدولية فيما يتعلق بشرط القوة القاهرة حيث ينص في الفقرة السابعة منه على أنه :" وعلاوة على ذلك فإنه. أي السبب المنصوص في الفقرة السابعة، يوقف مدد التنفيذ أثناء مدة معقولة، مستبعدا بذلك في نفس الوقت حق الطرف الآخر في أن يلغي أو يفسح العقد ..."[4] .م فيضفي هذا الشرط حماية يستفيد منها المدين من سلوك الدائن الذي قد يرغب في فسخ العقد.

[1] د شريف محمد غانم المرجع السابق ص 310
[2] د شريف محمد غانم المرجع السابق ص 310
[3] الفقرة الثالثة من المادة 79 من اتفاقية فينا 1980
[4] د شريف محمد غانم المرجع السابق ص 313

كذلك مبادئ Unidroit حين تطرقت لحالة إعادة التفاوض "HARDSHIP" في المادة 6|2|3-2 [1] قدمت نفس الحماية للمدين أين لم تعتبر طلب إعادة التفاوض مبررا للتوقف في تنفيذ الالتزامات، وعلى العكس من ذلك في حالة القوة القاهرة فقد نصت المادة 7\1\7-2 من هذه المبادئ على أنه " عندما يكون العائق مؤقتا، فإن الإعفاء ينتج آثاره أثناء مدة معقولة مع الأخذ في الاعتبار ظروف الإعاقة على تنفيذ العقد".

وعليه يتضح من ذلك أن مبادئ Unidroit تعطي الخيار للأطراف في حالة إعادة التفاوض وتفرضه لزاما في حالة القوة القاهرة المؤقتة[2] .

وكذلك يأخذ القانون الدولي الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية (لاهاي 1964) أيضا بنظام وقف تنفيذ العقد وإن لم ينص عليه صراحة ويستشف ذلك من المادة 74|2 من هذا القانون التي تنص على أنه " إذا ترتب على الظروف استحالة مؤقتة، فإن الطرف الذي تأثر التزامه بهذه الاستحالة يبرأ كلية من تنفيذ هذا الالتزام إذا ترتب على تأجيل التنفيذ أن اختلف الالتزام كلية بحيث يصبح الأطراف أمام التزام آخر بخلاف المنصوص عليه في العقد" [3]

ج- وقف العقد في قرارات التحكيم التجاري الدولي :

نظرا لأهمية عقود التجارة الدولية وللخطورة الناتجة عن إنهاء مثل هذه العقود دفع محكموا التجارة الدولية إلى العمل بنظام وقف التنفيذ ومثال ذلك القرار الصادر عن غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 1703 لسنة 1971 التي اعترفت فيها هيئة التحكيم بوجود حالة قاهرة في المدة التي بدأت فيها الأعمال العدائية، وحتى نهايتها، وبعد ذلك أيضا بعشرين يوما. هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الأعمال العدائية تشكل في هذه الفترة استحالة تنفيذ مؤقتة وايست نهائية. وقررت الهيئة بعد ذلك استئناف العقد في سريانه بعد انتهاء هذه المدة، وانتهت إلى أنه من الممكن للشركة المدعى عليها، أن تقوم بتنفيذ التزاماتها تجاه الشركة المدعية وأن يعود العقد إلى السريان الطبيعي له بعد هذه الفترة[4]

[1] المادة 6|2|3- 2 مبادئ Unidroit "".....الطلب لا يعطي من تلقائيا الحق للطرف الآخر في أن يوقف تنفيذ إلتزامه"
[2] مروك أحمد المرجع السابق ص 210
[3] د شريف محمد غانم المرجع السابق ص 313
[4] نفس المرجع ص311

الفرع الثالث :أحكام وقف تنفيد العقد

أن وقف تنفيذ الالتزامات العقدية يعتبر الأثر الرئيسي لوقف العقد، أضف إلى ذلك فإن هذا الأخير يفرض على أطراف العقد التزامات جديدة يراد منها ضمان التنفيذ المستقبلي للعقد.

وعليه فإننا سنقسم هذا الفرع إلى نقطتين نتطرق في الأولى إلى آثار تنفيذ العقد وفي الثانية على نهاية وقف تنفيذ العقد.

أولا : آثار وقف تنفيذ العقد :

باعتبار مرحلة وقف تنفيذ العقد مرحلة تأتي بين بداية تنفيذ العقد وانتهائه، فهي بذلك ترتب على أطراف العلاقة العقدية التزامات جديدة تهدف جميعها إلى ضمان التنفيذ المستقبلي للعقد، وهو ما سنتناوله في هذه النقطة

أ- وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية في العقد :

يترتب على وقف سريان العقد وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية الناجمة عنه، كما أنه يبرئ الأطراف من المسؤولية عن عدم التنفيذ خلال فترة وجود حدث القوة القاهرة [1]

يمتد أثر وقف التنفيذ إلى كافة الالتزامات الرئيسية لما لهذه الالتزامات من ترابط في عقود التجارة الدولية الأمر الذي لا يمكن فيه للطرف الذي أوقف تنفيذ التزامه بسبب قوة قاهرة مطالبة الطرف الآخر بتنفيذ التزامه المقابل مدعيا أنه ممكن التنفيذ، ومفاد ذلك أنه في عقد البيع إذا لم يكن بإمكان البائع تنفيذ التزامه بسبب قوة قاهرة مؤقتة فإن المشتري كذلك يتحلل مؤقتا من تنفيذ التزامه ألا وهو أداء الثمن وإن كان تنفيذ هذا الالتزام ممكنا ريثما ينقضي الوقف وتزول حالة الاستحالة[2] .

وبالنظر إلا أساس وقف تنفيذ المدين لالتزاماته بسبب حدوث قوة قاهرة نجده أمرا ضروريا يفرضه نظام الوقف نفسه. في حين يختلف الفقه في تحديد الأساس الذي يستند إلى وقف تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته في حالة غياب الاتفاق على أن يكون الوقف يشمل التزامات الطرفين معا.

[1] صفاء تقي عبد النور العيساوي المرجع السابق ص200
[2] نفس المرجع ص200

وعليه ففي حالة لم يتفق الطرفان على أن يكون الوقف شاملا لكل الالتزامات المتقابلة بين الطرفين، فبعض الفقه قال بنظرية الدفع بعدم التنفيذ كأساس لوقف تنفيذ التزامات الدائن عند وقف التزام المدين لقوة قاهرة[1]

وأما عن النقد الذي وجه إلى هذه النظرية يقوم على أساس أنه يشترط لإعمال الدفع بعدم التنفيذ أم تكون التزامات المتعاقدين المتقابلة مستحقة الأداء، فلو كان التزام المدين غير مستحق الأداء لا يستطيع الدائن أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ[2].

في حين يرى بعض الفقه أن أساس وقف تنفيذ الدائن يكمن في نوع خاص من الدفع بعدم التنفيذ فهم يقسمون الدفع بعدم التنفيذ إلى نوعين الأول هو عدم التنفيذ المصحح Corrective وهو الذي يرجع إلى حالة عدم التنفيذ بسبب خطأ من جانب المدين حيث يهدف هذا النوع إلى إجبار المدين على تنفيذ التزاماته وهذا النوع يخرج عن موضوع بحثنا، بحيث يهمنا النوع الثاني وهو الدفع بعدم التنفيذ الوقائي Préventive وهو الذي يجيز للدائن أن يوقف تنفيذ التزامه إذا لم يستطع المدين تنفيذ التزاماته بسبب لا يرجع إليه (كحالة القوة القاهرة المؤقتة). ويتجنب الدائن وقفا لهذه النوع الخسائر والمخاطر التي قد يتعرض لها إذا استمر في تنفيذ التزامه بينما توقف المدين عن تنفيذ التزامه. ولذا يقال أنه "وقائي" [3]

ونحن نرجح وقف تنفيذ الدائن لالتزاماته في حالة توقف المدين عن تنفيذ التزاماته أنه يرجع إلى فكرة المخاطر فاستمرار الدائن في تنفيذ التزاماته في الوقت الذي توقف فيه المدين عن هذا التنفيذ سيعرض هذا الدائن لخطر عدم استرداد حقوقه والمصاريف التي تكبدها في سبيل هذا التنفيذ

ب-الالتزام بالسعي لإزالة سبب الوقف :

يجب على المدين الذي توقف عن تنفيذ التزاماته أن يسعى جاهدا لإزالة سبب الوقف واستئناف التزاماته في أسرع وقت ممكن بعد زوال السبب .

[1] د شريف محمد غانم المرجع السابق ص 332
[2] د شريف محمد غانم المرجع السابق ص 226
[3] نفس المرجع ص 227

فتهاون المدين قد يؤدي إلى تغيير طبيعة الاستحالة من مؤقتة إلى دائمة، فالاستحالة لا تعني دائما أن المدين يكون بلا حيلة ويبقى مكتوف الأيدي، وإنما يكون لجهود المدين الأثر الهام في إنهاء الاستحالة وحينئذ يلتزم بإزالة سبب الوقف[1].

ج- الالتزام بالحفاظ على العقد :

يلزم نظام وقف تنفيذ العقد أطرافه بأن يسعوا جاهدين على الحفاظ على العقد وذلك بأن لا يوفروا جهدا من شأنه يحفظ العقد، وأن يلتزموا كذلك بالامتناع عن كل ما يمكن أن يؤثر في العقد سلباً.

والالتزام بالحفاظ عن العقد التزام متبادل يلزم الدائن والمدين على السواء لأن كلاهما له مصلحة في بقاء العقد، ويترجم هذا المصلحة جيدا اتفاقهم على وقف سريان العقد لحين التفاوض في شأنه أو لحين زوال الحدث الذي أثر في تنفيذه بدلا من فسخه [2]

والالتزام الإيجابي بالحفاظ عن العقد يقضي بقيام الأطراف المتعاقدة ببعض الأعمال منها :

- الحفاظ عن الشيء محل العقد
- القيام بتقديم الطلبات اللازمة للحصول على التراخيص التي يتطلبها حفظ البضائع أو المنتجات محل العقد
- الاحتفاظ بأداء ما نفذه المتعاقد الآخر قبل الوقف خاصة إذا لم يقابله شيء من الطرف الآخر
- يلتزم كل من المتعاقدين بتقديم جميع المعلومات والمساعدات اللازمة لكي يستطيع الطرف المتعثر التخلص من عقبة التنفيذ التي أدت إلى وقف التنفيذ[3].

د- الالتزام بالسعي لاستئناف سريان العقد:

استئناف سريان العقد هو الهدف الذي يرمي إليه نظام الوقف ونجاح هذا الأخير يتوقف على مدى تحقيق هذا الهدف.

[1] صفاء تقي عبد النور العيساوي المرجع السابق ص202
[2] د شريف محمد غانم المرجع السابق ص 339
[3] عبد المنعم حسون عنوز المرجع السابق ص 55

فالتخلص من عائق التنفيذ هو تخلص من سبب الوقف، وهو أنسب الطرق لعودة سريان العقد من جديد. وقيام الأطراف بالتخلص من عقبة التنفيذ هو إلتزام يفرضه واجب التعاون بين الأطراف ويعد من المبادئ العامة التي تحكم تنفيذ العقود التجارية والدولية[1] .

ثانيا : انتهاء وقف تنفيذ العقد :

ينتهي وقف سريان عقد التجارة الدولي بطرق متعددة، فينقضي بعودة السريان العادي للعقد، وينقضي أيضا بنهاية حتمية وهي نهاية مدة العقد، ما لم تمتد مدته مدة مساوية لمدة الوقف وينقضي كذلك إذا أصبح التنفيذ غير مجد أو غير مفيد في المدة المتبقية للتنفيذ .

أ- انقضاء الوقف باستئناف سريان العقد :

كنتيجة طبيعية الوقف ينتهي بعودة سريان العقد أي عندما يمكن للمتعاقدين الاستمرار في تنفيذ التزاماتهم أي عندما يزول الحدث الطارئ وتزول معه آثاره.

فاستئناف العقد حق لكلا المتعاقدين بحيث يمكن لأي طرف من الأطراف مطالبة الآخر ومسألته مساءلته عقدية

وتجدر الإشارة أنه ثار خلاف حول مسألة ما إذا كان العقد المستأنف هو العقد الأصلي أو عقدا جديدا، وراجح الفقه يرى أنه هو نفسه العقد الأصلي ودليل ذلك أن الوقف لا يؤدي إلى هدم العقد الأصلي أو اختفاء الالتزامات الناتجة عنه وإنما يؤدي فقط إلى تأجيل تنفيذ الالتزامات فترة من الوقت فإذ انقضى هذا الوقف عاد العقد الأصلي بكل التزاماته للتنفيذ[2].

وعلى ضوء ما تقدم يمكن أن يستأنف العقد بنفس شروطه السابقة وهذا لا يمنع من استفادة أحد المتعاقدين من تعديل التزاماته إذا تأثرت هذه الالتزامات بأحداث خارجية أثناء وقف العقد، هذا كله وفقا لأحكام القانون المطبق على العقد.

[1] د شريف محمد غانم المرجع السابق ص 353
[2] مروك احمد –المرجع السابق ص 132

ب-انقضاء الوقف إذا أصبح التنفيذ غير مفيد أو غير مجد :

تطرقنا فيما سبق إلى أن من ضمن العناصر التي تدخل في تحديد الاستحالة المؤقتة التي يترتب عليها وقف تنفيذ الالتزامات أن تكون المدة المتبقية مفيدة في تنفيذ العقد بمعنى أن يكون تنفيذ العقد خلال هذه المدة مفيدا مجديا للطرفين.

فإذا استمر وقف العقد إلى أن أصبح تنفيذه غير مجد أو غير مفيد بأن أصبح بعد ذلك غير مناسب جاز لأي منهما أن ينهي فترة الوقف بفسخ العقد على أساس تحول الاستحالة المؤقتة إلى استحالة نهائية[1].

[1]-عبد الهادي فهد علي الجفين ص 233

المبحث الثاني: التسوية القانونية للمنازعات الناجمة عن القوة القاهرة

في الغالب ما تبرم العقود الدولية لمدة طويلة ، وتسبقها مرحلة المفاوضات و التخضير للعقد و بذل جهد وصرف اموال كبير ، و قد تحتاج لترخيص من الحكومة . ونظرا لما لهذه العقود من اهمية كبيرة سواء من الناحية الاقتصادية او الاجتماعية لأطراف العقد بل تمتد الى الدول موطن الاطراف و الى الدول الاخرى المحيطة والمجاورة التي تستفيد من المشروعات التي تنشأ تنفيذاً لهذه العقود .

لذا نجد ان الاصل في العقود الدولية انها تبرم بهدف بقائها و الاستمرار في تنفيذها رغم كل الظروف ، فإذا واجهت هذه العقود صعوبات في التنفيذ سواء بسبب القوة القاهرة او بأسباب تغير الظروف الاخرى فإن الاطراف ، او محكمي التجارة الدولية[1] ، يبذلون قصارى جهدهم في الحفاض على هذه العقود وتجنب فسخها و وانهاء الغلاقة بين الاطراف .

ومن الناحية العملية و خلق الواقع التعاقدي وسيلتين لحل النزاعات الناجمة عن القوة القاهرة ، فتتمثل الاولي في اعادة التفاوض حول الالتزامات التعاقدية ، وهذا ما سنبحثه في المطلب الاول . واعادة التفاوض قد يؤتي اكله ويتفق الاطراف على التزامات جديدة وقد لا ينجح و يتحتم على الاطراف اللجوء الي التحكيم من اجل حل خلافاتهم ، وهذا ما سيتم التطرق اليه في المطلب الثاني

[1] يبدو حرص محكمي التجارة الولية على مبدأ بقاء العقد خليا في قرارتهم التي يصدرونها برفض المساس بالعقد إذا تغيرت ظروف تنفيذه ، مالم تأخذ هذه الطروف صورة الاستحالة المطلقة في التنفيذ . ويؤسس المحكمون قراراتهم على قرينة علم المتعاملين في عقود التجارة الدولية . فالمحكمون يفترضون دائما ان المتعاملين في هذه العقود اشخاص محترفون لا يقدمون على التعاقد الا بعد دراسات مستفيضة لكل احتمالات تنفيذ العقد وكافة التغيرات التي قد تحدث اثناء تنفيذ العقد . فإذا ابرم العقد فهذا يكون لسبب واحد و هو بقاء العقد وتنفيذه بالشكل الذي اتفق عليه الاطراف دون سواه . ومن القرارات التي تبنى فيها المحكمون هذه الوجهة من النظر على سبيل المثال ، قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية الصادر في القضية رقم 1512 لسنة 1971 المجموعة الاولي من القرارات ص 207 اورده د شريف محمد غانم المرجع السابق ص 406

المطلب الاول : إعادة التفاوض

اعادة التفاوض في العقد كنتيجة للقوة القاهرة و خاصة بمفهومها الحديث ، فكرة لصيقة بالعقود الدولية وهي ما يميزها عن القوة القاهرة بالمفهوم التقليدي و في العقود الداخلية .

للوقوف حول فكرة اعادة التفاوض يجب التطرق الي مفهوم اعادة التفاوض في الفرع الاول ، كما استوجب علينا البحث في مبررات استحداث فكرة اعادة التفاوض في الفرع الثاني .

الفرع الاول : مفهوم إعادة التفاوض

تعتبر فكرة اعادة التفاوض من ابرز الامور التي فرضتها طبيعة العقود الدولية في مواجهة تغير الظروف التي تطرأ علي العقد الدولي ، و التي تهدف الي تأمين وجود العقد وتنفيذه عن طريق توازن الالتزامات العقدية ، على اعتبار ان المبدأ السائد في عقود التجارة الدولية هو مبدأ الحفاض على العقد ودوام العلاقة التعاقدية. لذا فإننا نجد من الناذر ان يتفق الاطراف على انحلال الرابطة العقدية بالانفساخ بسبب القوة القاهرة كما تقدم في المبحث الاول ، فالسائد في الشروط التعاقدية للعقود الدولية يتفق الاطراف على اعادة التفاوض في العقد عند صياغتهم لبند القوة القاهرة ،بغية تعديله ليتماشى مع المعطيات الجديدة بسبب تغير الظروف[1]

اولاً: المقصود بشرط بإعادة التفاوض

لقد اهتم الكثير من المهتمين بالعقود الدولية بشرط اعادة التفاوض ، كما تناولته الهيئات و المنظمات الدولية .

فقد عرفه الاستاذ اوبتي Oppetit بانه الشرط الذي يسمح للأطراف بإعادة تنظيم العقد الذي يربطهما، إذا حدث تغير في المعطيات الاولية و التي تم الاتفاق على اساسها فتغير توازن هذا العقد الى حد يجعل احد الاطراف يلحق به اعسار غير عادل[2].

[1] ICC Force Majeure clause 2003- ICC Hardship clause 2003 ICC publication no 650 p 16

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

كتاب الكتروني مأخوذ من موقع https://www.trans-lex.org بتاريخ 2018/04/13

كما عرفه الدكتور ابراهيم الدسوقي بانه شرط يدرج في العقد التجاري الدولي قصد إعادة التوازن للعقد ، ومن ثم يتم الاتفاق عليه بين طرفي العقد ويدرجانه ضمن شروط العقد ، وبمقتضاه يلتزم الطرفان بالتفاوض من جديد لتعديل احكام العقد ، إدا ما طرأت ظروف غير متوقعة من شأنها تؤثر على التوازن الاقتصادي.[1]

كما عرفه جانب من الفقهاء بأنه الشرط الذي يسمح بإعادة النطر في العقد في ظروف معينة وفقا للإجراءات محددة ، من قبل الاطراف ، او من طرف الغير [2]

وتختلف المصطلحات التي تطلق على شرط إعادة التفاوض ،فقد يلجأ لاستخدام هذا الشرط بصيغ مختلفة في العقود الدولية وفق المصطلح الانجليزي hard ship و الذي يعني المشقة العقدية ، ويعد هذا المصطلح من المصطلحات التي طهرت في كنف التجارة الدولية [3] ،فالفقه الفرنسي يعبر عنه بعدة تسميات كشرط المراجعة clause de révision او شرط العدالة و الانصاف clause d'équité او شرط المحافظة Clause de sauvegarde او شرط الصعوبة Clause de durreté [4].

كما نصت عليه مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص UNIDROIT في المادة 6-2-3 حيث يحق للطرف الذي تعرض للظروف الشاقة حيث عرفتها بانها الحالة التي تقع فيها أحداث تخل بتوازن العقد بشرط ان تستوفي هذه الاحداث الشروط الواجب توافرها [5] ، ان يطلب إعادة التفاوض [6].

و لقد نظمت غرفة التجارة الدولية بوضع اقتراح نموذج لما يجب ان تكون علية صياغة شرط إعادة التفاوض ليستعين بها الاطراف في تحرير العقود، ولقد نشرت الغرفة لائحة تفصيلية بشان شرط إعادة الملائمة للعقد سنة 1978.[7]

---

[1] صفاء تقي عبد النور العيساوي ص219

[2] مروك احمد –المرجع السابق ص 134

[3] Olivir d'auzen -Contrats commerciaux en français et en anglais: 40 modèles prêts à l'emploi. Cd-Rom offert. Broché – 1 juillet 2010 p 35

كتاب الكتروني من موقع http://www.fimaktabati.dz بتاريخ 2014/04/14

[4] Marcel Fontaine Droit de contrats internationaux - Analyse et rédaction des clauses FEC 2ème édition 1989 p 251

[5] المادة 6-2-2 من مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص UNIDROIT " تتوافر الظروف الشاقة إذا وقعت احداث تخل بصورة جوهرية بتوازن العقد إما برفع تكاليف التنفيذ على احد الاطراف ، وإما بخفض قيمة ما يتلقاه احد الاطراف ....."

[6] المادة 6-2-3 من مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص UNIDROIT مبادئ يونيدروا " في حالة الظروف الشاقة ، يحق للطرف الذي تعرض لها طلب إعادة التفاوض . ويتعين توجيه هذا الطلب مسبباً دون تأخر غير مبرر "

[7] Marcel Fontaine c c i p 256

ثانياً: مبررات استحداث فكرة إعادة التفاوض

ان إعادة التفاوض كألية تسمح بتعديل العقد ، تجد حيزها الطبيعي في العقود الدولية ، وذلك بالنظر لما تتميز به هذه العقود من خروجها مما يحكم العقود الداخلية من نظريات قانونية تحكم مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد التي لا تستجيب لمقتضيات العقود الدولية، و الي طبيعة العقد الدولي إذ انه يتميز غالبا عن العقد الداخلي بطول مدة التنفيذ وطبيعة محله[1] و الى الاهمية الاقتصادية لهذه العقود والى الطبيعة الخاصة لأطراف العقد الدولي كما اسلفنا في الفصل الاول .

وخلاصة القول ان مبررات استحداث فكرة إعادة التفاوض هي نفسها تلك الاسباب التي كانت وراء استحداث المفهوم الحديث او غير التقليدي للقوة القاهرة ، من هنا يمكن القول ان الفرق الجوهري بين المفهوم التقليدي للقوة القاهرة و المفهوم الحديث هي فكرة اعادة التفاوض و الذي اصبح شرطا يصاغ في اغلب العقود الدولية و حتى و ان لم يتم صياغة هذ الشرط فإن الاطراف دائما يلجون اليه رغبةً منهم في تفادي الاثار السلبية للقوة القاهرة كانحلال الرابطة العقدية بقوة القانون اي انفساخ العقد بسبب القوة القاهرة ، ونيتهم في تأمين تنفيذ العقد .

عندما يتفق الاطراف على إعادة التفاوض فإنهم يلتزمون بالضرورة ، بإجراء المفاوضات بهدف ايجاد اتفاق مشترك يواجهون به اثر القوة القاهرة ، حيث يفرض عليهم هذا الالتزام ان يتصرف كل الاطراف بالتفاوض بحسن نية و امانة ونزاهة طيلة فترة المفاوضات .

وحسن النية في تنفيذ العقود مبدأ معترف به في كل الانظمة القانونية الوطنية[2] و الدولية ، فنجد ان القانون المدني الجزائري نص علية في المادة 111 من ق م[3] .

ونصت علية المادة 7 من اتفاقية فينا 1980 " يراعى في تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية ، وضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها ، كما يراعى ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية "، كما نصت عليه مبادئ اليونيدروا تحت عنوان حسن النية [1].

[1] هني عبد اللطيف – حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد –رسالة الدكتوراه في القانون العام كلية الحقوق جامعة تلمسان 2015-2016 ص14

[2] نص عليه القانون المدني العراقي في المادة 150 والقانون المدني المصري في المادة 148 و المشرع المغربي في المادة 231 من قانون الإلتزامات والعقود و المادة 1134 مدني فرنسي

[3] الفقرة الثانية من المادة 111 من القانون المدني "..أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي ان يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف التجاري في المعاملات "

وعليه فان حسن النية يفرض ما يلي:

- الالتزام بالأمانة
- واجب التعاون بين الاطراف
- الالتزام بمواصلة التفاوض
- الحرص و الاحتياط
- الالتزام بالإعلام
- الالتزام بالسرية
- الالتزام بعدم التعسف في استعمال الحق [2]

الفرع الثاني: اثار إعادة التفاوض

من المسلم به ان لكل عمل قانوني اثار تنجم عنه ، فإن لفكرة إعادة التفاوض اثار تنتج عنها. فمن الاثار التي تنتج عن إعادة التفاوض هي :

اولاً: وقف تنفيذ العقد

فعند مباشرة الاطراف عملية اعادة التفاوض فان تنفيذ العقد يتوقف او يعلق الى حين الانتهاء من عملية التفاوض وهذا ما تم معالجته في المطلب الثاني من المبحث الاول من هذا الفصل ،

ثانياً: اعادة النظر في التزامات العقدية

ان فكرة او شرط اعادة التفاوض من شأنه اتاحة الفرصة لأطراف العقد بإعادة النظر في التزاماتهم التعاقدية ، التي تأثر تنفيذها بالقوة القاهرة ، والتي على اساسها تم ابرام هذا العقد وبالتالي فإن إعادة النضر تعتبر من الاثار المترتبة على فكرة إعادة التفاوض ، فإذا اتفق اطراف العقد الى اللجوء الى إعادة التفاوض ،وجب عليهم إعادة النظر في التزاماتهم التعاقدية.

وتعتبر عملية اعادة النظر في الالتزامات التعاقدية الغاية من انشاء فكرة إعادة التفاوض في حالة نشوء حالة واقعية جديدة جراء القوة القاهرة او أي حادث يغير ظروف تنفيذ العقد [1].

[1] المادة 1- 7 من مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص UNIDROIT "يلتزم كل طرف بأن يتصرف وفقا لمل يقتضه حسن النية و أمانة التعامل في التجارة الدولية "

[2] صفاء تقي عبد النور العيساوي- المرجع السابق ص 220 وما يليها

ان فكرة إعادة النظر تمثل النقطة الجوهرية التي يسعى اطراف العقد الى تحقيقها بإعادة التفاوض بعد اختلال التوازن العقد بفعل القوة القاهرة، وذلك لان إعادة النظر في الالتزامات التعاقدية تعمل على التقارب من اجل التوصل الى حل مناسب لمعالجة اثار القوة القاهرة التي اصابت العقد ، وتمنح للأطراف فرصة الاستمرار في تنفيذ العقد ، وعلية فإن نظام او فكرة إعادة التفاوض تمثل الية من الاليات الهامة لحل الخلافات و النزاعات الناتجة عن القوة القاهرة اثناء مرحلة جد مهمة في حياة العقد وهي مرحلة تنفيذ العقد ، وذلك عن طريق إلزام المتعاقدين بتبادل الاقتراحات التي قد تتضمن بعض التنازلات من الطرفين لتوصل الى اتفاق مدروس وملزم لطرفين ويخدم مصالحهم.

وتجدر الاشارة الى انه ثار جدل فقهي حول طبيعة الالتزام بإعادة النظر ، فمنهم من يعتبرها على انها التزام ببذل العناية ، ومبرراتهم في ذلك ان الاتفاق بعد عملية إعادة النظر يبقى مجرد احتمال لأنه ليس بالضرورة ان تنجح المفاوضات ، وبالتالي التوصل الى اتفاق بين الطرفين متعلق بالظروف التي تحكم العملية ،أي انه من الصعب ان تضع على عاتق الاطراف الالتزام بالوصول الى اتفاق [2] وهذا ما اكدته المادة 2-1-15 من مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص UNIDROIT حيث نصت هذه المادة على ان الاطراف غير مسؤولين عن الفشل في الوصول الي اتفاق [3] .

وذهب جانب اخر من الفقه على اعتبار ان الالتزام بإعادة النظر هو التزام بتحقيق نتيجة ،و رايهم في ذلك انه لو لا نية اطراف العقد في الوصول الى اتفاق مرضى يستمر به تنفيذ العقد، لما ادرجوا شرط إعادة التفاوض [4] .

يبدو ان الرأي الاول القائل بأن الالتزام بإعادة النظر هو التزام ببذل العناية هو الاقرب للصواب ،ذلك لو سلمنا بان الالتزام بإعادة النظر هو التزام بتحقيق نتيجة فنكون قد نفرض على الاطراف اتفاقا قد يكون ضاراً لاحد الاطراف وهذ يتعارض مع مبدأ العقد شريعة المتعاقدين و مبدأ سلطان الارادة [5]

[1] بن طبال جهيدة – شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار الدولية – مذكرة ماستر أكاديمي قانون علاقات دولية خاصة- كلية الحقوق جامعة قصدي مرباح ورقلة 2016-2017 ص 46

[2] د شريف محمد غانم المرجع السابق ص 407

[3] المادة 2-1-15 من مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص UNIDROIT " للأطراف حرية التفاوض ولا يسألون عن عدم التوصل إلى اتفاق ....."

[4] بن طبال جهيدة المرجع السابق ص 48

[5] المادة 106 من القانون المدني الجزائري

ثالثاً: الاتفاق الجديد

غالبا ما تكون للأطراف رغبة حقيقية و جادة في الوصول بالمفاوضات النهاية سعيدة ترضي الطرفين ، ولا تتحقق هذه النتيجة الا بنجاح المفاوضات ، و وصول الاطراف الى اتفاق جديد يحدد التزامات الاطراف وفقا للاتفاق الجديد حيث يعتبر هذ الاتفاق نتيجة لفكرة او شرط إعادة التفاوض.

هذا ويثير نجاح الاطراف في التوصل الى اتفاق ، مشكلة تكيف هذا الاتفاق الجديد ، هل يعد عقداً جديداً ابرم بين الاطراف؟ او انه مجرد تعديل للعقد الاصلي ؟

فذهب جانب من الفقه بأن الاتفاق الجديد تعديل للعقد الاصلي انتصارا لفكرة استمرار وبقاء العقد الاصلي قائما خلال مرحلة المفاوضات ، فعندما يتفق الاطراف على إعادة التفاوض بشان العقد عند وقوع القوة القاهرة فإنهم دون شك يقصدون ابقاء العقد الاصلي ، وهذا يتطلب بالضرورة ان يتم تكيف الاتفاق الجديد على انه مجرد تعديل للعقد الاصلي[1].

ويري جانب اخر من الفقه ان الاتفاق الجديد عقدا جديدا طالما ان إعادة التفاوض تتضمن النية نحو تجديد العقد الاصلي لا مجرد تعديله .حيث التجديد بأنه عملية قانونية يحل من خلالها التزام جديد محل التزام قديم ، وفيه خلق التزام جديد مرتبط بانقضاء الالتزام القديم[2] .

يبدو انه لكي نحدد طبيعة الاتفاق الجديد فانه يجب النظر الى جزء العقد الذي ورد عليه التغيير ، فإذا ورد التغير على وجود الالتزام ذاته او على مصدره و كان الالتزام الذي اختفى التزاما اساسيا لا يقوم العقد الا به ،نكون امام تجديد العقد الاصلي أي ان الاتفاق الجديد هو عقد جديد و لا يمون هذا الا اذا كان سبب اعادة التفاوض استحالة مطلقة .

اما اذا ورد التغير على مسائل غي جوهرية في العقد فنكون امام مجرد تعديل للعقد الاصلي.

[1] صفاء تقي عبد النور العيساوي المرجع السابق ص 233

[2] د منذر الفضل الوسيط في شرح القانون المدني دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و القوانين المدنية العربية و الاجنبية معززة بآراء الفقه و احكام القضاء دار ئاراس للطباعة و النشر اربيل كردستان العراق 2005 ص 665 وما يليها

رابعاً: التحكيم كنتيجة لفشل اعادة التفاوض

في حالة عدم نجاح عملية إعادة التفاوض او عدم الالتزام بالاتفاق الجديد فإن اللجوء الى التحكيم هو الملاذ و الحل الاخير .

اذن فالتحكيم يعتبر اثر من اثار اعادة التفاوض في حالة عدم نجاحه ، وفي هذه الحالة تتمتع هيئة التحكيم بصلاحية اعادة التوازن للعقد المتأثر بالقوة القاهرة وهذا ما سوف نتطرق الية في المطلب الثاني من هذ المبحث .

المطلب الثاني: التحكيم في منازعات القوة القاهرة

ان حرص المتعاقدين على التنظيم الاتفاقي للقوة القاهرة بإدراج شرط القوة القاهرة ضمن الشروط التعاقدية في كافة العقود مبعثه في الاستفادة من اثر ذلك في إعفاء الطرف الذي حالت القوة القاهرة دون تنفيذ التزامه من المسؤولية ، و انحلال الرابطة العقدية بقوة القانون .

لكن للتنظيم الاتفاقي للقوة القاهرة في العقود الدولية غرض اخر ، يتجلى في رغبة الاطراف في تأمين مصير العقد ، و عدم الرغبة في إلغاء العقد على إثر حدوث القوة القاهرة ، بل يفضلون ان يعيدوا النظر في العقد بإعادة التفاوض حول الالتزامات التعاقدية . بمعنى اخر تتطلب الطبيعة الخاصة للعقود الدولية الا تسبب القوة القاهرة في ظهور اطراف العقد بمظهر السلبية ، ولكن بمظهر التعاون و التوافق لتخطي عقبة القوة القاهرة و مواصلة تنفيذ العقد ، ومن ثم استمرار الانتفاع المتبادل.

الا ان الاطراف قد لا يفلحون في تخطي عقبة القوة القاهرة بالتنظيم الاتفاقي و وإعادة التفاوض، ومن اجل مواصلة تنفيذ العقد لا مفر لهم الا التحكيم[1] لحل النزاع القائم بسبب القوة القاهرة ، وغالبا ما ينظم الاطراف التحكيم سواء من خلال التنظيم الاتفاقي للقوة القاهرة او في احكام مستقلة ، فيبينون سلطة واختصاص هيئة التحكيم، وهذا ما سنتناوله في الفرع الاول ، كما للتحكيم ضوابط تحكمه في فض نزاع حول عقد دولي بسبب القوة القاهرة ،وهذا ما سنتطرق اليه في الفرع الثاني.

---

[1] عرف بعض الفقهاء التحكيم بأنه " نظام قانوني خاص يختار فيه الاطراف قضاتهم ، ويعهدون اليهم بمقتضى اتفاق او شرط خاص مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ او نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقتهم التعاقدية او غير التعاقدية ذات الطابع الدولي والتي يجوز تسويتها بواسطة التحكيم " انظر في هذ التعريف ايناس هاشم رشيد و وعود كاتب الانباري –التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار –مجلة رسالة الحقوق كلية القانون جامعة كربلاء – السنة السابعة العدد الاول 2015 ص 273 .

وقد عرفه المستشار الدكتور محمد ابو العينين بانه " اتفاق بيت طرفين او اكثر على إحراج النزاع او عدد من النزاعات من اختصاص القضاء العادي و ان يعهد به الى هيئة تتكون من محكم او اكثر للفصل فيه بقضاء ملزم " انظر د خالد محمد القاضي موسوعة التحكيم التجاري الدولي الطبعة الاولى دار الشروق القاهرة 2003 ص83 .

وعرفه الاستاذ robert بانه " منظمة العدالة الخاصة بفصلها تسلب المنازعات من سلطة القانون العام ، لتحسم بواسطة افراد ممنوحين مهمة قضائية .

L'institution d'une justice privée grâce a laquelle litiges sont soustraits aux juridictions droit commun .pour être résolus par des individus revêtus, pour la circonstance , de la mission de les juger.

انظر في :

Jean Robert - L'arbitrage, droit interne , droit international privé Dalloz PARIS 6 édition p 7

وعرفه جانب اخر " الطريقة التي يختارها الاطراف لفض النزاعات التي تنشأ عن العقد و التي يتم البحث فيها امام شخص او اكثر يطلق عليها المحكم او المحكمين انظر د فوزي محمد سامي – التحكيم التجاري الدولي – دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان 1992 ص 17

كما يقصد بشر التحكيم "ذلك الشرط الذي يرد ضمن بنود تنظيم علاقة قانونية معينة وبمقتضاه يتفق اطراف العلاقة الاصلية قبل نشوب نزاع على حسم ما قد يثور بينهم من منازعات بواسطة التحكيم ، وقد يكون شرط التحكيم عاما او خاصاً ، فيكون عاما إذا احال الى التحكيم كافة المنازعات المتعلقة بتفسير او تنفيذ الاتفاقيات ، ويكون شرط التحكيم خاصا إذا قصر التحكيم على بعض المسائل دون البعض الاخر "- انظر سامي محمد عبد العال –دور القضاء و التحكيم الدولي في تسوية منازعات الاستثمار –بحث مقدم الى مؤتمر كلية الحقوق –جامعة طنطا مصر في 29-الى 30 /2015/04 ص 14

الفرع الاول :سلطة هيئة التحكيم في التعامل مع منازعات القوة القاهرة

ان المحدد الاول لسلطة هيئة التحكيم في التعامل مع اثار القوة القاهرة هو اتفاق التحكيم ، وقدرة هذه الهيئة على تسوية الخلاف في هذه الحالة مرهون بما منحه الاطراف لها من سلطة في مواجهة اثار القوة القاهرة في العقد الدولي. ونظرا لرغبة اطراف العقد في تأمين مصيره بالتنظيم الاتفاقي للقوة القاهرة من خلال تحديد المقصود بالقوة القاهرة بخصوص العقد الحاكم للعلاقة فيما بينهم ، او بذكر امثلة لحالاتها ، او حتى بالإحالة لقانون معين يتبنى تعريفا محدداً لها[1].

الا انه من الصعب من الناحية العملية على اطراف العقد ان يستشرفوا آفاق المستقبل ويحصروا كافة الوقائع التي يمكن ان تشكل قوة قاهرة ، خاصة انه يشترط توافر شروط في الحدث لإصباغ وصف القوة القاهرة ، من بينها عدم التوقع[2].

وقد دعا هذا الامر الى إثارة التساؤلات ، هل تختص هيئة التحكيم بصورة مطلقة بالفصل في المنازعات المتعلقة بالقوة القاهرة ، او ان هناك أحوال خاصة كي ينعقد لها الاختصاص ؟ وما مدى سلطتها في هذه الحالة ؟

اولا: الاتفاق باختصاص هيئة التحكيم بالفصل في المنازعات الناشئة عن القوة القاهرة

قد يتفطن اطراف العقد الدولي عند ابرامه الى ضرورة الاتفاق على اسناد الاختصاص لهيئة التحكيم بنظر في منازعات القوة القاهرة التي يمكن ان تثور اثناء تنفيذه ، ويمكن ان يظهر هذا الاتفاق في احدى الصورتين:

الصورة الاولى : تحديد دور هيئة التحكيم على اعلان فسخ العقد بسبب القوة القاهرة

يظهر اتفاق اطراف العقد الدولي في هذه الصورة على تحديد دور هيئة التحكيم في حالة تحقق القوة القاهرة على مجرد اعلان فسخ العقد لاستحالة التنفيذ . كان يتفق الاطراف في حالة حدوث القوة القاهرة تحول دون امكانية تنفيذ ،او التأخر في تنفيذ العقد فان للطرفين التشاور حول الاجراءات الواجب اتخاذها

[1] د عصام الدين القصبي- خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار –دار النهضة العربية 1993 ص 163

[2] د علاء التميمي عبده – دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار مجلة الشريعة و القانون كلية القانون جامعة الامارات العربية المتحدة السنة 29 العدد 62 افريل 2015 ص5

لتوفيق الاوضاع ، بحيث اذا لم يتم التوصل الى اتفاق فان لأي من الطرفين المطالبة بفسخ العقد عن طريق التحكيم[1]

ويثير هذا الامر تساؤلا حول مدى جواز قيام هيئة التحكيم بتبني حكم اخر غير الفسخ خلافا لما اتفق عليه الاطراف ؟

حيث دهب راي من الفقه ان سلطة التحكيم تقف في هذه الحالة عند حدود ما اتفق علية اطراف العقد ، بحيث لا تملك سلطة تبني حلا اخر غير المتفق عليه ، فإذا ما فعلت غير ذلك فإنها قد تجاوزت حدود سلطتها [2]

الصورة الثانية: الاتفاق على منح هيئة التحكيم سلطة اتخاذ ما تراه مناسبا في حالة القوة القاهرة

ففي هذه الصورة يتفق الاطراف على منح هيئة التحكيم السلطة في اتخاذ ما تراه مناسبا في فصل نزاع بسبب القوة القاهرة ، حيث يعد هذا بمثابة تفويض لهيئة التحكيم بتقرير ما تراه محققا لمصلحة الاطراف في ضوء طبيعة القوة القاهرة و مدى تأثيرها على العقد [3] ، اي ان هيئة التحكيم في هذه الحالة لا تكون مقيدة بحل معين ، بل لها ان تقضي بما فيه مصلحة للأطراف ، سواء كانت هذه المصلحة تقتضي استمرار العقد مع مراجعة بعض التعديلات على التزامات اطرافه ،او انها العلاقة التعاقدية .

وغالبا ما تعكس هذه الصورة رغبة الاطراف في تأمين مصير العقد وعدم انهاء العلاقة التعاقدية لمجرد تحقق حالة القوة القاهرة [4].

ثانياً: الاتفاق باختصاص هيئة التحكيم بكافة المنازعات الناشئة عن العد

يظهر اتفاق اطراف العقد الدولي في هذه الحالة في صورة اتفاق عام يقضي باللجوء للتحكيم بخصوص كل نزاع يتعلق بتنفيذ العقد ، حيث تختض هيئة التحكيم في هذه الحالة بالفصل في كافة المنازعات الناشئة عن العقد بما فيها تلك المتعلقة بالقوة القاهرة .

[1] A Force Majeure Clause which lays down the conditions for release from liability when performance of a ICC document n° 460-21/1, of October 26,1983 contractual obligation has become impossible

انظر د علاء التميمي عبده – المرجع السابق 2015 ص5

[2] نفس المرجع ص6

[3] نفس المرجع ص7

4 ICC Force Majeure clause 2003- ICC Hardship clause 2003 ICC publication no 650 p 16 et 17

وتجدر الاشارة الى ان وجود مثل هذا الاتفاق في العقد يلزم الاطراف باللجوء لتقرير مصير العقد في حالة القوة القاهرة ، بمعنى ان الاطراف لا يملكون الاختيار بين اللجوء للتحكيم او الانفراد بتقرير فسخ العقد ، بل يجب عليهم اللجوء للتحكيم ، كما ان لهيئة التحكيم السلطة في تقرير ما تراه ملائما لحل النزاع القائم بسبب القوة القاهرة بما يتناسب ومصلحة اطراف العقد دون التقيد بموقف معين ، مادامت الاطراف لم تقيد سلطة هيئة التحكيم.

وقد اكدت غرفة التجارة الدولية بباريس في حكمها الصادر في القضية رقم 2478 لسنة 1974 حيث قررت بأنه في حالة وجود اتفاق عام في عقد الاستثمار يقضي باللجوء للتحكيم ، ،فإنه ليس من حق الاطراف فسخ العقد تلقائيا في حالة فشل المفاوضات ، ولكن يجب على المدعى عليها ان تلجأ الي التحكيم إذا رأت ان رفض الطرف الاخر للثمن الجديد الذي اقترحه لم يكن مبرراً[1].

من خلال ما تقدم تبدو اهمية التوسع في سلطة هيئة التحكيم عند الاتفاق على الاسلوب الذي سيتم من خلاله التعامل مع اثار القوة القاهرة ، وعدم قصور دورها على مجرد إعلان فسخ العقد ، حيث يصعب من الناحية العملية إنهاء العقد الدولي الذي ينظم معاملة تجارية ضخمة ، سواء من حيث طبيعة العلاقة الناشئة عنه ام من حيث رأس المال المستثمر فيه ، لمجرد تحقق حالة القوة القاهرة .

الفرع الثاني : ضوابط التحكيم في حالة القوة القاهرة

تتميز حالة القوة القاهرة التي قد تمس بالعقد الدولي بميزات خاصة ، تحتاج على اثرها الى مراعاة هيئة التحكيم لمجموعة من الضوابط المهمة خلال فصلها لنزاع القوة القاهرة كي تتمكن من استعاذة للعقد توازنه و الاستمرار في تنفيذه .

اولاً: الطابع الفني لحدث القوة القاهرة

من اهم ما تتميز به منازعات القوة القاهرة غالبية الطابع الفني عليها ، حيث تتعلق في الغالب بالتنفيذ غير المطابق للمواصفات المتفق عليها لأسباب قهرية حالت دون تنفيذ المدين لالتزامه وفقا للمواصفات الفنية المطلوبة ، يستوي ان يكون عدم التطابق مرجعه التنفيذ الناقص او المعيب[2]. وقد تتعلق المنازعات بتعيين الضرر وتحديد اسبابه المباشرة و غير المباشرة ومدى ارتباط حدوث القوة القاهرة بوقوع

[1] ICC award No 2474 j.d.i.1975 اورده د علاء التميمي عبده المرجع السابق ص 8
[2] د عصام الدين القصبي المرجع السابق ص 164

هذا الضرر . كما يمكن ان تطهر المنازعات في صورة تقدير المبلغ التعويض المستحق ، الامر الذي يتطلب توافر خبرة فنية تتمتع بنظرة واسعة يمكن من خلالها توازن الالتزامات العقدية و تقدير التعويضات المستحقة [1] ،اذن فالأمر يحتاج الى ضرورة مراعات العوامل السابقة ، وذلك من خلال الحرص على ادخال عناصر فنية متخصصة في تشكيلة هيئة التحكيم التي سوف تنظر في النزاع الخاص بالقوة القاهرة ، وذلك ممن لديهم خبرة بالتفاصيل الفنية الدقيقة لموضوع النزاع ، ومن ثم القدرة على التعرف على جوهره، وليس مجرد الادراك الطاهري له الامر الذي سينعكس على حسن تسويته[2]

ثانياً: دور التحكيم في مواجهة الاعمال السيادية

بقصد بالأعمال السيادية للدولة في مواجهة الطرف الاجنبي ، تلك التدابير الانفرادية التي تلجأ اليها الدولة بهدف تأمين المشروعات او نزع ملكيتها او مصادرتها رغما عن ارادة الطرف الاجنبي وتعد هذه الاعمال من اخطر ما يواجه المستثمر الاجنبي من اجراءات ، لخطورة الاثار المترتبة على هذه الاجراءات في مواجهة العقد الدولي ، حيث توصف في غالب الحوال بوصف القوة القاهرة

لذلك يحب على هيئة التحكيم مراعات خصوصية الاعمال السيادة للدولة ، حيث تتمتع هذه الاجراءات بخصوصية معينة ، تتمثل في ان الدولة عندما تمارس هذه الاعمال السيادية فهي لا تقصد معاقبة الطرف الاجنبي ، وانما ممارسة عمل من اعمال السيادة على احد مواردها الطبيعية بغرض تحقيق منفعة عامة [3]

ثالثاً: رغبة الاطراف في استمرارية العقد في حالة القوة القاهرة

يعد من الضوابط المهمة التي يجب مراعاتها من قبل هيئة التحكيم عند التعامل مع حالة القوة القاهرة ، والتي تميز التحكيم في العقود الدولية من غيرها من العقود ضرورة الحرص على استمرارية تنفيذ العقد وتأمين مصيره ، فإذا كانت التشريعات الداخلية تقضي بانفساخ العقد على اثر تحقيق القوة القاهرة ، فإن هذا الامر لا يتماشى مع طبيعة العقود الدولية ، التي تتميز بحرص اطرافه على استمراره حتى في حالة القوة القاهرة ، حيث لا تقف رغبتهم عند انهاء الرابطة العقدية ، ولكن تمتد الي الابقاء على العقد

[1] د عصام الدين القصبي- المرجع السابق ص 164

[2] Paul E Mason and Mauricio gomm – santos new keys to arbitration in latin America op cit.p 32

[3] د علاء التميمي عبده المرجع السابق ص13 وما يليها

من خلال محاولة توفيقه مع المتغيرات المستجدة ، من خلال منح المدين مهلة اضافية لتنفيذ التزاماته التعاقدية او التخفيف من الالتزامات المحمل بها .

ولعلى تسوية الوضع على هذ النحو لن يتسنى الا عن طريق التحكيم دون غيره من الوسائل الاخرى ، حيث ان مثل هذه المنازعات لا تتسم بالندية التي تشهدها ساحة القضاء العادي ، بل تتسم بالسعي الى راب الصدع و التوفيق من اجل إعادة التوازن بين المراكز القانونية لأطراف العقد بما يخدم استكمال مسيرته[1] .

من خلال ما تقدم تبدو خصوصية التحكيم في التعامل مع هذا الامر ، نظرا لإلمام المحكم بالتفاصيل الفنية الخاصة بحالة القوة القاهرة، وتمكينه من ادراك هذه الحالة من عدمها، ومدى تأثيرها على إمكانية تنفيذ الالتزامات العقدية ، ومحاولة الحد من اثارها على استمرار العقد من خلال السعي لتوفيق الى اعادة التوازن العقدي بما يتلاءم مع الاحداث الجديدة ، الامر الذي يبرز خصوصية التحكيم وملاءمته لواقع العقود الدولية ولغيات اطرافه .

[1] د عصام الدين القصبي المرجع السابق ص 164

خلاصة الفصل

من خلال ما تقدم في هذا الفصل يبدو ان مال العقود الدولية في حالة القوة القاهرة تتجه الى اربعة حالات .

فقد يلجأ اطراف العقد الى انحلال الرابطة العقدية بمجرد حدوث القوة القاهرة وهذا ما اخدت به غالبية التشريعات الوطنية بما فيها العربية منها ، وخاصة في حالة الاستحالة دائمة ، اما اذا كانت الاستحالة مؤقته فان مصير العقد هو التعليق او الوقف الى حين زوال العايق الذي حال دون تنفيذ الالتزامات العقدية .

الا ان رغبة اطراف العقود الدولية في تأمين مصير العقد و نيتهم في استمرارية هذا النوع من العقود ونظرا للطبيعة الخاصة لها ، في غالب الاحيان يلجأ الاطراف الى اعادة النظر في الالتزامات التعاقدية ، من خلال فكرة او شرط إعادة التفاوض ، وتوازن العقد .فقد ينظم هذ الشرط من البداية ضمن الشروط التعاقدية عند صياغة بنود العقد من خلال التنظيم الاتفاقي للقوة القاهرة ، او يتم الاتفاق على إعادة التفاوض بعد حدوث القوة القاهرة .

الا انهم في كثر من الاحيان قد لا يفلحون في إعادة التوازن للالتزامات التعاقدية من خلال فكرة إعادة التفاوض ، ففي هذه الحالة لا مفر لهم الا التحكيم ، فالتحكيم يعتبر الوسيلة السهلة وربحا للوقت من اجل اعادة التوازن للعقد حسب الواقع الجديد الذي فرضته القوة القاهرة .

ومن هذا نقول ان المفهوم الحديث للقوة القاهرة يتجلى في فكرة إعادة التفاوض و التحكيم في حالة القوة القاهرة .

الخاتمة

خلاصة لبحثنا لموضوع أثار القوة القاهرة في العقود الدولية، هذه القوة القاهرة التي تهدد مصير العقد ، خلصنا الي عدة نتائج و مقترحات

اولا :النتائج

تتميز القوة القاهرة في العقود الدولية بأن لها مفهومين.

المفهوم الاول هو المفهوم التقليدي السائد في التشريعات الوطنية والذي استمدته من القانون الروماني، و يقصد بالقوة القاهرة حسب هذا المفهوم انها الحادث الذي يستحيل على المتعاقدين توقعه والذي يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزامات محل التعاقد بشرط أن تكون هذه الاستحالة غير متوقعة ولا يمكن دفعها ، و ان لها شروط لا تخرج عموما عن شروط السبب الاجنبي و الذي تعد القوة القاهرة احد صوره ، فإصباغ الحدث بوصف القوة القاهرة يجب ان يكون اجنبيا عن ارادة المدين ، و غير ممكن التوقع ولا يمكن دفعه . حيث يصبح معها التنفيذ مستحيلاً استحالة مطلقة ، فلا يكفي ان يكون التنفيذ مرهقاً او صعبا ، حيث ينظم هذا المفهوم ما تنتجه القوة القاهرة من تأثير سلبي على مصير العقد على نجو لا يسمح بالاستمرار في تنفيذه ويترتب على وقوع هذا الحدث فسخ العقد بقوة القانون وانتفاء مسؤولية المدين.

اما المفهوم الثاني فهو مفهوم ولد في كنف عقود التجارة الدولية من خلال التنظيم الاتفاقي للقوة القاهرة حيث تدرج هذه الشروط التعاقدية في عقود التجارة الدولية . وهو مفهوم اكثر مرونة من المفهوم التقليدي ، يطلق عليه المفهوم الحديث للقوة القاهرة .ونظرا للأهمية الاقتصادية للعقود الدولية و الحاجة الماسة إلى تأمين تنفيذ العقد الدولي , والرغبة الصادقة لأطراف العقد في تجنب اثر القوة القاهرة بمفهومها التقليدي دفع بهم الي تبني مفهوما اكثر استجابة لمتطلبات العقود الدولية وذلك من خلال إضفاء نوع من المرونة على الشروط الواجب توفرها في القوة القاهرة وفقا للمفهوم التقليدي ، كما أصبح الأطراف يميلون إلى مراجع أحكام العقد على نحو يضمن الاستمرار في تنفيذ العقد ولا ينتظرون حتى زوال حدث القوة القاهرة من اجل تنفيذ التزاماتهم.

وبما أن أحكام القوة القاهرة ليست من النظام العام، يجوز الاتفاق على مخالفتها بل ذهبوا إلى ابعد من ذلك حيث أصبحوا ينظمون أحكام القوة القاهرة مسبقا وهذا ما يطلق علية بالتنظيم الاتفاقي للقوة القاهرة لتفادي آثارها و النزاعات التي يمكن ان تنشب عنها.

اما من ناحية الاثار التي ترتبها القوة القاهرة مال العود الدولية المتأثرة لها ، فلم تعد القوة القاهرة تؤدي الى حل الرابط العقدية بانفساخ العقد وانتفاء مسؤولية المدين كما هو معمول به في التشريعات الوطنية، وانما اصبح لها اثر واقف يؤدي الى وقف تنفيذ العقد فترة من الزمن ، يتقبل فيها الاطراف من جديد لإعادة التفاوض في العقد بهدف تعديل احكامه بشكل يمكن الاطراف من تنفيذ التزاماتهم و الاستمرار في تنفيذ العقد ، و انقاذه من الزوال .

بل ذهبوا الى ابعد من ذلك ، فحتى وان فشلت المفاوضات فانهم لا يقفون عند هذا الحد ، فيذهبون الى التحكيم من اجل اعادة التوازن للعقد من خلال هيئة يتم التحكم لها للفضل في هذ النزاع .

ثانياً: المقترحات

نقد بعض الاقتراحات الى المتعاملين في الميدان العقود الدولية سواء كانوا الاطراف او المساهمين في صياغة هذه العقود من خبراء وقانونيين ، اذ نرى ضرورة الأخذ بها عند قيامهم بصياغة القوة القاهرة في عقودهم ويمكن اجمال هذه المقترحات بالاتي:

1- صياغة شرط القوة القاهرة ، بدقة ووضوح ، مما لا يترك مجالاً للشك عند تطبيق ذلك الشرط في حالة القوة القاهرة . ويتم ذلك من خلال التوسع في تعريفها بحيث تشمل جميع الاحداث التي يحتمل وقوعها ، والتي تؤثر على تنفيذ الالتزامات العقدية .

2- ان يحدد بشكل صريح درجة تأثير القوة القاهرة على تنفيذ الالتزامات العقدية ، ما إذا كان هذا الاثر استحالة مطلقة في التنفيذ وان يحدد الاطراف معنى الاستحالة المطلقة من وجهة نظرهم، هل تعنى الاستحالة الموضوعية المطلقة بمفهومها التقليدي ام انها تعنى عدم امكانية المدين تخطى نتائج القوة القاهرة ولو ببذل جهد معقول يحددونه في العقد .

3- ان يشمل اتفاقهم تنظيم لأحكام الوقف او تعليق العقد ، واعادة التفاوض ، ومن ثمة التحكيم في الخلافات التي قد تنشأ جراء القوة القاهرة.

4- مشاركة رجال القانون المتخصصون في عملية صياغة العقود الدولية و اثناء المفاوضات التي تسبق العقد و كذلك اثناء اعادة التفاوض و الرجوع اليهم لاحد مشورتهم ، نظرا لما يتمتعون به من دراية كافية بأحكام القانون و بفن الصياغة القانونية السليمة ، مما يجعل الصياغة تأتي على النحو الذي يحقق مصلحة الطرفين ويعبر عن ارادتهم الحقيقية .

5- الصياغة النموذجية لشرط التحكيم و التي تراعى كافة الاحتمالات و توضح الخطوات التفصيلية لسير التحكيم وتحديد السلطة الممنوحة للهيئة المكلفة بالفصل في النزاع ، لان الاتفاق على التحكيم كلما كان واضحاً مفصلاً ، تقلصت السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في البحث عن حلول قد لا تتفق مع الرغبة الحقيقية للأطراف.

قائمة المصادر و المراجع

أولا: النصوص القانونية

أ – الدساتير

1–دستور 1996 الصادر بالمرسوم الرئاسي(96–483)المؤرخ في 07 فيفري 1996 المتعلق fتعديل الدستور الموافق عليه بموجب استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد09، الصادرة بتاريخ 28 نوفمبر 1996.

ب– القوانين و الأوامر

1–الامر رقم 75–58 المؤرخ في 26 –09–1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم.

2– القانون رقم 05–07 مؤرخ في 28 افريل 2005 يتعلق بالمحروقات ج ر عدد 50 الصادرة بتاريخ 19 يوليو 2005

ج– قوانين لدول أجنبية

3–مجلة الالتزامات والعقود التونسية نسخة محينه مصادق عليها من طرف المجلس الوطني لتنظيم الاحكام التشريعية و الترتيبية الجاري بها العمل وفقا للقون عدد 87 لسنة2005 المؤرخ في 15 اوت 2005

4–قانون الإلتزامات والعقود المغربية ظهير 12 اغسطس 1913 صيغة محينه بتاريخ 18 2016/04

5– Ordonnance n° 2016–131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le Rapport au Président de la République qui accompagne l’ordonnance du 10 février 2016.Code civil Français

المتضمن القانون المدني الفرنسي منشور على الموقع الالكتروني

https://www.legifrance.gouv. تاريخ التصفح 2018/04/29 اخر تعديل بتاريخ 03 جانفي 2018

6- القانون 131 لسنة 1948 المتعلق بإصدار القانون المدني المصري بتاريخ 16 يوليو 1948

7- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951

8- القانون المدني الكويتي

د- الاتفاقيات

9- مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص المتعلقة بالعقود التجارية الدولية- المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص - الطبعة الثالثة - روما 2003

10- اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع - لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي - نيويورك 2011

11- ICC Force Majeure clause 2003- ICC Hardship clause 2003 ICC publication no 650

12- FIDIC Contracts, Red book, General Conditions, 1999

ثانيا: المؤلفات

أ- الكتب

1- خالد محمد القاضي- موسوعة التحكيم التجاري الدولي -الطبعة الاولى - دار الشروق - القاهرة - 2003

2- شريف محمد غانم- أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية- مطبعة الفجر الوطنية - دبي الطبعة الاولي- 2010

3- عادل جبري محمد حبيب - المفهوم القانوني لرابطة السببية و انعكاساته في توزيع المسؤولية المدنية - دراسة مقارنة بأحكام الفقه الاسلامي - دار الفكر الجامعي- الاسكندرية -2003

4- عبد الرحمان الجزيري - الفقه على المذاهب الأربعة - ج 2 دار الفجر للتراث -القاهرة ط 1 2000

5- عبد الرزاق أحمد السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني -الجزء الأول -دار إحياء التراث العربي- بيروت

6- عبد الرزاق أحمد السنهوري –نظيرة العقد- منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت –لبنان- الطبعة – الثانية 1998

7- عبد المنعم حسون عنوز – شرط القوة القاهرة في العقود الدولية ب د ن – كتاب منشور في موقع المكتبة القانونية العربية https://www.bibliotdroit.com بتاريخ 18-01- 2018

8- عصام الدين القصبي- خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار –دار النهضة العربية 1993

9- فوزي محمد سامي – التحكيم التجاري الدولي – دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان 1992

10- محمد الزين النظرية العامة للإلتزام الطبعة الثانية تونس 1997

11- محمد بن احمد بن رشد القرطبي –بداية المجتهد ونهاية المقتصد الطبعة الاولى – دار احياء التراث العربي –بيروت لبنان 1997

12- محمد حسين منصور العقود الدولية دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية

13- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، دار الهدى، طبعة 2004، الجزء الأول

14- مصطفى عبد السيد الجارحي فسخ العقد الطبعة 3 دار النهضة العربية القاهرة

15- منذر الفضل الوسيط في شرح القانون المدني دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و القوانين المدنية العربية و الاجنبية معززة باراء الفقه و احكام القضاء دار ئاراس للطباعة و النشر اربيل كردستان العراق 2005

16- هشام خالد – ماهية العقد الدولي دار الفكر الجامعي الاسكندرية 2003

ب-الرسائل والمذكرات العلمية

رسائل الدكتوراه

1- شبة سفيان – عقد البيع الدولي – رسالة دكتوراه في القانون الخاص –كلية الحقوق جامعة تلمسان 2011-2012

2- صفاء تقي عبد النور العيساوي القوة القاهرة و أثرها في عقود التجارة الدولية دراسة مقارنة مذكرة دكتوراه جامعة الموصل العراق 2005

3- مروك احمد –شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية – رسالة الدكتوراه كلية الحقوق جامعة الجزائر 2014-2015

4- هني عبد اللطيف – حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد –رسالة الدكتوراه في القانون العام كلية الحقوق جامعة تلمسان 2015-2016

<u>رسائل الماجستير</u>

5- عبد الهادي فهد علي الجفين – أثر القوة القاهرة على العقد في نطاق المسئولية والرابطة العقدية ودور الإرادة في تعديل الأثر المترتب عليها- دراسة مقارنة- مذكرة الماجيستير – جامعة الكويت – 1998-1999

6- منار عمر حامد الصدر –انفساخ العقد في الفقه الاسلامي رسالة ماجستير- قسم الفقه و التشريع بكلية الدراسات العليا- نابلس –فلسطين 2003

<u>رسائل الماستر</u>

7- بن طبال جهيدة – شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار الدولية – مذكرة ماستر أكاديمي قانون علاقات دولية خاصة –كلية الحقوق جامعة قصدي مرباح- ورقلة 2016-2017

8- جدي نسيمة – القوة القاهرة في القانون المدني الجزائري –مذكرة تخرج لنيل المدرة العليا للقضاء دفعة 2005-2008 –المدرسة العليا للقضاء الجزائر

9- عثماني وهيبة –دور المنظمات التجارية الدولية في توحيد قواعد قانون التجارة الدولية– مذكرة ماستر –جامعة سعيدة 2014-2015

ثالثا : الدوريات والمقالات

1- ايناس هاشم رشيد و وعود كاتب الانباري –التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار – مجلة رسالة الحقوق كلية القانون جامعة كربلاء – السنة السابعة العدد الاول 2015

2- حسين الدوري –عقود التجارة الدولية ومنازعاتها (العادية و الالكترونية) و منازعاتها –خلال ندوة "التوقيع الالكتروني وحجيته في الاثبات فاليتا–جمهورية مالطا 2006

3- حكم الغرفة التجارية للمحكمة العليا بتاريخ 11 جوان 1990 الملف رقم 65920 مجلة قضائية عدد 2 لسنة 1991

4- سامي محمد عبد العال –دور القضاء و التحكيم الدولي في تسوية منازعات الاستثمار –بحث مقدم الى مؤتمر كلية الحقوق –جامعة طنطا مصر في 29–الى 30 /2015/04

5- سمير حامد عبد العزيز الجمال –القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك – مجلة الشريعة و القانون –كلية القانون جامعة الامارات العربية المتحدة السنة26 العدد 52 اكتوبر 2012

6- عبد الحكيم حجامي ، مصطفى هرندو ، خالد كيثا القوة القاهرة بين التشريع والقضاء المغربي والمقارن مجلة العلوم القانونية المغرب بتاريخ 21 مارس 2018

7- علاء التميمي عبده – دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار مجلة الشريعة و القانون كلية القانون جامعة الامارات العربية المتحدة السنة 29 العدد 62 افريل 2015

8- قرار المحكمة العليا،01.07.1981،المجلة القضائية،1982،عدد خاص،

9- قرار المحكمة العليا،02.06.1991،المجلة القضائية،1993،ج2،

10- محمود محمد يقوت – معايير دولية العقد – مجلة روح القانون –كلية الحقوق – جامعة طنطا العدد 20 سنة 2000

11- مصطفى عبد الغني عبد اللا القوة القاهرة في قضاء محكمة النقض المصرية

12- هيئة تحرير مجلة القانون والأعمال المغربية بتاريخ 18 جـــانفي 2018

رابعاً: المراجع باللغة الاجنبية

1- HARRY Flickner -United Nations Audiovisual Library of International Law

2- JEAN Robert - L'arbitrage, droit interne , droit international privé Dalloz PARIS 6 édition

3- MARCEL Fontaine Droit de contrats internationaux - Analyse et rédaction des clauses FEC 2ème édition 1989 p 251

4- MELIS Werner, force majeure and hardship clauses in international commercial contract in view of the practices of the ICC court of arbitration, ij.int't ard 1984
كتاب الكتروني https://www.trans-lex.org بتاريخ 2018/04/13

5- OLIVR Dauzen -Contrats commerciaux en français et en anglais: 40 modèles prêts à l'emploi. Cd-Rom offert. Broché – 1 juillet 2010 p35
كتاب الكتروني من موقع http://www.fimaktabati.dz بتاريخ 2014/04/14-

6- OPPETIT Bruno, L'Adaptation des Contrats Internationaux aux Changement de Circonstances: La Clause de Hardship , 101 Clunet 1974, p 794 et seq..
كتاب الكتروني مأخوذ من موقع https://www.trans-lex.org بتاريخ 2018/04/13

7- PAUL E Mason and Mauricio gomm – santos new keys to arbitration in latin America op cit.

خامساً : المواقع الالكترونية

1- https://www.trans-lex.org
2- http://www.fimaktabati.dz
3- https://www.bibliotdroit.com
4- https://www.legifrance.gouv
5- https://iccwbo.org

الفهرس

العنوان	الصفحة
مقدمة	**06-01**
الفصل الأول: التنظيم القانوني للقوة القاهرة في العقود الدولية	**43 -07**
المبحث الأول: مفهوم القوة القاهرة في العقود الدولية	**30 -08**
المطلب الأول: تعريف القوة القاهرة و شروطها	08
الفرع الأول: تعريف القوة القاهرة	08
اولاً: التعريف التشريعي للقوة القاهرة	09
ثانياً: التعريف الفقهي للقوة القاهرة	10
ثالثاً: التعريف القضائي للقوة القاهرة	10
رابعاً: تعريف القوة القاهرة حسب الهيئات الدولية	11
خامساً: تعريف الفقه الاسلامي للقوة القاهرة	12
الفرع الثاني: شروط القوة القاهرة	13
اولاً : عدم امكانية التوقع	13
ثانياً : غير ممكنة الدفع	18
ثالثاً: خارجية حادث القوة القاهرة.	21
المطلب الثاني : انواع القوة القاهرة و تمييزها عن عما يشتبه بها	24
الفرع الاول : انواع القوة القاهرة	24
الفرع الاول : تمييز القوة القاهرة عن النظم المشابهة لها	26
أولاً: تمييز القوة القاهرة عن الظروف الطارئة	26
ثانياً: تمييز القوة القاهرة عن الحادث المفاجئ	29
المبحث الثاني : المفهوم الحديث للقوة القاهرة	**41 -31**
المطلب الأول: اسباب التوسع في مفهوم القوة القاهرة	32
الفرع الأول: الطبيعة الخاصة للعقود الدولية	32
اولاً: الاهمية الاقتصادية للعقود الدولية	32
ثانياً:الطبيعة الخاصة لأطراف العقود الدولية	33
الفرع الثاني: اتساع مجال الحريات التعاقدية	35

اولاً: الاتفاق على تحمل المدين لتبعية القوة القاهرة	36
ثالثاً:الاتفاق على إعفاء طرفي العقد من المسؤولية	36
المطلب الثاني: التنظيم الاتفاقي للقوة القاهرة	38
الفرع الاول : تنظيم شرط القوة القاهرة	38
الفرع الثاني : صياغة بند القوة القاهرة	39
ملخص الفصل الأول	**42**
الفصل الثاني: مآل العقود الدولية بفعل القوة القاهرة	44- 80
المبحث الاول: تأثر وجود العقد الدولي بالقوة القاهرة	**45- 65**
المطلب الاول : انفساخ العقد بسبب القوة القاهرة	46
الفرع الاول : مفهوم انفساخ العقد	46
اولاً: تعريف انفساخ العقد	46
ثانياً: تمييز انفساخ العقد عن فسخ العقد	48
ثالثاً: الطبيعة القانونية للانفساخ	48
رابعاً: شروط الانفساخ	49
الفرع الثاني : آثار الانفساخ العقد	51
اولاً: انتفاء مسؤولية المدين	51
ثانياً: انحلال العقد	52
ثالثاً: حق الاسترداد أو رجعية أثر الانفساخ	52
رابعاً: امتناع الحكم بالتعويض	53
خامساً: أثر تحمل التبعية (تبعية الهلاك)	54
المطلب الثاني: وقف تنفيذ العقد	56
الفرع الأول: مفهوم وقف تنفيذ العقد وطبيعته القانونية	56
أولا : تعريف وقف تنفيذ العقد	56
ثانيا : الطبيعة القانونية لوقف تنفيذ العقد	57
ثالثا: الأساس القانوني لوقف تنفيذ العقد	59
الفرع الثاني :أحكام وقف تنفيذ العقد	61
أولا : آثار وقف تنفيذ العقد	62
ثانيا : انتهاء وقف تنفيذ العقد	64

المبحث الثاني: التسوية القانونية للمنازعات الناجمة عن القوة القاهرة	66-79
المطلب الاول : إعادة التفاوض	67
الفرع الاول : مفهوم إعادة التفاوض	67
اولاً: المقصود بشرط بإعادة التفاوض	67
ثانياً: مبررات استحداث فكرة إعادة التفاوض	69
الفرع الثاني: اثار إعادة التفاوض	70
اولاً: وقف تنفيذ العقد	71
ثانياً: اعادة النظر في التزامات العقدية	72
ثالثاً: الاتفاق الجديد	72
رابعاً: التحكيم كنتيجة لفشل اعادة التفاوض	72
المطلب الثاني: التحكيم في منازعات القوة القاهرة	74
الفرع الاول :سلطة هيئة التحكيم في التعامل مع منازعات القوة القاهرة	75
اولا: الاتفاق باختصاص هيئة التحكيم بالفصل في المنازعات الناشئة عن القوة القاهرة	75
ثانياً: الاتفاق باختصاص هيئة التحكيم بكفة المنازعات الناشئة عن العد	76
الفرع الثاني : ضوابط التحكيم في حالة القوة القاهرة	77
اولاً :الطابع الفني لحدث القوة القاهرة	77
ثانياً: دور التحكيم في مواجهة الاعمال السيادية	78
ثالثاً: رغبة الاطراف في استمرارية العقد في حالة القوة القاهرة	78
ملخص الفصل الثاني	**80**
الخاتمة	**81**
قائمة المصادر والمراجع	**84**
فهرس المحتويات	**90**
ملخص	**93**

ملخّص :

تحظى القوة القاهرة كحدث يتعرض لأهم مرحلة من حيات العقد الا وهي مرحلة التنفيذ ، باهتمام تشريعي واسع على الصعيدين الداخلي و الدولي ، من خلال دراستنا للقوة القاهرة واثارها على العقود الدولية خلصنا إلى أنه للقوة القاهرة مفهومين مختلفين المفهوم التقليدي و الذي تعتمده اغلب التشريعات الوطنية و الذي تعود أصوله إلى القانون الروماني و يقصد بالقوة القاهرة حسب هذا المفهوم انها الحادث الذي يستحيل على المتعاقدين توقعه والذي يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزامات محل التعاقد بشرط أن تكون هذه الاستحالة غير متوقعة ولا يمكن دفعها ، و ان لها شروط لا تخرج عموما عن شروط السبب الاجنبي و الذي تعد القوة القاهرة احد صوره ، فإصباغ الحدث بوصف القوة القاهرة يجب ان يكون اجنبيا عن ارادة المدين ، و غير ممكن التوقع ولا يمكن دفعه . حيث يصبح معها التنفيذ مستحيلاً استحالة مطلقة ، فلا يكفي ان يكون التنفيذ مرهقاً او صعبا ، حيث ينظم هذا المفهوم ما تنتجه القوة القاهرة من تأثير سلبي على مصير العقد على نجو لا يسمح بالاستمرار في تنفيذه إلا أن الأهمية الاقتصادية للعقود الدولية و الحاجة الماسة إلى تأمين تنفيذ العقد الدولي , والرغبة الصادقة لأطراف العقد في تجنب اثر القوة القاهرة بمفهومها التقليدي دفع بهم الي تبني مفهوما اكثر استجابة لمتطلبات العقود الدولية وذلك من خلال إضفاء نوع من المرونة على الشروط الواجب توفرها في القوة القاهرة وفقا للمفهوم التقليدي ، كما أصبح الأطراف يميلون إلى مراجع أحكام العقد على نحو يضمن الاستمرار في تنفيذ العقد ولا ينتظرون حتى زوال حدث القوة القاهرة من اجل تنفيذ التزاماتهم.

وبما أن أحكام القوة القاهرة ليست من النظام العام، يجوز الاتفاق على مخالفتها بل ذهبوا إلى ابعد من ذلك حيث أصبحوا ينظمون أحكام القوة القاهرة مسبقا وهذا ما يطلق علية بالتنظيم الاتفاقي للقوة القاهرة لتفادي آثارها و النزاعات التي يمكن ان تنشب عنها.

و يبدو ان مال العقود الدولية في حالة القوة القاهرة تتجه الى اربعة حالات. فقد يلجأ اطراف العقد الى انحلال الرابطة العقدية بمجرد حدوث القوة القاهرة وهذا ما اخدت به غالبية التشريعات الوطنية بما فيها العربية منها ، وخاصة في حالة الاستحالة دائمة ، اما اذا كانت الاستحالة مؤقته فانهم مصي العقد هو التعليق و القف الى حين زوال العايق الذي حال دون تنفيذ الالتزامات العقدية .

الا ان رغبة اطراف العقود الدولية في تأمين مصي العقد و نيتهم في استمرارية هذا النوع من العقود ونظرا للطبيعة الخاصة لها ، في غالب الاحيان يلجأ الاطراف الى اعادة النظر في الالتزامات التعاقدية ، من

خلال فكرة او شرط إعادة التفاوض ، وتوازن العقد .فقد ينظم هذ الشرط من البداية ضمن الشروط التعاقدية عند صياغة بنود العقد من خلال التنظيم الاتفاقي للقوة القاهرة ، او يتم الاتفاق على إعادة التفاوض بعد حدوث القوة القاهرة .

الا انهم في كثر من الاحيان قد لا يفلحون في إعادة التوازن للالتزامات التعاقدية من خلال فكرة إعادة التفاوض ، ففي هذه الحالة لا مفر لهم الا التحكيم ، فالتحكيم يعتبر الوسيلة السهلة وربحا للوقت من اجل اعادة التوازن للعقد حسب الواقع الجديد الذي فرضته القوة القاهرة .

الكلمات المفتاحية: القوة القاهرة ؛ العقد الدولي ؛ اعادة التفاوض، وقف العقد؛ انفساخ العقد.

Résumé:

Force majeure, comme un événement, est l'étape la plus importante des pouvoirs de la Décennie, à savoir, la phase de mise en œuvre, le large intérêt législatif interne et international. Par notre étude de force majeure et ses implications pour des contrats internationaux a conclu que les concepts de force majeure sont différents du concept traditionnel et ont adopté par la plupart de législation nationale et qui avait ses origines dans le Droit romain et a eu l'intention à force majeure comme ce concept à que l'accident, lequel impossible pour des entrepreneurs attend, lequel mène à l'impossibilité de mise en oeuvre des engagements conformément au contrat à condition qu'une telle IMPOSSIBILITÉ inattendue et peut être est payé, et les conditions qui ne viennent pas généralement des conditions du change. C'est la raison à force majeure l'événement, une des formes et comme doit force majeure être un étranger pour la volonté du débiteur Et Pas l'Espérance Possible et ne peut pas être payée. Où cela devient la mise en oeuvre impossible de l'absolu, il n'est pas suffisant que l'exécution être encombrant ou difficile, où ce concept est produit par force majeure de l'impact négatif sur le destin de la décennie sur l'ONG, ne permet pas de continuer dans sa mise en oeuvre, mais l'importance économique de contrats internationaux et le besoin urgent d'assurer la mise en œuvre de la décennie Internationale. Le désir sincère des partis au contrat pour éviter l'impact de sens force majeure traditionnel et la contrainte d'eux, pour adopter un concept plus sensible aux exigences des contrats internationaux par une sorte de flexibilité aux conditions à être respecté conformément au concept traditionnel de force majeure. Il est aussi devenu des partis ont tendance aux références aux dispositions du contrat pour assurer la continuité dans la mise en œuvre du contrat et n'attendant pas jusqu'à la fin de force majeure l'événement pour la mise en œuvre de leur Engagements.

Avoir les dispositions de force majeure sont pas du système général, l'accord peut être une violation, mais ils sont allés autant qu'à où ils organisent les dispositions de force majeure à l'avance et c'est ce que la force réglementaire conventionnelle prétendue Caire pour éviter leurs effets et les conflits qui peuvent surgir.

Il semble que de l'argent de contrats internationaux dans le cas de force majeure à quatre cas. Les partis au contrat pourraient recourir à la dissolution de l'association nodale une fois la présence de force majeure c'est souligné par la majorité de législation nationale, y compris des Pays arabes, particulièrement dans le cas d'impossibilité permanente, si l'impossibilité est provisoire, ils milliard de livres égyptiennes la Décennie est le commentaire et Al-quff jusqu'au PIED-D'ALOUETTE, qui a empêché la mise en oeuvre d'engagements et des obligations contractuelles.

Mais le désir des partis aux contrats internationaux dans la garantie de milliard de contrat de livres égyptien et leur intention dans la continuité de ce type de contrats, en vue de la nature spéciale, souvent les partis avaient le recours à un examen des obligations contractuelles, par l'idée ou l'exigence pour être en pourparlers et l'équilibre du compte, réglementant cette exigence depuis le début dans les conditions contractuelles en rédigeant les articles de contrat par le règlement, conventionnel force majeure, ou ont consenti à renégocier après la présence de force majeure.

Mais ils le ne prospèrent plus souvent pas dans la reconstitution de l'équilibre des obligations contractuelles par l'idée de renégociation, dans ce cas l'inévitable, mais à l'arbitrage, l'arbitrage est la façon facile et rentable de temps pour reconstituer l'équilibre de la décennie, selon la nouvelle réalité imposée par force majeure.

Mots clés: force majeure, contrat international, renégociation, suspension de contrat

Summary:

Force majeure, as an event, is the most important step of the powers of the Decade, namely, the implementation phase, the broad domestic and international legislative interest. By our study of force majeure and its implications for international contracts concluded that the concepts of force majeure are different from the traditional concept and adopted by most national legislation and which had its origins in Roman law and intended force majeure as this concept to that the accident, which impossible for

entrepreneurs expects, which leads to the impossibility of implementation of the commitments in accordance with the contract provided that such IMPOSSIBILITY unexpectedly and can be paid, and the conditions that do not generally come from exchange conditions. This is the reason force majeure event, one of the forms and as must force majeure to be a stranger to the debtor's will and not possible hope and can not be paid. Where this becomes the impossible implementation of the absolute, it is not enough that the execution be cumbersome or difficult, where this concept is produced by force majeure of the negative impact on the destiny of the decade on the NGO, does not allow to continue in its implementation, but the economic importance of international contracts and the urgent need to ensure the implementation of the International Decade. The sincere desire of the parties to the contract to avoid the impact of traditional force majeure and the constraint of them, to adopt a concept more sensitive to the requirements of international contracts by a kind of flexibility to the conditions to be respected in accordance with the traditional concept of force majeure. It has also become parties tend to references to the provisions of the contract to ensure continuity in the implementation of the contract and not waiting until the end of force majeure event for the implementation of their Commitments.

Having the force majeure provisions are not the general system, the agreement may be a violation, but they went as far as where they arrange the force majeure provisions in advance and this is what the conventional regulatory force allegedly Cairo to avoid their effects and the conflicts that may arise.

It seems that money from international contracts in the case of force majeure to four cases. The parties to the contract could resort to the dissolution of the nodal association once the presence of force majeure is emphasized by the majority of national legislation, including Arab countries, especially in the case of permanent impossibility, if the impossibility is provisional, they billion Egyptian pounds the Decade is the comment and Al-quff up to FOOT-OF-ALOUETTE, which prevented the implementation of commitments and contractual obligations.

But the desire of parties to international contracts in the guarantee of billion Egyptian contract book and their intention in the continuation of this

type of contracts, for the special nature, often the parties had recourse to a review of contractual obligations, by the idea or requirement to negotiate and balancing the account, regulating this requirement from the beginning in the contractual terms by drafting the contract articles by the regulation, force majeure, or have agreed to renegotiate after the presence of force majeure.

But they do not often prosper in restoring the balance of contractual obligations by the idea of renegotiation, in this case the inevitable, but in arbitration, arbitrage is the easy and cost-effective way of time for restore the balance of the decade, according to the new reality imposed by force majeure.

Key words: force majeure; international contract; Hardship ; suspension of contract;