الجامعة العربية الأمريكية – جنين

كلية الدراسات العليا

دور نظرية المشقة "hardship" في حفظ توازن العقد في التجارة الدولية

إعداد

إبراهيم خالد عبد يحيى

إشراف

د. يوسف شندي

تم تقديم هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في تخصص القانون التجاري

آب / 2017

©الجامعة العربية الأمريكية– جنين 2017. جميع حقوق الطبع محفوظة.

دور نظرية المشقة "hardship" في حفظ توازن العقد في التجارة الدولية

إعداد

إبراهيم خالد عبد يحيى

نوقشت هذه الرسالة وأجزت بتاريخ : / /2017م.

أعضاء لجنة المناقشة		**التوقيع**
الدكتور يوسف الشندي	مشرفاً ورئيساً	.....
الدكتور محمود سلامة	ممتحناً داخلياً	.....
الدكتور غسان خالد	ممتحناًخارجياً	.....

الإقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة الموسومة:

دور نظرية المشقة "hardship" في حفظ توازن العقد في التجارة الدولية

أقر بأن ما اشتملت عليه الرسالة إنما هو نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وإن هذه الرسالة ككل، أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أية درجة علمية أو بحث لدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

The work Provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has been submitted elsewhere for any other degree or qualification.

Student's name: الطالب: اسم

....

Signature: التوقيع:

....

الإهداء

إلى أبي .. و قد تقصر الكلمة عن بلوغ المعنى..

إلى أمي .. وقد تغني الكلمة عن المعنى ..

الشكر والتقدير

الشكر الجزيل للدكتور الفاضل يوسف شندي مشرف رسالتي الذي أخذ بيدي إلى طريق العلم من بابه الواضح حين اختلطت أبوابه، وأذكى عقلي بحقيقة البحث العلمي حين تعددت أساليبه، فجزاه الله عني خير الجزاء.

والشكر للأساتذة الأفاضل الدكتور غسان خالد والدكتور محمود سلامة اللذان بذلا جهدا مشكورا في قراءة هذا العمل المتواضع والتعليق عليه بملاحظات قيمة ليخرج بصورته النهائية، وكان لي شرف مناقشتهم رسالتي فلهم جزيل الامتنان.

والشكر كذلك للدكتور الفاضل بشار دراغمة عميد كلية الحقوق في الجامعة العربية الأمريكية الذي لم يأل جهدا في سبيل أن يرى هذا العمل النور، ولكل من ساهم في إنجاز هذا العمل المتواضع جزيل العرفان.

الملخص

تؤثر الظروف المحيطة بالعقد التجاري الدولي على التزامات الأطراف، فقد يصبح التزام أحدهم مرهقا ويكلفه مشقة لم تكن بالحسبان وقت التعاقد لو لم تطرأ تلك الظروف، وإذا كان العقد الوطني معرضا لمثل هذه الظروف، إلا أن العقد التجاري الدولي له خصوصيته، فضخامته المالية والاقتصادية وأثره في اقتصاديات الدول يجعل تأثير هذه الظروف المتغيرة أكبر، ويستوجب معالجة مختلفة، ولذا عرف الأطراف "شرط إعادة التفاوض" ابتداء في عقودهم، ثم ما لبث أن استقر في مبادئ اليونيدروا ولكن بموجب نظرية متكاملة عرفت ب "hardship"، هذه النظرية نصت على إعادة التفاوض واجبا بين الأطراف ابتداء حين تتغير ظروف العقد ومعطياته بما يشكل إرهاقا لأحد الأطراف، بحيث يسعون من خلال التفاوض إلى رفع المشقة بإعادة التوازن للعقد ووضع التزامات الأطراف على قدم المساواة، مع عدم ضمان رفع كل الخسارة التي قد تقع بأحدهما، إنما هو وسيلة لرأب صدع العقد والأخذ بيد المدين المتضرر من تغير الظروف بالقدر الذي يكفل استمرار العقد خوف انهياره، فالانهيار لا يرغبه أطراف العقد التجاري الدولي ذي التكاليف الكبيرة والآثار المهمة .

وميزة نظرية الهاردشيب أنها تستأخر تدخل القضاء إلى ما بعد دور الأطراف الاتفاقي في التوصل لإعادة التوازن، فإذا كان دور القضاء الدور الرئيس في نظريات الظروف الطارئة التقليدية، فإن الدور الرئيس في نظرية الهاردشيب وفق المبادئ منوط بأطراف العقد، فهم الأخبر بظروف العقد التجاري الدولي، والأحرص على الحل العادل المرضي الذي يبقي العقد متوازنا محققا العدالة المتوخاة، فمن جهة إعادة التوازن بجهود أقل ووقت أسرع، ومن جهة أخرى إبقاء العلاقة الودية بين أطراف العقد التجاري الدولي بعيدا عن القضاء وتداعياته.

قائمة المختصرات

مبادئ القانون الأوروبي للعقود :PECL

اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع 1980: CISG

القانون الأوروبي المشترك للبيوع: CESL

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة
الإهداء	أ
الشكر والتقدير	ب
الملخص	ج
قائمة المختصرات	د
المقدمة	1
الفصل الأول :ماهية نظرية الهاردشيب	13
المبحث الأول : دور المفهوم الحديث لنظرية الهاردشيب في الحفاظ على العقد	14
المطلب الأول : تفوق نظرية الهاردشيب في تكريس مبدأ القوة الملزمة للعقد	14
الفرع الأول : علاقة النظرية التقليدية بالقوة الملزمة للعقد	14
الفرع الثاني : علاقة النظرية الحديثة بمبدأ القوة الملزمة للعقد	21
المطلب الثاني : ماهية اختلال توازن العقد	25
الفرع الأول : مفهوم الاختلال	25
الفرع الثاني : صور الاختلال الجوهري	35
المبحث الثاني : نطاق الظرف الشاق	40
المطلب الأول : ضوابط تحقق الظرف الشاق	40
الفرع الأول : شروط الظرف الشاق	40
الفرع الثاني : تحرر النظرية من بعض الاشتراطات المقيدة	60
المطلب الثاني : علاقة النظرية بالأنظمة القانونية المشابهة	65
الفرع الأول : علاقة النظرية بالنظريات المشابهة	65
الفرع الثاني : علاقة النظرية بالممارسات العقدية	82
الفصل الثاني : آثار نظرية الهاردشيب	91
المبحث الأول : الآثار الموضوعية لتحقق النظرية	92
المطلب الأول : إعادة التفاوض	92
الفرع الأول : الجوانب الشكلية في إعادة التفاوض	93

الفرع الثاني : الجوانب الموضوعية في إعادة التفاوض	100
المطلب الثاني :دور القضاء والتحكيم	117
الفرع الأول : إنهاء العقد	119
الفرع الثاني : تعديل العقد	123
المبحث الثاني : آفاق تطبيق نظرية الهاردشيب في القانون الوطني	129
المطلب الأول : الوضع القانوني لنظرية الظروف الطارئة في ظل القانون الفلسطيني	129
الفرع الأول : الوضع القانوني في ظل مجلة الأحكام العدلية	129
الفرع الثاني : الوضع القانوني في ظل القانون المدني في غزة	132
المطلب الثاني : إشكاليات تطبيق أحكام الهاردشيب في القانون الوطني	134
الفرع الأول : الصعوبات	134
الفرع الثاني : الحلول	138
الخاتمة	147
قائمة المصادر والمراجع	152

المقدمة

من المعروف أن الظروف الشاقة التي تؤثر في العقد التجاري الدولي، قد يتم معالجتها بموجب شرط في العقد، فيما يعرف بـ " شرط إعادة التفاوض "، بمعنى أن الأطراف يصوغون مضمونه وحدوده، وبغير ذلك فإنهم سيتحملون عواقب عدم إدراجه باللجوء للقوانين الوطنية لإكمال النقص في العقد حين مواجهة ظروف شاقة والتي قد لا تخدم هدفهم ورغبتهم في الحفاظ على العقد [1] .

ولكن مبادئ اليونيدروا في عام 1994 ثم 2004 ثم 2010 أخذت بإعادة التفاوض كوسيلة جوهرية في تخطي عقبات العقد الدولي من خلال تبني نظرية "Hardship" أو "المشقة" وإفراد نصوص خاصة بها في الفصل السادس في المواد 6-2-1 و 6-2-2 و 6-2-3 .

وبالتالي أصبحت المبادئ تشكل مرجعية في هذا الخصوص حين يغيب الشرط من اتفاق الأطراف أو يعجز و يقصر عن إحاطة تفاصيل معالجة الظرف الشاق، وتشكل المبادئ من خلال تقارب هدفها من هدف شرط إعادة التفاوض المتمثل في إعادة التفاوض حماية للأطراف من قلق اللجوء للقوانين الوطنية التي تطبق نظرية الظروف الطارئة والتي لا تخدم مصلحة الأطراف نتيجة اختلاف أحكامها وتعبيرها عن نظم القوانين الوطنية التي قد تختلف فيها أحكام الظروف الطارئة، والتي كذلك لا تتماشى مع علاقات التجارة الدولية التي تحتاج مرونة وحرية بين الأطراف في تنظيم عقودهم ومواجهة الظروف المتغيرة التي تحيط بالعقد، مما يجعل النظرية وفق اليونيدروا محل رضا عدد كبير من الدول بما يكفل توحيد الحكم القانوني وعدم التشتت بين القوانين الوطنية ذات النصوص المتباينة .

وهذا ما دفع المحكمة العليا في إسبانيا إلى القول أن مبادئ مثل اليونيدروا تمثل التطبيق الموسع لمفهوم المشقة، وأن المحاكم الإسبانية كانت تفسر شرط المشقة تفسيرا ضيقا في حالات استثنائية جدا قبل ظهور نظريات المشقة بموجب اليونيدروا ومبادئ القانون الأوروبي للعقود PECL[2]، وفي قرار آخر[3] أكدت ذات المحكمة على خطأ محكمة الاستئناف التي رفضت تطبيق شرط المشقة ، وأوضحت المحكمة العليا أنه يمكن الاستعانة بمبادئ اليونيدروا في ظل

[1]Rechtbank van Koophandel [Commercial Court] Tongeren Scafom International BV & Orion Metal BVBA v. Exma CPI SA ,25 January 2005 [A.R. A/04/01960], Translation by Edited by Kristof Cox. Thorsten Tepasse.

[2]Tribunal Supremo, 333/2014 , 30.06.2014 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1949&step=Abstract .

[3]Tribunal Supremo , 64/2015 , 24.02.2015 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1950&step=Abstract .

وجود الشرط، مما يفهم منه حسب قرار المحكمة في الحالتين إمكانية تطبيق المبادئ إلى جنب شرط المشقة في العقود .

كما أن النظرية وفق اليونيدروا تمثل - إن صح التعبير – عقدا نموذجيا ليحتذي به الأطراف في تنظيم شرط إعادة التفاوض [4]، وتطبيقا لذلك قررت هيئة تحكيم المصادقة على اتفاق تسوية بين الأطراف الذين تفاوضوا وتوصلوا إلى حل، وضمنوا اتفاقهم بنودا حرفية من اليونيدروا بما فيها نصوص المشقة [5]، مما يعزز الدور الإرشادي للمبادئ كمقترحات لعقود نموذجية بحيث يضمنون الزلل والخلل في صياغة الشروط ، فأحكام الهاردشيب تشكل ومضات وإشارات تهدي المتعاقدين إلى ما يدرجونه في شروط إعادة التفاوض إن أرادوا تطبيق شروطهم على الوجه الأمثل وذلك بشكل خاص في الحالات التي لا تكون اليونيدروا منطبقة على العقد، فحتى في ظل عدم تطبيق اليونيدروا لتحكم العقد تكون نصوصها في مجال المشقة مقترحا للأطراف ليستهدوا بها في هذا الشأن بحكم أنها مبادئ معترف بها وتشكل تقاربا بين الأنظمة القانونية مما يعني قبول مضمونها في مختلف الأنظمة، الأمر الذي يساهم في احترام شروط العقد المصوغ على هدي نصوصها.

وفي هذا المعنى قررت إحدى هيئات التحكيم أن المبادئ تمثل " نوعا من إعادة الصياغة الدولية لقانون العقود التي تعكس القواعد والمبادئ التي تطبقها غالبية النظم القانونية الوطنية"[6].

وفي ظل مشاكل غموض بعض شروط إعادة التفاوض وقصورها[7]، يبرز دور أحكام الهاردشيب في حفظ العقد وضمان توازنه باعتبارها مكملة لشروط إعادة التفاوض ذات الصياغة العامة التي تنص على بعض عناصر الظرف الشاق دون غيره أو عدم التفصيل في عناصر الشرط، مما يعطي أمانا للمتعاقدين بوجود نصوص شاملة لجوانب الظرف الطارئ إلى

---

[4]See Slater , Scott D. : **Overcome by Hardship: The Inapplicability of the UNIDROIT Principles' Hardship** , 12 Florida Journal of International Law , Summer 1998, p. 239 – 240, available at : http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/slater.html.
and see Michaels , ralf : **The UNIDROIT Principles as global background law** , Unif. L. Rev., Vol. 19, 2014 , p.655.

[5]International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), ARB(AF)/98/1 , 20.03.2000 ,available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=962&step=Abstract

[6]International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), ARB/03/15, 31.10.2011, available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1658&step=Abstract.

[7]Horn , Norbert: **Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in Some European Laws and in International Law, in: Horn (ed.), Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance** , Antwerp, Boston, London, Frankfurt a.M. , 1985 ,P. 25 , available at : http://www.trans- lex.org/113700.

حد كبير وفيها قدر كبير من الوسطية والعدالة من خلال المعايير المتبناة والتي تمثل خلاصة الحلول في الأنظمة الوطنية المختلفة.

فعلى سبيل المثال في حالة الشرط الذي يقول " في حالة وقوع أحداث اقتصادية غير متوقعة وكذلك "في حالة وقوع أحداث غير عادية وغير متوقعة "، هذه الصياغات العامة قد يكتنفها بعض النقص، فيبرز دور النظرية في إكمال النقص عن طريق احتوائها" المعقولية في عدم التوقع " مما يعني تبني الاحتمال الجاد لوقوع الفعل الأمر الذي يساهم في توضيح العناصر التي يوردها الأطراف في شروطهم [8].

وقبل بروز نظرية الهاردشيب ممثلة في اليونيدروا وغيرها من المبادئ لم يكن بالإمكان الاستناد إلى منهج التطبيق المباشر للقواعد المادية لأن النظرية لم تكن قد تكونت كقاعدة مادية في القانون التجاري الدولي، مما يعني تفرد منهج قواعد الإسناد في الإشارة للقانون الواجب التطبيق الذي يشير إلى قوانين وطنية تتضمن نظرية الظروف الشاقة بشكلها الوطني بعيدا عن ميزات النظرية كنظرية على مستوى دولي، وبالتالي اللجوء إلى نظرية الظروف الطارئة بنمطها التقليدي الذي لا يخدم مصلحة العقد التجاري الدولي وظروفه المختلفة.

وغني عن البيان أن أهمية نظرية الهاردشيب يكمن في تحويلها من ممارسة عقدية إلى نظرية قانونية متبناة بموجب مبادئ اليونيدروا التي تعد من مكونات قانون التاجر lex mercatoria، بل مصدرا رئيسا له [9]، الأمر الذي أكدته المحكمة العليا الكولومبية، إذ اعتبرت مبدأ إعادة

---

[8] مروك، أحمد : **شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية** ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراة في الحقوق ، جامعة الجزائر – بن يوسف بن خدة – كلية الحقوق ، 2014– 2015، ص 191 .

[9]Tribunal de Contas da União ,TC 007.103/2007-7 , 07.12.2011 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1655&step=Abstract.
See also bernardini , Piero : **Adaption of Contracts**, in: Sanders (ed.), ICCA Congress ser. no. 1, Deventer 1983 , p . 212 , available at :http: //www.trans-lex.org/110100/highlight_Hardship_and_Changed_Circumstances/.
وانظر lookofsky, Joseph: **The Limits of Commercial Contract Freedom Under the UNIDROIT "Restatement" and Danish Law**, 46 American Journal of Comparative Law ,1998 , p.490 , available at: http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky2.html .
وانظر ICC International Court of Arbitration , no: 10021 , 2000 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=832&step=Abstract .

النظر في العقد – الذي توفره المبادئ بالشكل الأمثل – جزءا من قانون التاجر، واستعانت المحكمة بأحكام المشقة بموجب المبادئ لتقرير مدى توافر شروطها في القضية [10] .

ورغم الانتقادات التي تعتبر المبادئ تعاني من نقص الشرعية لعدم صدورها عن جهة تشريعية، إلا أن ما تحتويه من منهجية شاملة وقواعد قانونية موجزة ومتكاملة و ملائمة ومعترف بها في كثير من الأنظمة الوطنية يجعلها تتمتع بالمزايا التي تؤهلها للدخول في مصاف قانون التاجر بل ربما قلب قانون التجار الجديد[11] الذي يشكل جزءا أصيلا من "القواعد المادية" على المستوى الدولي مما يعني حماية مثلى للمتعاقدين بتبني نظرية الهاردشيب في المبادئ الموحدة والتي تحظى باتفاق المتعاملين في المجال الدولي ، وبالتالي تغطية ثغرات العقود في تنظيمها لشرط المشقة، أضف إليه أن" القواعد المادية "عموما - والتي تعد مبادئ اليونيدروا والقانون الأوروبي الموحد للعقود وغيرها من المبادئ التي نظمت الهاردشيب من صلبها – يمكن تطبيقها مباشرة كقواعد موضوعية في النزاع، دون الحاجة إلى إعمال منهج التنازع [12] .

وبناء عليه، يسهل على أطراف العقد التجاري الدولي الاستفادة من مبادئ قانونية دولية أكثر خدمة لهم مما لو تم إعمال منهج التنازع الذي قد يؤدي إلى تطبيق قانون لا يصب في مصلحة الأطراف في العقود التجارية الدولية [13] وتحديدا مسائل "تغير الظروف" التي حرصت المبادئ الموحدة كاليونيدروا والقانون الأوروبي للعقود على إفراد نصوص لها نظرا لأهميتها على المستوى الدولي ، وذلك لأن منهج قاعدة الإسناد وإن كان مفيدا في تحديد القانون الواجب التطبيق الأكثر صلة بالنزاع مع ما فيه من صعوبات عدة لتحديد القانون في حالة ارتباط العلاقة بأكثر من دولة، إلا أنه ليس بالضرورة القانون المناسب من ناحية الحلول الموضوعية التي يتضمنها في حالة الظروف الشاقة [14] .

---

[10] Corte Suprema de Justicia, 11001-3103-040-2006-00537-01, 21.02.2012, available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1709&step=Abstract.

[11] Baron, Gesa and Edinburgh, Bonn**: Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new lex mercatoria?**, June 1998, see the conclusion. available at :http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html .

[12] انظر بلاق، محمد: **قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد – كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان- الجزائر، 2010 – 2011، ص 89 90.

[13] انظر حسين، أكرم محمد وكاظم، علي حميد: **دور المبادئ العامة للقانون في إطار التجارة الدولية، مجلة كلية الحقوق – جامعة النهرين**، مج 18، ع 1، 2016، ص 5. وانظر رأي الأستاذ H.Battifol لدى جابر ، طلال حافظ **: عقد البيع الدولي للبضائع : تنازع الاختصاص – تنازع القوانين والقانون المادي الموحد بحسب اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع** ، بدون طبعة ، بيروت ، لبنان ، مكتبة صادر ناشرون ، 2007، ص 159.

[14] انظر الهواري، أحمد محمد: **عقود التجارة الدولية بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد**، مجلة الأمن والقانون - أكاديمية شرطة دبي، الإمارات، مج 20، ع 2، 2012، ص 58.

كما تجدر الإشارة إلى أفضلية اعتماد المحاكم والمحكمين على نظرية الهاردشيب بدلا من حسن النية ومبادئ العدالة التي كانت الملاذ حين لا يوجد شرط إعادة التفاوض[15] في الوقت الذي لم تكن فيه اليونيدروا وغيرها من المبادئ التي شرعت الهاردشيب موجودة، وأفضلية الهاردشيب بموجب المبادئ تتمثل في أنها باتت نظرية بنص المبادئ وتشكل مبدأ عاما يلجأ إليه القضاء والتحكيم في حل النزاعات.

أما التأسيس على حسن النية ومبادئ العدالة قد لا يكون مفيدا للأطراف، فمن جهة قد يغيب عن القضاء التأسيس على هذه المبادئ العامة غير المحددة والاكتفاء بالنصوص الوطنية [16]، ومن جهة أخرى قد يكون تفسير القضاء لهذه المبادئ وتطبيقها فضفاضا [17] ومختلفا تبعا لاختلاف النظم القانونية وتأثرا من القاضي بقانون دولته، مما يعني فوات توحيد الحكم القانوني وبالتالي عدم القدرة على الركون إلى نصوص واضحة ثابتة تشكل مرجعا موحدا لكل النظم القانونية .

ومن مميزات النظرية وفق المبادئ تركيزها على مبدأ تغفل عنه التشريعات – تحديدا الوطنية – وهو مبدأ المعقولية، هذا المبدأ الذي ورد أكثر من مرة في أحكام المشقة الذي فسره الأستاذ John O. Honnold بقوله أن المعقول "هو ما يتصل بما هو متعارف عليه ومقبول في الممارسة التجارية ذات الصلة" [18]، أو كما يقول الأستاذ VELDEN هي المعايير الأخلاقية التي تقود المرء للتصرف بحكمة وإنصاف [19].وقيل إنها "معيار السلوك الذي يوفر المرونة اللازمة والحل العادل بحيث تستخدم وفقا لحالة النزاع" [20].

---

[15] بن يوب، هدى: مبدأ **حسن النية في تنفيذ العقود**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة العربي بن مهيدي – أم البواقي - كلية الحقوق والعلوم السياسية – قسم الحقوق، الجزائر، 2012- 2013، ص 70.

[16]Pereira, Raul H. de Fleury, Souza: **HARDSHIP: A REMEDY FOR CHANGED CIRCUMSTANCES IN INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS**, march 2015, p. 20.

[17]PHILIPPE, Denis : **LES CLAUSES RELATIVES AU CHANGEMENT DE CIRCONSTANCES DANS LES CONTRATS A LONG TERME**, 27 janvier 2009, p.25.

[18]HONNOLD, John.O.: **Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention**, 3rd ed., Kluwer Law and Taxation Publishers, 1999. Available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html.

[19]هذا القول منقول عن علي، احمد السيد لبيب إبراهيم: الإخلال **المبتسر بعقد البيع الدولي للبضائع** "**دراسة في اتفاقية فيينا 1980 والتشريعات المقارنة**"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية – كلية الحقوق جامعة المنصورة، مصر، ع 55، 2014، ص 890.

[20]WEISZBERG, Guillaume : **Le « Raisonnable » en Droit du Commerce International (On "Reasonableness" in International Commercial Law)**, 7 novembre 2003, footnote 763 , available at :http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/Reasonableness.html#chp31.

في حين عرفت المادة 302:1 من مبادئ القانون الأوروبي للعقود المعقولية أنها التصرف بحسن نية في نفس ظروف المتعاقد، وضرورة الأخذ بالاعتبار طبيعة العقد والغرض منه وملابسات القضية والأعراف والممارسات في ذات النوع من العقود [21].

هذه التعريفات في مجموعها تركز على فكرة أن المعقولية هو ضابط مرن يستعين به المحكم والقاضي في تغطية أوجه القصور في النص القانوني، ويفسر في كل حالة من حالات النزاع حسب ظروفها ووقائعها، والتأكيد عليه في معرض أحكام المشقة يعطي هذه الأحكام ميزة عن أحكام تغير الظروف فيما سواها، إذ يتوفر فيها عنصر المرونة والسلطة التقديرية مما يضفي مسحة من قواعد العدالة والأخلاق، الأمر الذي يساهم في الوصول إلى أفضل الحلول.

بالنظر إلى الملامح السابقة للنظرية يستشف دورها الكبير في خدمة العقود التجارية الدولية، ومدى المكانة التي تحظى بها في نطاق التشريعات الدولية والوطنية، وبتفصيل هذه الملامح في هذه الرسالة سيبرز بشكل جلي هذا الدور في كل جزئية من جزئياتها، ابتداء بالمفهوم وانتهاء بالأثر.

أهمية الدراسة

هذه النظرية بجمعها أفضل ما في الممارسات العقدية وأكمل ما في نظريات الظروف الطارئة صارت أحكامها شاملة لعديد من النظريات ومختزلة ما يرد في الممارسات العقدية " شرط إعادة التفاوض " تحديدا، فإذا بها مطمح النظم القانونية في الوصول إلى رصانة أحكامها وأهمية تطبيقها في النظم الوطنية، إذ هي من السعة بحيث تجبر النقصان في النظريات التقليدية، ومن الأفضلية بحيث تفيد المتعاملين على مستوى التجارة الدولية باحتوائها إعادة التفاوض، فصار التوجه حثيثا نحو اعتمادها عوض النظريات التي باتت قاصرة عن الإحاطة بملابسات العقد التجاري الدولي وأهميته واقتصادياته .

تغدو أهمية الكتابة في موضوع نظرية المشقة بعد استعراض ملامحها آنفا هو العمل على استجلاء قواعد هذه النظرية وأحكامها على نحو مفصل، بغية توضيح ماهيتها وشروطها وآثارها في سبيل إبراز هذه الملامح بصورة نظرية متكاملة، فمن جهة تحليل النظرية ذاتها،

[21] Andersen, Camilla Baasch : **COMPARATIVE ANALYSIS : Selected Notice Requirements under CISG, PECL and UNIDROIT Principles: CISG Arts. 39 & 26; UNIDROIT Principles Arts. 1.9, 3.14, 7.3.2.; PECL Arts. 1.303, 3.304, 4.112, 9.303, 13.104** , November 2004 , available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/andersen2.html .

ومن جهة تبيان تفوقها على نظريها في الممارسات العقدية أو النظريات المشابهة على المستوى الدولي والوطني، ومدى خدمة هذه النظرية لتوازن العقد وإمكانية تطبيقها أو الاسترشاد بنصوصها في القانون الوطني.

إشكالية الدراسة

بغية الإحاطة بموضوع الدراسة الكلي، لا بد من الإجابة على أسئلة جوهرية تشكل الإجابة عليها إجابة عن موضوع الدراسة الأساس، ولذا يتوجب دراسة ما يلي: كيف ساهمت العلاقة بين نظرية الهاردشيب ومبدأ القوة الملزمة للعقد في خدمة العقد ومن ثم مصالح الأطراف فيه متفوقة على العلاقة بين النظرية التقليدية والمبدأ؟ وكيف ساهم مفهوم اختلال توازن العقد بصفاته وصوره في توسيع نطاق تطبيق أحكام الهاردشيب متفوقا على النظريات والممارسات العقدية السائدة؟ وما هي شروط الظرف الشاق حسب المبادئ وبماذا امتازت عن الشروط المتطلبة في النظريات والممارسات العقدية الأخرى؟ وهل استطاعت النظرية التخلص من اشتراطات ظلت ردحا من الزمن عائقا أمام تطبيق نظريات تغير الظروف على الوجه الأمثل؟ وما وجه العلاقة بين نظرية الهاردشيب وفقا للمبادئ والنظم القانونية المشابهة سواء كانت نظريات أو ممارسات عقدية تعالج تغير الظروف؟ هل استطاعت النظرية احتواء بعض المفاهيم النظرية في إطارها بحيث تكفل توسيع دائرة تطبيق أحكامها؟

وما هي آثار تحقق النظرية وكيف تمتاز طبيعة هذه الآثار في توازن العقد أكثر من سواها من النظريات والممارسات العقدية؟ وما هي الجوانب الشكلية والموضوعية لإعادة التفاوض وكيف تساهم إعادة التفاوض وفق النظرية في توازن المصالح العقدية؟ وما هو دور القضاء والتحكيم في حالة تحقق الهاردشيب، وهل تختلف الحلول التي يقرها القضاء عن الحلول المتعارف عليها في ميدان التجارة الدولية وما أثر هذه الحلول في خدمة العقد؟

وما هي آثار النظرية من حيث إمكانية تطبيقها في النظم الوطنية؟ وهل الوضع القانوني في القانون الفلسطيني يسمح بإعمال النظرية في ظل صعوبات التطبيق؟

نطاق الدراسة

سيكون تركيز الباحث بشكل رئيس على ما تضمنته مبادئ اليونيدروا لسنة 2010 من تنظيم للظروف الشاقة وذلك لأنها تعد المبادئ الأكثر حظا في قبول الدول وإجماعها على حيدة نصوصها وشموليتها ودقتها في التعبير عن مختلف النظم القانونية، مع عدم إنكار تجسد هذه

النظرية في مبادئ القانون الأوروبي للعقود PECL[22] ومبادئ القانون الأوروبي المشترك للبيوع CESL[23].

وسيتم العمل على تحليلنظرية الظروف الشاقة كما وردت في المبادئ واستخلاص إطارها العام، كما يجدر التنويه أن الباحث يعرض في رسالته لدور نظرية الهاردشيب في العقود التجارية الدولية دون بحث في حالات انطباق مبادئ اليونيدروا وغيرها من المبادئ التجارية الدولية على العقد الدولي إذ إن هذا البحث مستقل وله أحكامه والكلام فيه يطول، بيد أن الباحث يؤثر أن يتعرض لدور النظرية باعتبارها منطبقة على العقود تلقائيا وتحليل دورها في خدمة توازن العقد، ورغم ذلك فلا حرج إن عالج البحث حالات الانطباق حيثما ترد عندما يكون ذلك مفيدا ومهما .

منهجية الدراسة

اعتمد الباحث في دراسته المنهج الوصفي التحليلي لنصوص المشقة وفق المبادئ بشكل رئيس ثم مقارنتها بنصوص المشقة على المستوى الدولي في كل من مبادئ القانون الأوروبي للعقود PECL والقانون المشترك للبيوع CECL حيث يكون ثمة اختلاف هام يستدعي الملاحظة، باعتبار هذه المبادئ المذكورة متشابهة إلى حد كبير .

وكذلك عمد الباحث إلى المقارنة مع نظرية الظروف الطارئة الوطنية ومثالها القانون المدني في غزة باعتباره مثالا للقوانين العربية، وكانت هذه المقارنة في كامل جزئيات الرسالة من أجل إظهار مدى تفوق النظرية الحديثة في مواجهة النظرية التقليدية، في حين قارن الباحث أيضا النظرية الحديثة مع بعض النظريات الوطنية في تغير الظروف في القانون الإنجليزي والألماني والإيطالي بدون توسع في كامل جزئيات الدراسة، إنما بشكل مكثف ملخص للخلوص إلى أوجه التشابه والاختلاف ومدى إمكانية احتواء النظرية الحديثة لهذه النظريات التقليدية .

كما قارن الباحث النظرية مع أحكام " العائق " في اتفاقية فيينا للبيوع الدولية و" القوة القاهرة " في مبادئ اليونيدروا، ولم يفصل الباحث في مقارنته هذه بين العائق والقوة القاهرة، ورغم بعض الاختلافات بينهما إلا أن التشابه الكبير بين أحكامهما بل واستقاء نصوص القوة القاهرة وصياغتها في المبادئ على هدي أحكام العائق في اتفاقية فيينا دفع الباحث لعدم الفصل بينهما.

[22] متوفر على الرابط : https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl
[23] متوفر على الرابط : http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:52011PC0635

وفي مجال الشروحات الفقهية لجأ الباحث إلى شروحات المبادئ في المراجع الانجليزية لعدم وجود شروحات عربية لأحكام المبادئ بوصفها نظرية إلا نادرا في بعض المراجع التي حتى في معرض حديثها عن المشقة كانت تعالج " شرط إعادة التفاوض " بوصفه شرطا في الممارسات العقدية وليس الحديث عن نظرية، خلاف شروحات اتفاقية فيينا التي توفرت فيها مراجع عربية إلى جانب الإنجليزية كذلك لجأ الباحث إلى شروح الفقه لنظرية الظروف الطارئة في القوانين العربية.

أما بخصوص الأحكام القضائية فقد لجأ الباحث إلى الأحكام القضائية التي تطرقت لأحكام المشقة والقوة القاهرة في المبادئ وأحكام العائق في اتفاقية فيينا وهي أحكام متنوعة بين القضاء والتحكيم في نظم قانونية مختلفة، والاستعانة بملخصات الأحكام باللغة الإنجليزية، مع الاستعانة بالأحكام القضائية العربية في موضوع الظروف الطارئة والقوة القاهرة في القوانين العربية.

الدراسات السابقة

ينوه الباحث إلى أنه في حدود اطلاعه المتعمق في موضوع الدراسة لم يجد دراسة سابقة تعالجه على النحو الذي عالجه الباحث، فالدراسات السابقة التالية هي دراسات فيها نوع من المقاربة مع دراسة الباحث، وجلها تدور في فلك شرط إعادة التفاوض بشرح ماهيته وآثاره ، ولكن لم توجد أي دراسة تعالج المشقة في ظل مبادئ اليونيدروا كنظرية متكاملة، فحتى الدراسة التي تطرقت للمشقة في ظل المبادئ لم تعالجها كنظرية متكاملة ابتداء بالماهية وانتهاء بالأثر، بل حاولت الوقوف على شرح نصوص المبادئ والتعليق عليها دون وضع إطار متكامل للنظرية، وفيما يلي بعض الدراسات السابقة التي قاربت موضوع الدراسة ويقسمها الباحث إلى طائفتين :

- **دراسات سابقة تناولت شرط إعادة التفاوض**

بما أن هذه الدراسات تناولت شرط إعادة التفاوض، وبما أنها تتقارب إلى حد كبير في تناولها للشرط، فلا يرغب الباحث بتوضيح نتائج كل دراسة على حدة، وإنما جمعها تحت إطار واحد، ويستطيع القارئ الاطلاع على أي منها تفصيلا إذا ما أراد الاستزادة من بعض التفصيلات التي لا بد تختلف بين دراسة وأخرى، أما الملامح المشتركة بينها فكانت على النحو التالي:

- جاسم ، أسيل باقر ، **النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض " دراسة في عقود التجارة الدولية "** ، جامعة بابل ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، مج 3 ، ع 1، 2011.
- الخصاونة ، علاء الدين عبد الله : **الجوانب القانونية للالتزام بإعادة التفاوض** ، الكويت، مجلة الحقوق – جامعة الكويت ، مج 23 ، ع 1 ، 2014 .
- السلماني ، عبد الرحيم : **شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية** ، مجلة القانون المغربي .
- عبد اللطيف، هني:**حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد – دراسة مقارنة -** ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراة ، جامعة أبو بكر بلقايد - كلية الحقوق والعلوم السياسية –، تلمسان ، الجزائر ، 2015- 2016 .
- غنام ، شريف : **أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية (أثر القوة القاهرة وال hardship على تنفيذ العقد الدولية)**، ط1 ، الإمارات العربية المتحدة ، أكاديمية شرطة دبي – إدارة الدراسات العليا ،2010 .
- كاظم ، حسن علي **: اشتراطات الهاردشيب وأثرها على تعديل العقود الدولية** ، مجلة رسالة الحقوق ، جامعة كربلاء - كلية الحقوق ، ، ع 2 ، السنة الثالثة ، 2011م .
- مروك ، أحمد : **شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية** ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراة في الحقوق ، جامعة الجزائر – بن يوسف بن خدة – كلية الحقوق ، 2014-2015.

حاولت هذه الدراسات المتناولة لشرط إعادة التفاوض تحليل هذا الشرط الذي يتقاطع مع نظرية المشقة كما أسلف الباحث في رسالته، من حيث تناول ماهية الشرط ونطاقه وآثاره، وجاء ذكر المشقة وفق المبادئ في هذه الدراسات على عجالة، بل عوملت النظرية في بعض هذه الدراسات معاملة الشرط، وكأنهما واحد، مع أن الحقيقة خلاف ذلك، إذ ثمة اختلافات جوهرية بين النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض ونظرية المشقة، وهذا يعود إلى الفرق الكبير بين الشرط العقدي والنظرية القانونية، وهو ما ناقشه الباحث في دراسته ولا داعي لتكرار شرحه،

ومع ذلك كان لهذه الدراسات أثر في رسالة الباحث حيث وجد فيها نقاط التلاقي بين الشرط والنظرية، واستقى منها بعض ملامح النظرية التي تكون في شروط إعادة التفاوض، وتحديدا في مواضيع ماهية الاختلال وشروطه، وواجب إعادة التفاوض كأثر لنظرية المشقة، باختصار كانت هذه الدراسات ومضات منيرة للباحث استهدى بها بأن فتحت له آفاقا في ملامح رسالته، بحيث انطلق من فهم شرط إعادة التفاوض إلى تحديد إطار نظرية المشقة اللذان رغم اختلافهما يلتقيان ولا بد من فهم أحدهما لفهم الآخر.

- **دراسات سابقة تناولت نظرية المشقة في ظل مبادئ اليونيدروا**

1- دواس ، أمين وآخرون :**شرح مبادئ اليونيدروا لعقود التجارة الدولية** ، ج 2 ، ط1، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2017 .

هذه الدراسة العربية الوحيدة في حدود اطلاع الباحث عالجت المشقة وفق المبادئ باعتبارها نظرية، وحاولت هذه الدراسة الوقوف على شرح نصوص المبادئ التي عالجت الظروف الشاقة، بحيث كان الشرح شرحا للمواد، ولم يكن رغبة في معالجة نظرية الهاردشيب معالجة كاملة كنظرية لها قواعد وأحكام، وهذا يستق مع طبيعة الدراسة فهي كتاب يشرح مبادئ اليونيدروا كاملة، لذا كانت الغاية منه إعانة الباحثين والمهتمين على اختلافهم في الوصول إلى شرح موجز مكثف لكل المبادئ، كما وردت بترتيبها في المبادئ، ولذا من البديهي ألا تناقش الدراسة كل جزئية بإسهاب كبير، وهو ما جعل الدراسة قاصرة عن الإحاطة بنظرية المشقة وفق المبادئ بكل تفاصيلها، ومع ذلك استفاد الباحث منها تحديدا في العلاقة بين المشقة والقوة القاهرة، التي استخلصها الباحث من شرح الدراسة في الفصلين السادس والسابع.

خطة الدراسة

لغرض الإجابة عن التساؤلات التي تمثل إشكالية الدراسة تم تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين، تناول **الفصل الأول** ماهية نظرية الهاردشيب، بحيث قسم إلى مبحثين، يعالج **المبحث الأول** دور المفهوم الحديث للنظرية في الحفاظ على العقد، من خلال الحديث عن العلاقة بين النظرية والمبدأ مقارنة بعلاقة النظرية التقليدية بالمبدأ وبيان مفهوم الاختلال وصوره وفق النظرية، بينما يعالج**المبحث الثاني** بحث نطاق الظرف الشاق من حيث شروطه وكذلك تحرره من بعض الشروط المقيدة، ثم تمييز النظرية عن الأنظمة القانونية المشابهة .

أما **الفصل الثاني** فتناول آثار نظرية الهاردشيب، بحيث يختص **المبحث الأول** ببحث الآثار القانونية المتمثلة في إعادة التفاوض من خلال بحث جوانبه الشكلية والموضوعية ومن ثم دور القضاء في الإنهاء والتعديل، أما **المبحث الثاني** فيختص بالحديث عن آفاق تطبيق نظرية الهاردشيب في القانون الوطني من خلال الحديث عن الوضع القانوني لنظرية الظروف الطارئة في القانون الفلسطيني بداية ثم الحديث عن الصعوبات التي تواجه التطبيق والحلول الممكنة لهذا التطبيق .

الفصل الأول: ماهية نظرية الهاردشيب

إن نظرية الهاردشيب بوصفها نظرية متكاملة الجوانب لها ماهية مميزة وطبيعة مختلفة عن غيرها من النظريات، فالكلام في المبحث الأول يتعلق بمفهوم هذه النظرية الحديثة ودور هذا المفهوم في الحفاظ على بقاء العقد قدر الإمكان، من خلال الحديث عن أثر النظرية الحديثة " الهاردشيب " في تكريس مبدأ القوة الملزمة للعقد، وذلك بالحديث عن تميز النظرية الحديثة عن النظرية التقليدية من خلال العلاقة الوطيدة بمبدأ القوة الملزمة للعقد أكثر من النظرية التقليدية التي جاء الحديث عن علاقتها بالمبدأ، فالنظريتان وإن اتفقتا في علاقتهما الودية بالمبدأ وعدم الخروج عليه لا يمنع ذلك من اقتراب إحداهما منه أكثر من الأخرى .

وسيناقش الباحث بعد ذلك مسألة الاختلال الجوهري التي هي جوهر النظرية ومتطلب تطبيقها، من حيث ما يعنيه هذا الاختلال، ومن حيث استعراض صوره التي من خلالها يتبين وسع نطاق تطبيق النظرية بشمولها حالات عدة من المشقة.

ومن ثم يأتي الباحث في المبحث الثاني على نطاق الظرف الشاق بالوقوف على ضوابط تحقق الظرف الشاق المتمثلة في شروط تطبيق النظرية والتي منها متعلق بالحادث ومنها – الأكثر – متعلق بموقف المتعاقدين من الحادث، وكذلك الحديث عن تميز النظرية بتحررها من اشتراطات مقيدة أدت إلى تقييد نطاق وتطبيق نظريات مشابهة مما شكل خطوة رائدة للنظرية تفوقت بها على غيرها من النظريات والممارسات العقدية.

وبعد ذلك تعرض الباحث إلى العلاقة بين النظرية والنظريات الأخرى التي عالجت تغير الظروف سواء على مستوى التجارة الدولية أو مستوى القوانين الوطنية، وعلاقة النظرية بالممارسات العقدية التي عالجت تغير الظروف مبينا أوجه التشابه والاختلاف ومن ثم ثمرة هذه المقارنات.

المبحث الأول: دور المفهوم الحديث لنظرية الهاردشيب في الحفاظ على العقد

في هذا المبحث يتناول الباحث كيفية إسهام نظرية الهاردشيب في المحافظة على العقد أكثر من غيرها من النظريات والممارسات العقدية من خلال الحديث عن أثر النظرية في تكريس وتأكيد مبدأ القوة الملزمة للعقد وعدم التنافر بين النظرية والمبدأ، ومن ثم كيفية إسهام مفهوم الاختلال في النظرية في توسيع نطاق تطبيق النظرية.

المطلب الأول: تفوق نظرية الهاردشيب في تكريس مبدأ القوة الملزمة للعقد

يبين الباحث من خلال هذا المطلب تميز نظرية الهاردشيب في علاقتها بمبدأ القوة الملزمة للعقد من خلال استعراض علاقة النظرية التقليدية بالمبدأ في القوانين الوطنية والتي سيكون القانون المدني في غزة مثالا عمليا يصلح للتعبير عن المفهوم التقليدي للنظرية ومعبرا عن النظرية على مستوى القوانين العربية - تحديدا - كمثال على القوانين الوطنية.

وبعد استعراض موقف النظرية التقليدية يأتي دور نظرية الهاردشيب التي يتضح تفوقها في التأكيد على المبدأ والارتباط فيه على نحو وثيق.

الفرع الأول: علاقة النظرية التقليدية بالقوة الملزمة للعقد

لا ينبغي اعتبار لنظرية الظروف الطارئة نقيض القوة الملزمة للعقد أو استثناء عليها، بل إن الفهم الدقيق للنظرية أنها وليدة المبدأ ووسيلة إعادة التوازن للعقد بما يكفل له مبدأ القوة الملزمة[24]، وهب أننا تركنا العقد بلا حماية مستندين لمبدأ القوة الملزمة للعقد كمبدأ يرفض التعديل في العقد بسبب ظروف خارجية، إننا بذلك ندفع بالعقد نحو الهلاك نتيجة عدم قدرة المدين المتضرر على تأدية التزامه وبالتالي انتهاء العقد، ولكن باللجوء لنظرية الهاردشيب نمسك بيد المدين المتضرر ليؤدي التزاماته محميا بموجب نظرية تعيد للعقد اتزانه وتكفل له بقاءه واستمرار قوته الملزمة .

---

[24] انظر الجم ، محمد مهدي :**نظرية الظروف الطارئة** ، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش ، المغرب ، ع 15 ، 1991 ، ص 39-40 ، وانظر في نفس المعنى عربيات ، وائل محمد :**نظرية العذر عند الحنفية وأثرها في عقد الاستصناع** ، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ،كلية الشريعة - الجامعة الأردنية ، الأردن ،مج36، ع 2 ، 2009، ص 569، وانظر الخفاجي ، عزيز كاظم و نعمة ، نارمان جميل : **إعادة التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا** ، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية ، العراق ، مج 8 ، ع 23، 2015، ص 34 .

و انظر Zakariya , Hasan : **Changed Circumstances and the Continued Validity of Mineral Development Contracts**, in: Hossain (ed.), Legal Aspects of the New International Economic Order, London, New York 1980,p . 274 – 275, available at :http://www.trans-lex.org/118400/ .

لذا فإن نظرية الظروف الطارئة تجد أساسها القانوني في مبدأ " القوة الملزمة للعقد "، وربما للوهلة الأولى يظن بأن النظرية نقيض المبدأ، ولكن هذا القول تعوزه الدقة، ذلك أن تشريع الظروف الشاقة ما هو إلا إرادة المشرع الضمنية بالسعي إلى استعادة العقد قوته الملزمة حين تعرض له حوادث تخل توازنه وترهق أحد طرفيه، أي استعادة توازن العقد ليصبح عادلا لأطرافه ومحققا للمنافع والمساواة المقصودة منه، فالسؤال المهم هنا هو من أين يستمد العقد إلزاميته؟ إن مبدأ إلزامية العقد ينبثق من تواطؤ الأطراف الضمني على رضاهم به لأنه عادل ونافع لهم [25] وفق ما اتفقوا عليه، وأنهم سيعملون جاهدين بحسن نية لإعادة التوازن له [26]، بما يحقق لهم النفع والعدل والمساواة في كل حالة تختل بها هذه الأركان، وعندما تتحقق الظروف الشاقة فإنها تنفي عن العقد النفع والعدل وبالتالي إلزاميته[27] .

فإذا ما لجأنا إلى نظرية الظروف الطارئة فإننا نطبق مبدأ إلزامية العقد بإرجاعه إلى الحالة التي يقبل بها الأطراف بحيث يستعيد العقد عدالته ونفعه عن طريق القضاء فيما إذا لم يتفاوض الأطراف بشأن ذلك، وهذا التصور غير التقليدي للقوة الملزمة للعقد المتمثل في فكرة النفع والعدل، ومن ثم " منطقية الرابطة العقدية "، و تلاقي الإرادة المنطقية للمتعاقدين مع الإرادة

---

[25] انظر رأي الأستاذ J.Ghestin نقلا عن محسن ، منصور حاتم : **التغيير في جزء من أجزاء العقد وأثره في العدالة التبادلية " دراسة مقارنة "** ، مجلة جامعة بابل – العلوم الإنسانية ، العراق ، مج 23 ، ع 4 ، 2015 ، ص 1680 . وانظر زمام ، جمعة : **العدالة العقدية في القانون الجزائري** ، جامعة الجزائر – كلية الحقوق ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراة ، 2013 – 2014 ، ص 44 - 45 " فالأستاذ J.Ghestin أحل كلا من المنفعة والعدالة أساسا للقوة الملزمة للعقد، بدل مبدأ سلطان الإرادة، أي بعبارة أخرى يجرد العقد من قوته إذا لم يكن أداة للمنفعة الاجتماعية وإذا لم تحترم فيه العدالة بما يسمح بتواصل المبادلات الاقتصادية، ويعتبر عادلا إذا كان ينظم توزيعا تبادليا للقيم بين المتعاقدين فالمسألة تتعلق بفرضيات اختلال التوازن الاقتصادي لظرف ما، أي الزمن الفاصل بين تكوين العقد الذي تظهر فيه الإرادة أكثر وهو ما يبرر عدم نكرانها نهائيا –وبين مرحلة تنفيذه التي تخضع للظروف، فيتم اختبار الثقة المتبادلة أكثر مما يستدعي تدخل اعتبارات ما هو نافع وعادل ،وهو ما تبرره اعتبارات اقتصادية العقد، واجتماعيته التي تقوم عليها الأخلاق العقدية والتي تحقق هذه المرة " تجانسا بين العقد ومحيطه وإلا ما الذي أجاز للقاضي التدخل بهدف إعادة التوازن المطلوب إلى العقد؟ إن العقد قد خرج عن جموده وأصبح يعكس رابطة حية قابلة للتطور والانفصال وسيبرر بذلك قانون عقود معاصر أظهرته الكثير من الأمثلة التشريعية والقضائية بصورة التجديد الواضح، وعلى حد تعبير الأستاذ بنشنب "يشكل المظهر الجديد للمنظومة القانونية بقاء الإرادة منوطة بالعوامل الاجتماعية والاقتصادية"، وكما يقول الأستاذ Fouillée "كل عدالة يجب أن تكون تعاقدية" و "من يقول تعادل يقول أنه عادل " نقلا عن المرجع السابق، ص 71.

[26] انظر: Court of Cassation of Belgium, 19.6 .2009. available at: http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1456&step=FullText ، يشير الحكم النهائي إلى إمكانية إعادة التفاوض استنادا إلى حسن النية في تنفيذ العقد بموجب المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي ، ويجدر التنويه أن القانون المدني الفرنسي هو الذي سن سنة القوة الملزمة للعقد رافضا نظريات الظروف الطارئة ، إلا أن الحكم هنا يبدو أنه يعتبر أن إلزامية العقد لا تتعارض مع إعادة التفاوض بحسن نية ، وهو ما يؤيده الباحث بضرورة هذا الفهم الدقيق لمبدأ القوة الملزمة للعقد.

[27] زمام، جمعة، مرجع السابق، ص 390، وأيضا "ولعل أن القراءة المتطورة لمبدأ القوة الملزمة للعقد تبرز تكريسا متقدما لفكرة التضامن في العقد"، لدى نفس المرجع، ص 393 .

التشريعية للقانون في وجوب التوازن العقدي[28] يجعل القضاء حين تدخله في التعديل يحقق إلزامية العقد على النحو المذكور.

وحينئذ لا تكون نظرية الظروف الطارئة إلا وسيلة ينبئ عنها مبدأ إلزامية العقد نفسه ليتحقق من خلالها التوزان المفقود، ومن الغريب القول بتضادهما لأنه إن صح هذا الرأي فكيف تساهم النظرية في تحقيق مقاصد نقيضها؟

ويؤيد الفقه الإسلامي فكرة عدم تقديس العقد ، بل يقول بتقييده بالعدالة ومصالح الطرفين [29] ، كما أنه لا يمكن الاحتجاج بالقول أن الدائن ليس في نفس موقف المدين المتضرر ، مما يعني أن الدائن ليس على وفاق مع المدين في استحقاق تطبيق النظرية وبالتالي اعتبار لجوء المدين للقضاء خرقا لمبدأ وجوب تعديل العقد بالاتفاق ، فمن جهة أولى لا تمنع النظرية الطرفين من الالتقاء للتفاوض وبالتالي إبقاءهما في حدود العقد [30] وعدم اللجوء إلى القضاء ليفصل في الأمر ، وبهذا نظل في إطار " عدم التعديل إلا باتفاق الطرفين " ، ومن جهة أخرى وهي لجوء المدين للقضاء بلا تفاوض – باعتبار التفاوض ليس واجبا في نظرية الظروف الطارئة – فهو كذلك ليس خروجا على الإلزامية .

ولذلك لا يصح أن ننظر لموقف الدائن بعد وقوع الحادث الطارئ ثم نعتبر أنه غير ذي مصلحة في التعديل كونه غير متضرر وبالتالي اعتبار لجوء المدين للقضاء تفردا بمنح الأخير سلطة التعديل ، بل يجب النظر إلى موقف الأطراف حين انعقاد العقد ، فهي اللحظة التي يكونون فيها على السواء بغير ضراء أصابت أحدهم ، فإذا ما لجأنا وقتئذ إلى نيتهم المشتركة ، فهي بالضرورة رغبة كل منهم حين وقوع ظرف طارئ بحقه أن يسارع الآخر إلى فهم موقفه حين يتوجه للقضاء رافعا شكوى الضرر[31]، أما مسألة استحقاق شروط الظرف الطارئ من عدمها

---

[28]انظر تفصيل ذلك لدى بدر، أسامة أحمد: **تكميل العقد " دراسة مقارنة "**، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية، مصر ، ع 2 ، 2010 ، ص 204 – 216 .

[29]بوكماش ، محمد : **سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي** ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراة ، جامعة الحاج الخضر – باتنة ، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية - قسم العلوم الإسلامية ، الجزائر ، 2011 / 2012 ، ص 7- 9 .

[30]انظر الشواربي ، عبد الحميد : **فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه** ، بدون طبعة ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، دون سنة نشر ، ص 295 . إذ يقول " ونحن نرى إن إجازة القاضي بتعديل الالتزام أقرب إلى مفهوم النظرية وأدنى إلى تحقيق غايتها من فسخ العقد ، سواء كان هذا الفسخ مفوضا إلى القاضي ، أو كان بطلب من المدين ، أو كان نتيجة عدم اتفاق المتعاقدين على تعديل العقد ..." ، هذه العبارة الأخيرة تدل على فكرة التفاوض بين الطرفين على التعديل ثم لعدم الاتفاق عليه يتم اللجوء للقضاء ، مما يعني وجود أساس لفكرة إعادة التفاوض في النظرية إلا أنها غير إلزامية .

[31]انظر نقض مدني 30 من يناير سنة 1980 ، الطعن 1466 س 48ق ، لم ينشر ، نقلا عن البكباشي ، سحر : **دور القاضي في تكميل العقد " دراسة تأصيلية تحليلية لأحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن** ، بدون طبعة ، الإسكندرية، منشأة المعارف ، 2008 ، ص 96 – 97 . ومما جاء في الحكم " الأصل في العقود هو أن تلزم طرفيها ولا يجوز تعديل بنودها من جانب أحد الأطراف منفردا إلا أنه يمكن التعديل بموجب الاتفاق الصريح أو الضمني ... " . وبالنظر إلى تعبير " الاتفاق الصريح أو الضمني " يتضح أن من أوجه التعديل من غير تهمة التفرد به حالة الاتفاق الضمني،=

وحق الدائن في المنازعة بصحتها فمجاله ساحة القضاء ، ولا يستند عليه في تأسيس النظرية ، بل هو مجال بحث البينات التي يسوقها كل طرف .

إن القول بانبثاق نظرية الظروف الطارئة عن القوة الملزمة للعقد وليس انفصالها عنها على نحو ما تقدم ليس لهوا من الحديث، بل يحقق فوائد ملموسة في التطبيق العملي ، فالأنظمة الوطنية التي لا تعترف بالظروف الطارئة استنادا لمبدأ إلزامية العقد مثل فرنسا- قبل مشروع القانون المدني الجديد - هي في الحقيقة استبعدت تطبيق النظرية من حيث كان ينبغي أن تطبقها استنادا إلى المبدأ إياه .

فلو نظر إلى الظروف الطارئة كجزء من مبدأ القوة الملزمة للعقد وليس خارجا عنه لأمكن القضاء الفرنسي من تطبيق نظرية الظروف الطارئة استنادا للقوة الملزمة نفسها بالنظر إلى توقع الأطراف الضمني للتعديل بغية إعادة للتوازن[32]، وإن لم تنظم قانونا مكتوبا بموجب نظرية محددة.

هذا الفهم الدقيق للنظرية أقرته مؤخرا محكمة الاستئناف البلجيكية في حكم لها قررت بموجبه أن نص المادة 1134من القانون المدني الفرنسي يوجب تنفيذ العقد بحسن نية وبالتالي وجوب إعادة التفاوض بناء على ذلك في حالة المشقة المتحققة في القضية المتنازع عليها [33]، وهذا يعني أن المحكمة اعتبرت إعادة التفاوض استنادا لتوفر المشقة يجد أساسه في نص المادة 1134، المادة التي تذرع بها القضاء الفرنسي طويلا لاستبعاد تطبيق النظرية.

وقد يقول قائل إنه بدلا من اللجوء لمبدأ القوة الملزمة للعقد في الأنظمة القانونية الرافضة لنظرية الظروف الطارئة فليكن الاستناد إلى مبادئ العدالة أو المنفعة أو المساواة أو حسن النية والتي يقبلها أي نظام قانوني كونها مبادئ مستقرة في صميم الأنظمة القانونية.

إلا أنه يمكن الرد على ذلك بأنه وإن صحت شمولية هذه المبادئ وقبولها في مختلف الأنظمة إلا أنها مبادئ فضفاضة غير مكتوبة في القوانين[34]، مما يجعل مسألة التأسيس عليها أمرا ليس بالهين، أما مبدأ القوة الملزمة للعقد فهو مبدأ مقنن على نطاق واسع ولا يخلو منه قانون، فإذا

=والسؤال هنا : أليس اتفاق الأطراف على عقد ما ملزما له يعني ضمنيا اتجاه الإرادة للتعديل حين وقوع ظرف طارئ ، وهل رضاهم بالعقد إلا رضاهم بعدالة العقد وبالتالي التعديل حين تنتفي العدالة ؟! .

[32]انظر علاق، عبد القادر: أساس **القوة الملزمة للعقد وحدودها – دراسة مقارنة**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد - كلية الحقوق ، تلمسان - الجزائر ،2007 - 2008 ، ص 83 ، ونفس المرجع : " هناك اتجاه ثالث أيضا ينتقد الأساس الفرداني " ص 96 ، و " هذا عن المنفعة ، أما عن العدل .. " ص 102.

[33]انظر الهامش رقم 3 من هذه الرسالة.

[34]انظر باقر، محمد عدنان: **دور الأخلاق في تحديد مضمون العقد**، مجلة جامعة بابل – العلوم الإنسانية، مج 22 ، ع 4 ، 2014 ، ص 780 .

أصلت الظروف الطارئة بالإحالة إليه كان التأصيل وكأنه رجوع ضمني إلى المبادئ المذكورة المشمولة بمبدأ القوة الملزمة للعقد، وبذلك يكون الهدف النهائي قد تحقق بالاستناد إلى مبدأ إلزامية العقد نفسه عوضا عن مبادئ غير محددة، وذلك خوفا من تخبط القضاء في البحث عن تلك المبادئ الفضفاضة التي قد تختلف عليها الإفهام.

وزد على ما سبق، أن إلزامية العقد يعبر عنها في القوانين وعلى سبيل المثال القانون المدني في غزة في المادة (147) بالقول " العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون " .

وحسب النص السابق لا نكون بصدد خروج على إلزامية العقد ما دام "النقض أو التعديل تم باتفاق الطرفين أو بحكم القانون "، وإذا نظرنا إلى نظرية الظروف الطارئة فهي نص قانوني، وبالتالي تقع ضمن عبارة " الأسباب التي يقررها القانون "، فكيف إذن يصح القول أن التعديل الاتفاقي ليس خروجا على الإلزامية بينما حكم القانون – بتشريع النظرية – خروج على الإلزامية رغم أن طريقتي التعديل وردتا في نفس إطار القوة الملزمة ولم تخرج إحداهما عن هذا الإطار.

ويؤيد ما سبق ما ورد في نص المادة (148) بقولها:

" 1. يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.
2. لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف".

هذه المادة تجعل القانون والعدالة من مستلزمات العقد، فإذا ما استندنا إلى العدالة بالقول إن إلزامية العقد منطوية على العقد العادل – كما سبق تفصيله – أو إذا استندنا إلى اعتبار القانون من مستلزمات العقد، وبالتالي انطوائه تحت لواء المادة (147) التي اعتبرت "الأسباب التي يقررها القانون" مكونا لإلزامية العقد، وعدم اعتبار التعديل بناء على هذه الأسباب خروجا على الإلزامية، سنكون بصدد التأكيد على الإلزامية وليس الاستثناء عليها.

وزد عليه، أن الفائدة لا تقتصر هنا على الأنظمة الوطنية التي لا تأخذ بالظروف الطارئة، بل حتى تلك التي تعترف بالنظرية وتتبناها في قانونها فإنها لا تزال تنظر إليها بعين القلق، ويظل مبدأ القوة الملزمة هاجسا يتوخى القضاء احترامه ورعايته خوفا من الخرق والمساس، فيدفعهم ذلك إلى فهم ضيق للنظرية ومن ثم تطبيق محدود في الواقع، مما يجعل النظرية كأنها مترسخة تنظيرا لكنها غائبة عملا.

وأكثر من ذلك، فإن اشتراط العمومية في الظروف الطارئة في الكثير من الأنظمة القانونية الوطنية وتأييد جانب كبير من الفقه لها مرده الخوف من طغيان نظرية الظروف الطارئة على القوة الملزمة للعقد، لأن عدم اشتراط العمومية معناه توسع تطبيق النظرية مما يعني تمسك الأفراد بتحقق الإرهاق لسبب شخصي خاص وبالتالي – حسب أنصار القوة الملزمة – الخروج على المبدأ المقدس، مما دفع المشرع في هذه الأنظمة إلى اشتراط العمومية حفاظا على قدسية المبدأ [35].

ولم يقتصر نطاق التضييق على اشتراط العمومية فحسب بل امتد – عند الاتجاه المضيق – ليقرر عدم شمول النظرية للعقود الفورية التي يتراخى فيها التنفيذ، بل اقتصارها على عقود المدة[36].

وفضلا عن ذلك – في القوانين العربية– الاتجاه المضيق في الجزاءات المفروضة، فكان الاقتصار على التعديل، دون السماح للقضاء بالفسخ خوفا من التعدي على مبدأ القوة الملزمة حتى وإن وجدت نصوص خاصة كتلك التي تنظم الأحداث الطارئة بخصوص عقود المقاولة، وقيل في رفض الفسخ أن تفسير المادة يجب أن يفسر تفسيرا ضيقا باعتبارها استثناء [37].

ولذا، لو كان النظر إلى النظرية كحليف لمبدأ القوة الملزمة للعقد وشكلا من أشكاله وليس النظر إليهما كضدين متنافرين لأمكن في هذه الأنظمة الوطنية القول بوجود حقيقي فعال للنظرية مما يكفل تحقيق أهدافها واقعا ملموسا.

ولا يخفى أن القوانين الوطنية ومنها العربية ومن ثم الفقه والقضاء قد حذوا حذو المشرع الفرنسي في فهمه للعلاقة بين مبدأ إلزامية العقد ونظرية الظروف الطارئة من ناحية قلة التطبيقات القضائية والاستناد إلى المبدأ في تضييق التطبيق، ولكن الفهم الفرنسي لهذا المبدأ له مبرراته – حسب وجهة نظره – المبنية على انتشار روح الفردانية في وقت سن القانون المدني الفرنسي، وانتشار أفكار حرية الأفراد وسلطان الإرادة ورغبة التشريعات في تقديس العلاقة العقدية بمنأى عن تدخل السلطات [38].

---

[35]انظر بن يحي ، شارف : **ضرورة إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي** ،الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية ،ع 4 ، 2010 ، ص 52.

[36]الدباغ ، أيمن : **منهج الفقهاء المعاصرين في تناول نظرية الظروف الطارئة (تحليل ونقد)** ،مجلة جامعة النجاح للأبحاث – العلوم الإنسانية، مج 28، ع7، 2014 ، ص 1675 – 1676.

[37]كاظم ، حسن علي **: اشتراطات الهاردشيب وأثرها على تعديل العقود الدولية** ، مجلة رسالة الحقوق ، جامعة كربلاء - كلية الحقوق ، ، ع 2 ، السنة الثالثة ، 2011م ، ص 53 .

[38] السنهوري ، عبد الرزاق : **شرح القانون المدني : النظرية العامة للالتزامات : نظرية العقد** ، بدون طبعة ، بيروت ، لبنان ، منشورات محمد الداية ، 1934 ، ص 96 .

أما المذاهب الاشتراكية التي سادت بعد ذلك سعت إلى إقحام الدولة في شؤون الأفراد وعلاقاتهم العقدية محاولة الثورة على مبد سلطان الإرادة المنتشر آنذاك[39]، وبالتالي حاجة المشرع الفرنسي لتفسير الإلزامية على نحو يمنع تدخل الغير في تعديله ضمانا لحرية الأطراف خوفا من تدخل القضاء في الرقابة على العقد، على خلاف المذهب الاشتراكي الذي أتى ليقحم الدولة وسلطاتها في شؤون الأفراد معتبرا أن العقد وإن كان بين طرفين إلا أن مؤسسة العقد في النهاية تلبي الغرض الجمعي لجموع الأفراد مما يعني دائما هيمنة الظروف المحيطة بالعقد – ومنها التقلبات والتغيرات – على مصالح الأفراد الخاصة.

ولكن ما الداعي لاستلاب القوانين العربية أمام هذا الفهم الذي لا يعبر عن الفهم الذي ينادي به الفقه الإسلامي لفكرة إلزامية العقد، الذي يعتبر إلزامية العقد دائما مقترنة بالعدالة والمنفعة والمساواة، ولم يمنعه ذلك من تقرير نظريات العذر والجائحة بدون هواجس القوة الملزمة، بل وضعهما على قدم المساواة كمبدأ ونظريتين متعاونتين لتحقيق مصالح الأفراد، وأن العقد لا يتأبد بوضعه لمجرد التوافق وإنما يجب أن تظل العدالة حاكمة له طيلة مراحله وليس مؤسسا على الفهم الفردي للمبدأ [40]، وهذا الفهم المنبثق من الفقه الإسلامي هو الذي من المفترض أن يسود في القوانين المدنية العربية خاصة أن مجلة الأحكام العدلية سادت فترة في الدول العربية، فما دامت القوانين المدنية العربية مستلهمة من الفقه الإسلامي وقوانينه في جزء كبير منها فلماذا لم تعتمد الفهم الإسلامي لهذا المبدأ ؟ المبدأ الذي هو حقيقة بعيد كل البعد عن فهم المذهب الرأسمالي الفرداني وكذلك بعيد عن المذهب الاشتراكي، بل هو توفيقي بين المذهبين سابق عليهما بحيث احتوى الحسن منهما.

إذن فالمفروض أن يكون القضاء والفقه العربيان غير محاطين بالتخوفات التي في ظلها كان الفهم الفرنسي لهذا المبدأ، وبالتالي تطبيق نظرية الظروف الطارئة استنادا إليه ولكن بفهمه على النحو الدقيق وفق التراث القانوني الإسلامي، مع ضرورة الإشارة أن القوانين والقضاء العربي لم ينسخا عن القضاء الفرنسي تجربته بخصوص الظروف الطارئة بل تقدما عليه بالأخذ بالنظرية في القضاء المدني إضافة إلى الإداري، خلاف الفرنسي الذي اقتصر مدة طويلة على الاعتراف بالنظرية في القضاء الإداري فقط .

---

[39]السنهوري، مرجع سابق ، ص102 .

[40]انظر النعيم، رائف محمد : **الظروف الطارئة على الالتزام العقدي "دراسة تحليلية مقارنة في الفقه الإسلامي والقوانين العربية " في المضمون والآثار ، مجلة الساتل** ، الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية ، كلية الشريعة والقانون ، زليتن- ليبيا، ص 30 .

والأثر السيء الذي تركه اقتداء فقه القانوني العربي بالفهم الفرنسي هو النظر إلى الظروف الطارئة كنقيض القوة الملزمة للعقد، وبالتالي الفهم الضيق للنظرية خوفا من الافتئات على المبدأ، مما يقلص من حالات تطبيق النظرية لصالح المبدأ الذي يجب أن يكون نصيرا للنظرية وليس ضدها.

وعلى أي حال، إن القول بتناغم نظرية الظروف الطارئة مع مبدأ القوة الملزمة للعقد وانبثاقها عنه رغم فوائده التطبيقية في الاستناد عليه لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في حالة عدم وجود تنظيم قانوني لها كما سلف بيانه، إلا أنه لا يفضل بأي حال على تقنين للنظرية واضح المعالم يرسي قواعد واضحة لهذه النظرية ليلجأ إليها القضاء عوضا عن البحث عن أساس آخر قد يكون أقل وضوحا وتعبيرا ومعالجة للظرف الاستثنائي، بمعنى أن وجود تقنين للنظرية يسهل على القضاء الاستناد إلى نص قانوني واضح بدل البحث في أسس في النظريات العامة .

وكما سنرى تباعا، فإن نظرية الظروف الشاقة في مبادئ اليونيدروا تجاوزت التقييدات المشار إليها سلفا كلها فلم تأخذ بها، ويبدو أن واضعي المبادئ كانت تخامرهم فكرة العلاقة المتجانسة بين النظرية والمبدأ، مما حدا بهم إلى تجاوز فكرة الخوف من التعدي على الإلزامية، الأمر الذي وسع من نطاق تطبيق النظرية بحيث أصبحت فعلا نظرية متكاملة ذات فعالية حقيقية في خدمة وتوازن العقد.

الفرع الثاني: علاقة النظرية الحديثة بمبدأ القوة الملزمة للعقد

بالنسبة لنظرية الهاردشيب، إذا نظرنا إلى أهم أثر من آثار النظرية وهو إعادة التفاوض للاحظنا أن إعادة التفاوض يجسد القوة الملزمة للعقد بصورة أوضح مما تؤديه نظرية الظروف الطارئة، بمعنى أن العقد يظل ملزما لأطرافه ما دام نافعا وعادلا وعلى قدم المساواة العقدية، فإن غابت المنفعة والعدالة والمبادئ الأخرى المذكورة سابقا يفقد إلزاميته حتى تعاد إليه هذه المقاصد التي تتحقق باللجوء لنظرية الهاردشيب التي تلجئ الأطراف لإعادة التفاوض لتجسيد إلزامية العقد بنفسه، بمعنى أن النظرية تضع الأطراف أمام ضمائرهم في مواجهة الظروف وتوجب التفاوض بينهم لينسجم ذلك مع مبدأ القوة الملزمة التي تنص " العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ... "، فالتفاوض هو الصورة العملية لـ " اتفاق الطرفين " .

وفي هذا الصدد أشار الأستاذ Joseph M. Perillo إلى فكرة مفادها أن أساس الالتزام بالعقد يتمثل في "الموافقة" على العقد، أي أن الأطراف يوافقون على انعقاد العقد على وضعه وقت التعاقد، وهو ما يكون إلزاميته، وبالتالي لا يتعارض استدعاء أحكام المشقة مع حرية التعاقد،

وعليه يصبح من حق الأطراف استنادا لهذا الأساس طلب إرجاع الأمور إلى نصابها مستعينين بأحكام المشقة [41].

ورغم أن إعادة التفاوض تمثل في الحقيقة الوجه الأمثل لخدمة مبدأ إلزامية العقد نظرا لاستعادة الأطراف عدالة ومنفعة العقد ومساواته بينهم بحسن نية بأنفسهم، فإنه لا يمكن التسليم بأن تدخل القضاء وفق نظرية الهاردشيب يعتبر خروجا على إلزامية العقد وذلك لما سبق بيانه قبلا بخصوص النظرية التقليدية، ولسبب مهم هو أن تدخل القضاء لإعادة التوازن للعقد هو في الحقيقة توجه الأطراف الضمني حين انعقاد العقد إلى اتخاذ الوسائل التي تعيد للعقد توازنه بحيث يرجع كما كان ملزما لهم، فإذا كان القضاء يحقق هذه الميزة المطلوبة فكيف سيكون خروجا على إلزامية العقد ؟ وهل من المعقول أن الأطراف ارتضوا أن يتأبد تطبيق العقد بنفس شروطه مهما تغيرت الظروف وتبدلت الأحوال؟

نفس الأمر حين يتدخل القضاء أو طرف آخر خارج عن الأطراف بموجب نظرية الهاردشيب ليلزمهم بإعادة التفاوض ويراقب جديتهم فيه بموجب " نظرية الهاردشيب " التي تقرر إعادة التفاوض بين الأطراف ومن ثم دور القضاء أو التحكيم بإلزامهم بالتفاوض مع توفر خيارات أخرى، وكأن القضاء يوجه الأطراف إلى تعديل العقد بأنفسهم تأكيدا على القوة الملزمة، فإذا لم يلتزم أحد الأطراف بإعادة التفاوض لسوء نية في صدره فإن على القضاء أن يتدخل ويفرض الجزاء المناسب .

ورغم أن النظريتين تتفقان في انبثاقهما من مبدأ القول الملزمة للعقد بمعنى استعادة إلزاميته من خلال استعادة العدالة والمنفعة والمساواة، إلا أن نظرية الهاردشيب تحتل مكانة في التجارة الدولية وتلقى قبولا أكثر من نظرية الظروف الطارئة التقليدية لأنها من جهة أكدت مبدأ القوة الملزمة للعقد باحتوائها إعادة التفاوض واجبا صريحا، ومن جهة أخرى أن نظرية الظروف الطارئة تجعل تعديل العقد بيد القضاء، مما دفع للقول بأنه خروج عن إلزامية العقد ، ورغم أن الباحث لا يرى في هذا خروجا على الإلزامية لما سبق تفصيله بداية، ولسبب مهم هو احتواء الظروف الطارئة – وإن بشكل ضمني – على إعادة التفاوض، إلا أن الباحث لا شك يقتنع بتفوق نظرية الهاردشيب على نظرية الظروف الطارئة واقتراب الأولى من مبدأ القوة الملزمة

---

[41] Perillo , Joseph M. : **Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts** , Universidad Nacional Autónoma de México - Universidad Pan Americana (1998) , p. 118 , available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perillo3.html .

أكثر من الأخيرة، فالأولى اعتبرت إرادة الأطراف محل اعتبار أول، أما الثانية فكان خيار إرادة الأطراف بإعادة التفاوض ضمنيا غير واضح، ولربما هو ما دفع القضاء الفرنسي إلى رفض الثانية، ودفع القانون والفقه الحديث إلى قبول الأولى في مشروع إصلاح القانون الفرنسي.

ولهذا كانت نظرية الهاردشيب في المبادئ الدولية وعلى رأسها مبادئ اليونيدروا نبراسا للقوانين الوطنية لتحذوا حذوها في الأخذ بفكرة إعادة التفاوض كأثر لتحقق الظرف الشاق مع إمكانية اللجوء للقضاء.

وتجدر الإشارة إلى أن نظرية الهاردشيب تمثل في الحقيقة خليطا من الممارسة العقدية المتمثلة بشرط إعادة التفاوض، ونظرية الظروف الطارئة في القوانين الوطنية، بمعنى أن الهاردشيب قد جمعت الحسنيين إن صح التعبير، فكرة إعادة التفاوض غير المعروفة – بوضوح – في نصوص الظروف الطارئة، وكذلك نظرية الظروف الطارئة التي تشتمل تفصيلا إلى حد ما وتشكل مرجعية قانونية لا يوفرها الشرط لأنه بوصفه شرطا قد يغيب عن العقود أو تختلف مضامينه فيكون اللجوء للنظرية التي تشكل إطارا عاما بوصفها راسخة في القوانين، مما يجعل نظرية الهاردشيب نوعا خاصا من نظريات معالجة تغير الظروف لها أحكامها المتفردة عن سواها من النظريات.

وبالنظر إلى الممارسة العقدية المتمثلة في شرط إعادة التفاوض فإن أساسه القانوني هو "مبدأ سلطان الإرادة" و"والقوة الملزمة للعقد" أي حرية الأطراف في إدراج ما يشاؤون من شروط ما دامت غير مخالفة للنظام العام والقانون، هذا في شق الممارسة العقدية، وفي شق نظرية الظروف الطارئة التقليدية إن صح التعبير فالأساس القانوني كذلك هو القوة الملزمة للعقد على نحو ما سبق بيانه بخصوص نظرية الظروف الطارئة، فيكون كلا الشقين من النظرية مؤسسا على مبدأ القوة الملزمة للعقد.

ولكن تتميز نظرية الهاردشيب عن الظروف الطارئة أن الأولى قد حولت الممارسة العقدية إلى تشريع قانوني مدموج بنظرية الظروف الطارئة التقليدية، بمعنى أن الهاردشيب أشمل من الظروف الطارئة بل تحتويها في إطارها لأنها تحتوي إضافة إليها الممارسة العقدية بشكلها الجديد كنص قانوني، أما نظرية الظروف الطارئة فلم تكن وليدة الممارسة العقدية أو متأثرة بها، ولذا نكون محقين حين نقول إن نظرية الهاردشيب أقرب إلى تحقيق توازن العقد من الظروف الطارئة لأن الأولى مستقاة من ممارسات الأطراف وتشكل تقنينا لما اعتادوا عليه في عقود التجارة الدولية من إدراج شروط إعادة التفاوض، مع عدم إغفال دور القضاء في هذه

النظرية، أما الظروف الطارئة التقليدية فهي تنظير قانوني يبتعد عن التأثر بالممارسة العقدية ويتضح ذلك من عدم اشتمالها على إعادة التفاوض كواجب أساس، بل هو واجب ضمني يشقى مدعيه – بحق – في إثبات وجوده، و يقابل القائل بوجوده صدود القضاء والفقه عنه، فإذا كان القضاء يتردد في إعمال خيار التعديل – وهو الحل الصارخ – في ظروف كثيرة مقيدين بمبدأ القوة الملزمة فكيف بهم يعملون ذلك الحل الضمني ألا وهو إعادة التفاوض ؟

إن هذا الخليط من الممارسة العقدية والدور القضائي في نظرية الهاردشيب ينتج حقيقة نظرية متماسكة متوازنة، فمن جهة لا تترك الأطراف رهن الدور التقليدي للقضاء في التدخل في إعادة التوازن دون اعتبار إرادة الأطراف وإمكانياتهم في إعادة التوازن، ومن جهة أخرى لا يترك للأطراف المدى الفسيح للاتفاق على التفاوض والتعديل دون رقابة توجههم حين حيدتهم عن الطريق القويم وتعسف طرف تجاه الآخر، بل يخضعون لرقابة القضاء في التوثق من صدق تصرفاتهم وسلوكهم.

وأخيرا، إن نظرية الهاردشيب بتضمنها إعادة التفاوض تحقق المقصود الحقيقي لمبدأ إلزامية العقد، وذلك لأنها تجعل التفاوض في يد الأطراف، أي أنها تؤكد وتشرع الالتزام الضمني بإعادة التفاوض الذي هو مفترض في العقود ومنبثق عن إلزامية العقد وفق ما اتفق عليه ابتداء، ولذلك نجد أن نظرية الهاردشيب تؤكد ضمنيا على أنها بذاتها مردها القوة الملزمة للعقد.

ولم تغفل المبادئ الإشارة إلى ضرورة احترام العقد واستمرارية تنفيذه رغم مطالبة أحد الأطراف بإعادة التفاوض، وهو ملزم باستمرارية تنفيذ العقد وإن أصبح التنفيذ مكلفا جدا[42].
ولكن من المهم ذكره في هذا الصدد أن نصوص المشقة حسب ما وردت في المبادئ لا يظهر منها أن واضعي المبادئ قد جعلوا من أحكام المشقة استثناء أو خروجا على مبدأ القوة الملزمة للعقد، فالمادة 6- 2 -1 عندما نصت على احترام العقد وضرورة الاستمرار بتنفيذه لا يعتقد الباحث أن في هذا تأكيدا على استثنائية أحكام المشقة وأصولية مبدأ القوة الملزمة للعقد ، بل غاية النص من احترام العقد واستمراريته رغم توفر الظروف الشاقة أن لا يكون استدعاء المشقة ذريعة يلهو بها أحد الأطراف لتحقيق مآرب غير مشروعة، وخوفا من عسفه في استخدام النصوص، فلم تشأ المبادئ أن تجعل مجرد طلب إعادة التفاوض سببا في وقف تنفيذ العقد وتطبيق أحكام المشقة، بل ضرورة التحقق من صدق ادعاء طالب التفاوض، وذلك من

[42]المادة 6- 2- 1 من المبادئ.
وانظر ROBERTSON, DONALD**: Symposium Paper: Long-Term Relational Contracts and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts ,** p . 189.

خلال انتظار موقف الطرف المخاطب بالطلب الذي تجبره مبادئ حسن النية والتعاون ورغبة استمرار العقد في تصديق المتضرر إن كان ذا حق في ادعائه، وكذلك دور التحكيم أو القضاء في التحقق من صدق ادعاء طالب التفاوض.

ولذا لا يرى الباحث – وفق استقراء النصوص – أي توجه للمبادئ يجعل أحكام المشقة خروجا على إلزامية العقد، في ظل ما ساقه الباحث من تعزيز نصوص المشقة لمبدأ القوة الملزمة أكثر من نظريات الظروف الطارئة التي سادت فيما سبق.

المطلب الثاني: ماهية اختلال توازن العقد

يعالج هذا المطلب مفهوم الاختلال الجوهري في توازن العقد حسب مبادئ اليونيدروا بالمقارنة مع نظريات واتفاقيات مختلفة على المستوى الدولي والوطني للخلوص بالطبيعة المتفردة لمفهومه في المبادئ، ومن ثم استعراض صور الاختلال " المشقة " التي تغطيها النظرية، والتي يتضح إبان توضيحها مدى اتساع النظرية وشمولها لحالات قد تقصر عنها النظريات الأخرى.

الفرع الأول: مفهوم الاختلال

للتوصل لمفهوم اختلال توازن العقد بموجب المبادئ يتوجب الحديث عن أمرين جوهريين هما صفة الاختلال ومن ثم معيار الاختلال.

أولا: صفة الاختلال

1- اختلال جوهري

بداية، يجب أن يتسبب الحادث الطارئ في خسارة فادحة وليس مجرد المخاطر المألوفة العادية، والتغير الجوهري الذي يجب البحث عنه ليس التغير الجوهري في الظروف المحيطة بالعقد بقدر ما هو التغير الجوهري في التزام أحد الأطراف، لأنه قد تتغير ظروف العقد تغيرا كبيرا ولكن توازن العقد يبقى قائما ولا يتأثر بالتغير الهائل، وفي هذا الصدد قضى قرار تحكيمي أنه "على المحكم أو القاضي أن يضع في اعتباره أن الأمر لا يتعلق بمعرفة ما إذا كان هناك تغير جذري في الظروف ولكنه يتعلق بمعرفة ما إذا كان هناك تغير جذري في الالتزام "[43].

وتأكيدا على شرط الخلل الجوهري، تقرر رفض ادعاءات المدعية المؤجرة "مدينة أوكرانية" ضد المدعى عليها المستأجرة "شركة أوكرانية"، وكانت الادعاءات بخصوص صدور تشريع جديد أدى إلى زيادة أسعار تأجير الأراضي، وبالتالي أصبحت الأسعار القديمة

[43]مروك، أحمد، مرجع سابق، ص 175 .

المتفق عليها التي تدفعها الشركة المستأجرة لا تكفي لتحقق الفائدة للمدعية، ولكن المحكمة رفضت هذه المطالبات نظرا لأن الخلل الذي لحق بالمدعية لم يكن جوهريا[44].

وتنص المادة 6-2-2 على " الاختلال الجوهري بتوازن العقد "، بينما ينص قانون البيوع الأوروبي المشترك CESL في المادة 89 (1) على تعبير " عبء مفرط بسبب تغيير استثنائي في ظروف العقد "، وإذا قارننا بين التعبيرين نجد تعبير اليونيدروا أكثر دقة، وذلك لأن CESL تشترط الاستثنائية في العقد، والاستثنائية تتصل غالبا بالعمومية، لأن الحدث الاستثنائي هو ذلك الحدث الذي لا يكون مألوفا عند جموع الناس، مما يعني إمكانية القول باشتراط العمومية في CESL على خلاف اليونيدروا التي استخدمت تعبير " اختلال جوهري " دون إشارة إلى استثنائية الظرف، مما يعني هجر المبادئ لشرط العمومية المستقى ضمنيا من الاستثنائية، وهو أفضل من أجل تحقيق مصلحة الأفراد على نحو أوسع.

وبالنسبة لـCESL فقد استخدم لوصف الإرهاق تعبير "excessively onerous" وهو ما يعني " مفرط "، في حين استخدمت مبادئ اليونيدروا تعبير "fundamentally alters" والذي يعني " الإخلال الجوهري "، مما يثير تساؤلا حول التعبيرين، هل يحملان نفس الدلالة[45]؟

يعتقد الباحث أن تعبير اليونيدروا جاء بصيغة أكثر مرونة واتساعا بحيث يوسع هذا التعبير من نطاق تطبيق النص، أما تعبير CESL فقد كان أكثر صرامة بخصوص توافر حالة المشقة، وذلك لأن تعبير " الإرهاق المفرط " يبدو أنه يتطلب درجة عالية من الجسامة لا يتطلبها تعبير "الخلل الجوهري " .

وبمقارنة المبادئ مع مبادئ القانون الأوروبي للعقود PECL نلاحظ أن الأخيرة لم تشترط "الإخلال الجوهري في توازن العقد "، إذ جاء نص المادة 111.6 (2) خلوا من الإشارة إلى هذا الأثر للحادث، بل اكتفى بأن يؤدي الحادث إلى زيادة التكاليف على أحد الأطراف أو خفض قيمة ما يتلقاه أحد الأطراف.

---

[44]Poltava Regional Commercial Court , No: 25/37 , 22.03.2010 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1726&step=Abstract .

[45]See Girsberger , Daniel and Zapolskis, Paulius :**fundamental alteration of the contractual equilibrium under hardship exemption**,ISSN 1392– 6195 (print)ISSN 2029 –2058 , (online)JURISPRUDENCIJAJURISPRUDENCE , 19(1) , 2012 , p. 123 – 124.

ويفهم من ذلك، أن الحادث حسب PECL يكفي أن يؤثر في الأداء بإحدى الصورتين، وفي ظل عدم اشتراط الإخلال الجوهري بتوازن العقد، قد يتوفر " تغير الظروف " رغم عدم الإخلال الجوهري بتوازن العقد الإجمالي، أي بمجرد تأثير الحادث في الأداء بصورة مفرطة، بمعنى إمكانية توفر حالة المشقة في حق المدين الذي وضع نفسه في صفقة سيئة رغم عدم استحقاق وصف " المشقة " على حالته [46]، الأمر الذي يضر بالمتعاقد الآخر.

ولذلك، فالنص على " التغيير الجوهري في التوازن " يضفي صفة موضوعية إضافة إلى الإحالات الشخصية على ظروف المدين، مما يعني قدرا أكبر من الدقة في تحديد حالة المشقة في المبادئ منها في مبادئ القانون الأوروبي للعقود.

وفي صدد تفسير كلمة "fundamentally" الواردة في المبادئ اعتبر التغيير الذي يصل 50 % أو أكثر أنه تغيير جوهري يسمح بإعمال النظرية [47]، فقد قررت محكمة النقض البلجيكية أن الارتفاع غير المتوقع في سعر الصلب بنسبة 70 % يعد إخلالا جوهريا بتوازن العقد ويخضع لأحكام المشقة بموجب المبادئ [48].

فيما يبدو أن التغييرات بزيادة التكاليف التي تقل عن هذا الحد لم يجر الاعتراف بوصولها درجة المشقة حسب المبادئ [49]، إذ لم تعترف هيئات التحكيم بالتكاليف التي زادت بمقدار 13% و 30 % و33% أو من 25 – 50 % على أنها كافية لتشكل مشقة [50]، ففي القضية رقم 3952 لسنة 1982 رفضت هيئة التحكيم الاعتراف بوجود مشقة وذلك لأن زيادة التكلفة بمقدار الثلث عن سعر السوق لا تكفي للقول بوجود مشقة [51] .

---

[46]Backhaus , Richard : **the limits of the duty to perform in the principles of European contract law** , Electronic Journal of Comparative Law, vol. 8.1, March 2004 , P. 18.

[47]Bund , Jennifer M . : **Force majeure Clauses: Drafting Advice for the CISG Practitioner** , 17 Journal of Law and Commerce ,1998 , p . 391. Available at : http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/bund.html .

[48]Hof van Cassatie [Cour de cassation: Supreme Court] Belgium Scafom International v. Lorraine Tubes S.A.S. , 19 June 2009 [C.07.0289.N] ,Translation by Kristof Cox , available at :http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html.
وانظر : Court of Cassation of Belgium , C.07.0289.N , 19.06.2009 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1456&step=Abstract.

[49]Maskow , Dietrich **: Hardship and Force Majeure**, 40 AM. J. COMP. L , 1992 , p. 662 , available at : http://www.trans-lex.org/126400 .

[50]Girsberger , Daniel and Zapolskis , Paulius , op.cit , 125 – 126.

[51]SeeMelis , Werner: **Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practices of the ICC Court of Arbitration**, 1 J.Int'l Arb. 1984 , p.221, available at :http://www.trans-lex.org/126600/.

وفي قضية أخرى [52] ، رغم قرار محكمة في ليتوانيا بتعديل العقد نظرا لنقص أساسي في القيمة الأمر الذي أضر بالمدين، إلا أن المحكمة لم تعلن في قرارها الاستناد إلى أحكام المشقة وفق المبادئ وذلك لأن الانخفاض في أسعار الإيجار كان بين 30 – 40 % ولم يصل 50 %.

ويبدو أن الاصطلاح على نسبة 50 % جاء بهدف حسم النزاعات المتعلقة بلحظة إعمال النظرية، خاصة وأن الظروف الطارئة في القوانين الوطنية لا تحدد نسبة محددة للقول بوجود "خسارة فادحة "، فقد ذهب أحد القرارات – في مجال نظرية الظروف الطارئة الوطنية – إلى القول أن لحظة إعمال الظروف الطارئة هي اللحظة التي يزيد فيها عبء التكاليف عن الحد الأقصى لارتفاع الأسعار المتوقع من قبل الأطراف وقت إبرام العقد [53]، ولكن دون تحديد نسبة معينة [54]، ويظهر أن المبادئ قد اعتبرت أن الزيادة بنسبة 50% هي الزيادة التي تسمح بالقول بخلل جوهري يزيد عن الحد المتوقع من قبل الأطراف، ولربما يكون في هذا التحديد فائدة في منع التخبط في تقدير النسب في كل حالة.

ولكن من جانب آخر لربما يكون في هذا التحديد تضييق في نطاق التطبيق، فقد تختلف ظروف عقد عن آخر بحيث لا يمكن تحديد مقدار موحد لكل العقود، ويبدو أن المبادئ تعتبر نسبة 50% اقتراحا وإرشادا وليس ملزما للجهة ناظرة النزاع.

وتشترك المبادئ والظروف الطارئة في القوانين الوطنية في اشتراط الإرهاق بشرط ألا يكون ضمن الخسائر العادية التي هي جزء من المخاطر المحتملة للتعاقد[55].

كما لا يصل الاختلال في توازن العقد إلى درجة استحالة التنفيذ لأنه عندئذ نكون بصدد قوة قاهرة بموجب المادة 7 من المبادئ، فالاستحالة تعدم قدرة المدين على تنفيذ الالتزام إما مؤقتا فيوقف تنفيذ العقد، أو مطلقا فيعفى المدين من مسؤولية التعويض عن عدم التنفيذ، في حين إن

---

[52]Supreme Court of Lithuania ,No.3K-3-256/2011 , 31.05.2011 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1898&step=Abstract.

[53]الطعن 259 لسنة 28 ق – جلسة 21 / 3 / 1963 س 14 ص 347 مشار إليه لدى خلوصي، محمد ماجد، **قضايا تحكيمية** ، بدون طبعة ، مصر ، دار الكتب القانونية ، 2008 ، ص 298 .

[54]رغم ذلك ، يبدو أن مقدار 50 % ليس مهجورا تماما في النظرية التقليدية ، فقد قضت محكمة استئناف القاهرة في حكمها الصادر في 10 مايو سنة 1960م، أن "هبوط قيمة المبيع إلى ما يقارب النصف ، يعتبر خسارة فادحة ،لأنه يزيد على ما يتغابن فيه الناس " ، وذهبت محكمة كفر الشيخ المصرية في حكمها الصادر في 2 مارس سنة 1955م، بأن "هبوط قيمة الفدان من مائة جنيه إلى سبعين جنيها لا يعتبر خسارة فادحة" ، القراران مشار إليهما لدى شليبك ، أحمد الصويعي : **نظرية الظروف الطارئة : أركانها وشروطها** ، كلية الشريعة – المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية ،مج 3 ،ع2 ، 2007، هامش 112 ، 110 ، متوفر على الإنترنت : http://aliftaa.jo/Research.aspx?ResearchId=72#_edn110 ، تاريخ الدخول : 5/ 7 / 2016 ، الساعة : 13:20 .

[55]مندي، يسمينة آسيا: **النظام العام والعقود** ، رسالة لنيل شاهدة الماجستير ، جامعة يوسف بن خدة – كلية الحقوق ، 2008- 2009 ، ص 88 .

المشقة هي اختلال في توازن العقد يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين ويكلفه مشقة وصعوبة في التنفيذ، لكنه ممكن وغير مستحيل[56].

وتجدر الإشارة أن المبادئ لم تورد أمثلة على الأحداث التي تمثل اختلالا في توازن العقد، رغبة منها في ترك الحرية للأطراف ليتفقوا على طبيعة هذه الأحداث، واكتفت بالنص على الآثار الناتجة عن الأحداث بأنها تحدث خللا جوهريا في توازن الأداءات، فإذا نظرنا إلى نصوص المشقة لا نجد اشتراطا يخص طبيعة الحادث في حد ذاته، بل هي اشتراطات تخص موقف الأطراف منه، فطبيعة الأحداث غير مهمة في مجال إعمال نص المشقة [57].

وهذا موقف محمود انتهجته المبادئ وذلك لأن الأطراف أدرى بعقودهم وبظروفها الاقتصادية، وليس من وظيفة النص القانوني تعداد الأمثلة إنما وضع الأطر العامة لتنظيم المسألة القانونية التي يبتغيها، إضافة إلى أن المبادئ بهذا التوجه تدعم " حرية الأطراف في العقد " و" القوة الملزمة للعقد " ويكون نصها بذلك عاما يستوعب الكثير من الأحداث في عقود مختلفة ومتنوعة.

2- اختلال غير عادل

رغم أن المبادئ لا تشير إلى فكرة العدالة في معرض تنظيم المشقة إلا أن من ميزات الممارسة العقدية المتمثلة في شرط إعادة التفاوض الإشارة إلى فكرة أن يكون الاختلال غير عادل، أي ليس مجرد التغيير الطفيف، بل القدر الذي يجعل من غير العدالة تنفيذ الالتزام [58]، والإحالة إلى عدم العدالة فيها صبغة أخلاقية تميز شروط إعادة التفاوض عن الطرق الأخرى في مراجعة العقد في حالات المشقة.

ويعتقد الباحث أن المبادئ وإن لم تشر إلى هذه الفكرة بتعبير صريح إلا أنه يمكن أن يستشف توجه المبادئ إلى فكرة العدالة من خلال مصطلح " المعقولية " الذي زخرت به نصوص المشقة، ولا يظن الباحث أن تكرار المصطلح تحديدا في نصوص المشقة تكرار خال من الدلالة، بل يبدو أنه الإشارة إلى فكرة العدالة بمفهوم قريب هو " المعقول " .

---

[56]انظر السنهوري ، عبد الرزاق ، مرجع سابق ، ص 631 . وانظر نقض مصري ، الطعن رقم 502 لسنة 39 جلسة 09/06/1975 س 26 ص 1163 ق 223. وانظر نقض مصري ، الطعن رقم 187 لسنة 29 جلسة 02/07/1964 س 15 ص 895 ق 139.

[57]Dawwas , Amin : **Alteration of the Contractual Equilibrium Under the UNIDROIT Principles** , Pace International Law Review Online Companion , school of law, 12-1-2010 , p 5-6 .

[58]مروك ، أحمد ، مرجع سابق ، ص 177 – 179 .

ومن إحدى تفسيرات "المعقول" أنه آلية يستعملها القاضي بترخيص من المشرع ليقدر من خلالها بعض الوقائع التي يستحيل على النص التشريعي أن يحددها بشكل دقيق، نظرا لتنوع السلوك الإنساني وبالتالي فلا نقع في فراغ تشريعي ويكون للقاضي سلطة لسد هذا الفراغ عن طريق فكرة "المعقول"[59].

ووفق هذا الفهم لفكرة المعقول يمكن القول إن المعقول يقوم دور " مبادئ العدالة " أو بالأحرى يتكاملان معا[60]، إذ الأخيرة كذلك وسيلة يستعين بها القاضي في الحالات التي يعتقد فيها بضرورة إعمال المنطق وروح القانون حين تعجز قوالب القانون الجامدة عن أداء غرضها، فيصبح لجوء القضاء وفق المبادئ إلى اشتراط الاختلال غير العادل أساسه فكرة " المعقول" التي تؤدي نفس الغرض.

وبالتالي، صحيح أن المبادئ استخدمت مصطلح " المعقولية " في حالات محددة سيشار إليها في متن هذا البحث، إلا أنه لا حرج في القول إن المبادئ توعز إلى القضاء أو التحكيم أخذ هذا المبدأ في الحسبان كلما اقتضت الحاجة، وبذلك تكون إحدى سبل القضاء في النظر إلى توفر الاختلال أن يكون غير عادل.

وعدم العدالة مكمل لصفة الجوهرية في الإخلال، وربما تكون الفائدة العملية من هذين الصفتين في الإخلال في حالات الصعوبة في تحديد مقدار الاختلال ومدى اعتبار نسبة معينة في تحديد الاختلال أمرا مقبولا، إذ من خلال فكرة العدالة المرنة يمكن اعتبار حالات معينة حالات مشقة في حال لم تكن المعايير النسبية والرقمية مؤدية الغرض، فلنفرض أن حالة معينة قدرت فيها نسبة التكاليف الزائدة 40 % وهو مقدار قريب من 50% شبه المتوافق عليه في قياس المشقة، إننا إذا ما أعملنا المعايير الحسابية بحرفية وجمود سنقول أن هذه الزيادة لم تصل 50 % وبالتالي عدم استحقاق المتضرر التمسك بالمشقة، ولكن الأخذ بفكرة العدالة يجعل في يد ناظر النزاع قدرة اللجوء إلى مبادئ العدالة والإنصاف والمعقولية ومن ثم القدرة على مزج الجانب الأخلاقي وروح القانون إلى جانب المعايير الاقتصادية الكمية، ومن ثم هو حقيقة أرعى لمصالح المتقاضين .

[59]جراد ، أحمد بلحاج نقلا عن زمام جمعة ، مرجع سابق ، ص 387 .

[60]WEISZBERG, Guillaume , op . cit , footnote 938 , 1015 .

ثانيا: معيار تقدير الاختلال

ينقسم الفقه في معيار تقدير الاختلال إلى عدة معايير: فإما يكون معيارا موضوعيا أو شخصيا أو مختلطا.

أ) المعيار الموضوعي

في المعيار الموضوعي يتشابه مفهوم الإرهاق مع ما يسمى الخلل في معطيات العقد الأساسية بحيث يتفاجأ الأطراف بأنهم بصدد عقد جديد غير الذي أبرموه قبل حصول الحادث، مما يعني أن الحادث كان من الخطورة بحيث قلب معطيات العقد وغير في موضوعه وهذا معيار موضوعي بالنظر إلى ظروف العقد، والمعيار الموضوعي يجمع عليه الفقه [61] في تقدير الإخلال في نظرية الظروف الطارئة الوطنية.

ولكن، لا شك أن المعيار الموضوعي الذي يهتم بالنظر إلى حجم الضرر اللاحق باقتصاد العقد بشكل موضوعي فيه عدم دقة، فقد يكون المدين متضررا ضررا فادحا نظرا لوضعه الاقتصادي السيئ في حين انه وفق المعيار الموضوعي غير متضرر كثيرا لو قلنا بوضع شخص معتاد في نفس الظروف، أو العكس بأن يكون المعيار يقرر أنه متضرر ضررا فادحا في حين أن ثراء المدين يجعل الضرر غير كبير ومقدورا عليه، عدا أن المعيار الموضوعي فيه مشكلة من ناحية تفسير إرادة الأطراف خاصة إذا استخدم الأطراف مصطلحات عامة أو غامضة تحتمل أكثر من وجه [62].

ب) المعيار الشخصي

ثمة معيار شخصي يستند إلى فكرة أن يصبح الالتزام " غير عادل " وهو مفهوم فضفاض لكنه يحيل إلى ظروف المتضرر الشخصية وما إذا أصبح العقد غير عادل بالنسبة له، فقد تكون آثار

---

[61] انظر السنهوري ، عبد الرزاق ، مرجع سابق ، ص 646 . وانظر طلبة ، أنور : **انحلال العقود** ، بدون طبعة ، بدون مكان نشر ، المكتب الجامعي الحديث ، ، بدون سنة نشر ، ص 436 ، وانظر الفضل ، منذر : **النظرية العامة للالتزامات " دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية " الجزء الأول : مصادر الالتزام** ، بدون طبعة ، عمان ، الأردن ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 1996 ، ص 282 ، وانظر مندي ، آسية يسمينة ، مرجع سابق، ص91 – 92 . وانظر نقض مصري ، الطعن رقم 359 لسنة 26 جلسة 10/05/1962 س 13 ص 629 ق 95 . وانظر نقض مصري ، الطعن رقم 359 لسنة 26 جلسة 10/05/1962 س 13 ع 2 ص 629 .

[62] جاسم ، أسيل باقر ، **النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض " دراسة في عقود التجارة الدولية "** ، جامعة بابل ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، مج 3 ، ع 1 ، 2011، ص 127- 128 .

العقد عادلة بالنسبة لشخص آخر لكنها ليست عادلة بحق المدين المتضرر فعلا[63]، وهذا راجع إلى سلطة الأطراف الكبيرة في تحديد مفهوم الإرهاق وتوفر شروطه خلافا لنظرية الظروف الطارئة التي تفترض معيارا موضوعيا للوصول إلى تحقق الإرهاق من عدمه.

ويعتبر المعيار الشخصي الأكثر تنظيما من قبل الأطراف، كما أن قضاء التحكيم يتبناه حين لا ينص الأطراف على معيار معين باعتباره يحقق مصلحة أطراف العقد ويعبر عن إمكانياتهم بصورة دقيقة، أو حين لا يحددون العنصر الذي يرد عليه الاختلال أو نسبة معينة تعتبر إخلالا، ففي هذه الفروض يتم اللجوء إلى المعيار الشخصي[64].

وهو حسب مؤيديه الأقرب للتعبير عن اختلال التوازن، وينحى باتجاه الاهتمام بإرادة الأطراف، خاصة أنه يسمح بقياس خسائر المتضرر ومكاسب الطرف الآخر مما يوفر بحثا مزدوجا يفيد في تقدير الضرر بشكل واضح، ولا شك أن الأطراف في الغالب ينحون إلى الرغبة في تقدير ظروفهم في العقد المنظم من قبلهم وليس تفحص ماديات العقد واقتصادياته بمعزل عن ظروفهم الشخصية، إلا حيث ينصون بشكل قاطع على المعيار موضوعي بعبارات لا لبس فيها[65].

ورغم ميزات المعيار الشخصي إلا أنه انتقد كذلك، بسبب عدم اتساق معنى واحد لمفاهيم "العدالة" و"الأخلاق" و "الأمانة" وغيرها من المفاهيم المتعلقة بضمير الأطراف وبواطنهم [66].

لذا صار التوجه إلى ما يسمى المعيار المختلط والذي يبدو أن مبادئ اليونيدروا سعت إلى تبنيه بحيث احتوت أفضل ما في الممارسات العقدية على النحو التالي.

ج) المعيار المختلط

ينبغي اللجوء إلى معايير شخصية وأخرى موضوعية حسب الأستاذة Kalina Varbanova والأستاذين Daniel Girsberger and Paulius Zapolskis في تقدير وجود "المشقة" أو "تغير الظروف"، فيتم اللجوء إلى المعيار الموضوعي المنصب على تقدير توازن العقد بحسابات كمية واقتصادية، بحيث يتم النظر إلى العقد بعد وقوع الظرف الشاق، وتضع المحكمة نفسها مكان المتعاقدين أنفسهم في عقد افتراضي وتسأل نفسها السؤال التالي: هل أن الأطراف في ظل هذه الظروف الشاقة كانوا ليبرموا العقد تحت هذه الظروف؟ فإن كان الجواب لا، فذلك

---

[63] غنام ، شريف : **أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية (أثر القوة القاهرة وال hardship على تنفيذ العقد الدولية)**، ط1 ، الإمارات العربية المتحدة ، أكاديمية شرطة دبي – إدارة الدراسات العليا ،2010 ، ص 154 – 155.

[64] المرجع السابق، ص 157 – 158 .

[65] المرجع السابق ، ص 159 – 160 .

[66] المرجع السابق ، ص 381 .

يؤذن بوجود المشقة، أما إن كان الجواب نعم، فهذا يعني أن الظروف ليست شاقة ولا مرهقة للمدين وأنها ضمن " النطاق الطبيعي للظروف "، ويستند كذلك إضافة إلى المعيار الموضوعي على معيار شخصي بالنظر إلى ظروف الطرفين الشخصية والمالية والاقتصادية [67].

وقد عرفت القوانين الوطنية فكرة اختلال العقد كما في نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني في غزة رقم 4 لسنة 2012، إذ تنص المادة 151 " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها **أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، أصبح مرهقاً للمدين، يهدده بخسارة فادحة**، جاز للمحكمة تبعاً للظروف أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك ".

يتضح من النص اشتراط الإرهاق في تنفيذ الالتزام وتهديد المدين "بخسارة فادحة"، بينما المبادئ استخدمت تعبير "الإخلال الجوهري بتوازن العقد إما بزيادة التكاليف على أحد الأطراف أو انخفاض قيمة ما يتلقاه".

وحسب رأي الباحث فإن هذا التعبير الذي استخدمته المبادئ يحيل إلى معيار مختلط، أي مختلط بين المعيار الشخصي والموضوعي، فتعبير " الإخلال الجوهري بتوازن العقد " يحيل إلى معيار موضوعي يتعلق بتوازن العقد ، والتوضيح الذي أعقب هذا المصطلح العام بالقول " إما بزيادة التكاليف على أحد الأطراف أو بخفض قيمة ما يتلقاه أحد الأطراف " يشير إلى المعيار الشخصي الذي يأخذ بظروف المتعاقدين، وعدم الاكتفاء بالمعيار الموضوعي، أي ضرورة أن تصب صور الاختلال ذات الطابع الشخصي للطرف المتضرر في إحداث الاختلال الموضوعي المتمثل بتوازن العقد، فلا يكفي توفر مشقة أو إرهاق لأحد الأطراف إذا لم يؤد هذا الإرهاق إلى خلل جوهري في توازن العقد .

---

[67] Varbanova , Kalina : **Hardship as one of the main principles of European contract law Proposing a just regulation of hardship in the Common European Sales Law)** , July, 2014 , p.12. see also Girsberger , Daniel and Zapolskis , Paulius , op.cit , p.125.
وانظر غنام ، شريف ، مرجع سابق ، ص 382 ، وانظر رأي الأستاذR.ALACHKAR و الأستاذ -P.ACCAOUI LORFINGنقلا عن عبد اللطيف، هني :**حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد – دراسة مقارنة -** ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراة ، جامعة أبو بكر بلقايد - كلية الحقوق والعلوم السياسية –، تلمسان ، الجزائر ، 2015- 2016 ، ص 98 – 99 .و بوكماش ، محمد ، مرجع سابق ، ص 256 . وسمامعة ، خالد رضوان أحمد : **سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الأردني / دراسة مقارنة** ، الجامعة الأردنية – كلية الدراسات العليا ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، عمان- الأردن ، 1997 ، ص 68 – 69 .

ولا شك أن المبادئ بهذا التوجه المستنبط من النص قد اختارت أفضل الحلول الموجودة في الممارسة العقدية، بحيث تجنبت الانتقادات الموجهة للمعيارين، هذا خلاف النصوص الوطنية التي تفتقر للمعيار المختلط وتتبنى المعيار الموضوعي.

فتعبير " الخسارة الفادحة " يعني عدم أحقية المدين في التمسك بالظروف الطارئة ما دامت الخسارة غير فادحة وإن أدى الظرف الطارئ إلى إخلال جوهري في توازن العقد، لأن هذا التعبير يتعلق بأداء المدين وحده ولا توجد ثمة إشارة إلى خلل في توازن العقد، إذ المعيار هو الخلل في التنفيذ وحده دون تطرق لخلل في توازن وأساس العقد، بينما المبادئ توفر للمدين إغاثة وإن لم يصب بخسارة فادحة ما دام تحقق الإخلال الجوهري بتوازن العقد، بدليل عدم اشتراط مقدار محدد للجسامة، ولذا جاء الحديث عن رفع التكاليف أو إنقاص القيمة مجردا من معيار محدد، وفي هذا توسع في مفهوم الظروف الشاقة، أما معيار " الإخلال الجوهري " فمتعلق بتوازن العقد وليس بما يلحق الأطراف من خسارة.
ويؤيد هذا التوجه للمبادئ ما سيأتي ذكره بخصوص صورة من صور الاختلال المتمثلة في انخفاض مقابل ما أداه المدين وإن لم يصبح التنفيذ مرهقا[68]، وهذا يتسق مع اشتراط اليونيدروا الخلل الجوهري في توازن العقد حتى وإن كان التنفيذ غير شاق.

وجدير بالذكر أن المبادئ تختلف عن القوانين الوطنية كالقانون المدني في غزة في أنها لا تعني بالاختلال أو الإرهاق المرتبط بالتنفيذ الإيجابي من المدين، أي عدم حصر المشقة في صعوبة إتمام التنفيذ من جانب المدين، في حين أن القوانين الوطنية تتطرق غالبا إلى حالة صعوبة في تنفيذ الالتزام على النحو المطلوب، وبالتالي حصر حالات المشقة في حالة زيادة التكاليف على المدين، وإمكانية خروج حالة خفض قيمة ما يتلقاه مقابل أدائه من حالات المشقة، أو على الأقل صعوبة لدى القضاء في تفسير النص خاصة في ظل النظرة الضيقة لتطبيق النظرية كونها استثناء على إلزامية العقد.

وفي مقابل حرص المبادئ على إغاثة المدين المتضرر فإنها لا تغفل مصالح الدائن، فلا يمكن للمدين استدعاء أحكام المشقة إذا كان الضرر لم يطل توازن الأداءات على نحو حقيقي، وكمثال على ذلك، لنفرض أن شركة أبرمت عدة عقود مترابطة، وتسبب حادث استثنائي في اختلال

[68]انظر هامش 65 من هذه الرسالة .

أداء التزامات عقد من هذه العقود وكانت نتائج الصفقة تشير إلى أرباح كبيرة على الرغم من الخسارة الفادحة في العقد الواحد، فهنا لا مجال لإعمال النظرية[69].

أما حسب القانون المدني في غزة وفقا لتعبير "الخسارة الفادحة" وفي ظل عدم الحديث عن فكرة " توازن العقد " قد يصار إلى تطبيق النظرية بحجة وجود خسارة كبيرة في أحد العقود، دون نظر إلى أرباح الصفقة برمتها.

على عكس ذلك، وفقا للمبادئ لا تعتبر خسارة المدين المالية سببا في تطبيق الهاردشيب في الحالة التي يكون فيها وضع المدين العام لا يشير إلى خسارة فادحة في الصفقة الواحدة، أي أنه رغم الخسارة الكبيرة في عقد من هذه العقود التي تشكل صفقة إلا أن هذه الخسارة تندرج تحت "زيادة التكاليف على أحد الأطراف أو خفض قيمة ما يتلقاه أحد الأطراف" لكنها لم تشكل "إخلالا جوهريا بتوازن العقد" الذي تشترطه النظرية، وهو الاختلاف المشار إليه عن الظروف الطارئة في القانون المدني في غزة ، التي تعنى بالخسارة في تنفيذ الالتزام فقط دون نظر إلى مجمل العقد وتوازن الأداءات، الأمر الذي يؤدي إلى تطبيق النظرية بلا مبرر حقيقي لتطبيقها، ومن ثم الإضرار بالدائن في سبيل مساعدة المدين.

ومرد توجه المبادئ أيضا في هذه الحالة الخشية من تعسف المدين ورغبته في استغلال النظرية لإعادة التفاوض بشأن أمور أخرى من خلال الخلل الذي أصابه في عقد من العقود، أو لأن العقود التجارية الدولية مهمة لأطرافها ويتوجب الحفاظ عليها وعدم إضاعة الوقت حينما لا يكون ثمة مبرر لأن إعادة التفاوض تأخذ إجراءات ومراحل عدة.

ولكن هذا ليس معناه عدم توفر الهاردشيب في حالة المدين ذي الوضع المالي الممتاز ولكنه يتضرر جراء عقد من العقود، فلا يمكن القول بعدم توفر الهاردشيب بالنظر إلى وضعه المالي العام، بل ما ينظر إليه هو العقد الذي وقعت فيها الظروف الشاقة.

الفرع الثاني: صور الإخلال الجوهري

الحقيقة أن المبادئ وإن لم تذكر سوى صورتي "زيادة التكاليف" أو "خفض القيمة" من صور الاختلال، غير أنه توجد صور أخرى تندرج ضمن فهم هاتين الصورتين اللتان وردتا بصياغة عامة تسمح باستنباط عدة صور من خلالهما على النحو التالي.

[69]Girsberger, Daniel , op.cit , p. 132 .

أولا: زيادة تكاليف التنفيذ

وهو ما عبرت عنه المبادئ بقولها "... بزيادة تكاليف التنفيذ على أحد الأطراف"، وفي إحدى القضايا [70]، ثار نزاع بين المدعية وهي شركة فرنسية والمدعى عليها وهي شركة أمريكية اتفقتا على أن تقوم الأخيرة بترويج وتوزيع منتجات في حين تلتزم الأولى بتوريد مواد خام للثانية، ونتيجة زيادة التكاليف من قبل وكالة حكومية، لم تستطع المدعية تقديم المواد الخام على النحو المتفق عليه في العقد، فقامت المدعى عليها على إثر ذلك بإنهاء العقد، مما أدى إلى رفع المدعية دعوى تطالب فيها بعدم قانونية الإنهاء وأنه كان من المفترض التفاوض بغية تعديل العقد، وأقرت هيئة التحكيم مطالب المدعية.

ومن الضروري أن تخل الزيادة إخلالا أساسيا في توازن العقد وهو ما اشترطه قرار صدر بخصوص قضية بين مشتر تركي وشركة تركيب آلات اتفقا على قيام الشركة تركيب آلة لإنتاج السكر، وبعد تركيب الآلة تعذر المشتري بوجود مشقة نظرا لانخفاض الطلب على السكر، وفشل الطرفان في الاتفاق على إعادة النظر في العقد، فقررت الشركة إنهاء العقد، وعلى إثر ذلك قررت المحكمة أن ادعاءات المشتري لا تشكل مشقة، وذلك لأنها مجرد زيادة تكاليف في أدائه ولم تبلغ حد الإخلال الجوهري[71].

ثانيا: انخفاض قيمة ما يتلقاه أحد الأطراف

في هذا السياق رفضت محكمة جنيف التجارية مطالبات المدعية وهي شركة تأمين أوكرانية ضد بنك أوكراني الذي أعلن إنهاء العقد، واعتبرت المحكمة أن البنك خرق العقد، بالإضافة إلى وقوع الأزمة الاقتصادية العالمية الأخيرة والتي تسببت في إفلاس كثير من عملاء البنك المدعى عليه، الأمر الذي أثر على عوائد التأمين وسبب خسائر كبيرة له، وأن البنك لم يتخذ أي خطوات لتحصيل ديونه، وكان رفض المحكمة مطالبات المدعية مؤسسا على أن الأزمة الاقتصادية

---

[70]ICC International Court of Arbitration , No : 9994, 00.12.2001 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1062&step=Abstract .

[71]ICC International Court of Arbitration Zürich , 8486 , No : 8486 , 09.1996 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=630&step=Abstract .
وانظر في نفس المعنى Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem (São Paulo, Brazil) , No: 1/2008 ,09.02.2009 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1530&step=Abstract .

العالمية لم تشكل إخلالا جوهريا بتوازن العقد، وأن المدعية لم تكن مخولة بالامتناع عن الأداء لمجرد ادعائها وجود المشقة [72].

وحالة أخرى من حالات المشقة هي انخفاض قيمة مقابل أداء أحد الأطراف بغض النظر عن القدرة على التنفيذ[73]، ولكن مع ضرورة ألا يكون الانخفاض هذا مجرد قلة في الأرباح فحينها لا مجال لاستدعاء أحكام المشقة [74]، أي بمعنى أن قلة الأرباح بشكل مجرد دون أن يؤثر ذلك في توازن الأداءات لا يصلح سببا لطلب إعمال نصوص المشقة.

وتجدر الإشارة أن نظرية الظروف الطارئة الوطنية لا تعتبر انعدام أرباح المدين ظرفا طارئا[75]، في حين يمكن في ظل أحكام المشقة بموجب المبادئ اعتبار هذه الحالة من ضمن حالات خفض قيمة ما يتلقاه أحد الأطراف، بل هي أكثر من مجرد انخفاض، إذ هي انعدام الأرباح.

ثالثا: إحباط الغرض من العقد

تغطي المبادئ حالة من حالات المشقة وهي إحباط الغرض من العقد والتي قد تكون شكلا من أشكال "خفض قيمة ما يتلقاه أحد الأطراف "، وتتحقق حين لا يكون ثمة طريق آخر لتنفيذ العقد وأن يكون الغرض من العقد محددا ثم ينتفي هذا الغرض تماما [76].

وقد أيد قرار تحكيم اعتبار حالة إحباط الغرض من قبيل المشقة باعتبار الحالة تندرج ضمن حالة "خفض قيمة ما يتلقاه أحد الأطراف" إذ قرر أن ثمة عقدا لتسليم آلات أبرم بين وحدة اقتصادية من جمهورية ألمانيا الديمقراطية ووحدة اقتصادية لدولة أوروبية شرقية أخرى، وكان القانون الواجب التطبيق هو قانون الجمهورية الديمقراطية الألمانية، وبعد إعادة توحيد ألمانيا، تم

---

[72]Kyiv Regional Commercial Court , No : 17/059/060/061-09 , 07.10.2009 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&id=1703&do=case .

[73]Southerington Tom **: Impossibility of Performance and Other Excuses in Intern ational Trade** , B:55 FACULTY OF L. UNIV. OF TURKU, No . 4.1 (2001),at n . 2.4, available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/southerington.html .

[74]Cour d'Appel, Province de Québec, District of Montreal, No: 500-09-024690-141, 01.08.2016 , http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1968&step=Abstract, available at: http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1968&step=Abstract

[75]الزقرد، أحمد السعيد:**أثر الظروف اللاحقة على تحديد مضمون الالتزام العقدي** ،مجلة البحوث القانونية والاقتصادية – كلية الحقوق جامعة المنصورة – مصر ، ع 32 ، 2002 ، ، ص 142 . سليم، محمد محيي الدين إبراهيم : **نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي " دراسة مقارنة "** ، بدون طبعة ، الإسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ، 2007، ص 286 .

[76]Yildirim, Ahmet Cemil : **Equilibrio Contrattuale Nei Principi UNIDROIT e Nel Diritto Turco** ,research paper, 2009, p. 140,143 , available at : https://www.trans-lex.org/850001 .

فتح الأسواق الغربية وصار بالإمكان استيراد الآلات موضوع العقد بسهولة، الأمر الذي أفقد قيمة العقد للمستورد الألماني، وبالتالي فإن هذا الأخير، تذرع بتغيير جذري في ظروف العقد الأصلي، ورفض استلام البضاعة ودفع الثمن، وقررت الهيئة قبول ادعاء المستورد الألماني واعتبرت الحالة موضوع الدعوى حالة مشقة بموجب المبادئ باعتبار أن غاية العقد انتفت، وأشارت في هذا الصدد إلى أحكام المادة 6- 2- 2[77].

وهنا يلاحظ عدم اشتراط الإرهاق في التنفيذ بحد ذاته، إذ نظرت المحكمة إلى فوات المنفعة من العقد وإن لم يكن ثمة إرهاق مادي في تنفيذ الالتزام.

رابعا: الأرباح الفائتة غير المتوقعة

ثمة نوع من أنواع اختلال العقد يمكن تسميته " بالأرباح غير المتوقعة " وهو مشابه إلى حد ما " تكلفة الفرصة البديلة " وهذه الحالة تتمثل في أنه يتبين لأحد الأطراف بعد انعقاد العقد أنه يستحق فائدة من العقد أكبر بكثير من الفائدة التي اتفق مع الطرف الآخر عليها وذلك بسبب أن العقد يحقق له منافع لم يكن يتوقعها وقت إبرامه، وبالتالي خسر هذه الأرباح لصالح الطرف الآخر، كأن يبرم (أ) مع (ب) صفقة بيع لوحات رسم وتبين لاحقا بعد انعقاد العقد أن اللوحات تعتبر نادرة وقيمة جدا وليس كما توقعها الطرفان، ولذا خسر (أ) فرصة للربح، وكان عدم علمه بقيمتها أمرا خارجا عن إرادته وغير متوقع منه وقت انعقاد العقد، فهنا يمكن اعتبار هذه الحالة من قبيل اختلال توازن العقد ويسمح للطرف (أ) بطلب إعادة التفاوض[78].

ومثال آخر، أن يبيع أحد الأطراف إلى الآخر بقرة على أساس أنها عقيم، ثم يتبين بعد فترة من انعقاد العقد أن البقرة كانت تحمل عجلا، ومن ثم يكون ثمنها الحقيقي عشرة أضعاف ما اتفق عليه الطرفان، مما يعني أحقية المطالبة بتطبيق أحكام المشقة بموجب المبادئ[79].

وهنا يمكن الاستناد إلى نص المادة (2-2-6- أ) والتي تشترط أن يقع الحادث أو يعلم به الطرف المتضرر بعد انعقاد العقد، بمعنى أن المبادئ تعترف بتوفر الظروف الشاقة إذا وقع الحدث قبل انعقاد العقد ما دام أن الأطراف علموا به لاحقا بعد انعقاده[80]، ولكن هذا الأمر يخضع لظروف العقد كنوعه ومدته.

---

[77]Schiedsgericht Berlin, No: SG 126/90, 1990 , Arbitral Award, available at :http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&id=627&do=case

[78]Girsberger,Daniel and Zapolskis, Paulius, op.cit , 133 -134.

[79]Ibid, p.134.

[80]انظر تعليقات المبادئ باللغة الانجليزية، ص 215 .

وتأكيد على عدم اقتصار نطاق المشقة في المبادئ على حالات الصعوبة في التنفيذ أكدت إحدى المحاكم على تحقق المشقة في حالة استفادة أحد الأطراف من العقد على حساب الطرف الآخر إبان صدور تشريعات خاصة بالبيئة جعلت أحد الطرفين مستفيدا بأرباح كبيرة جدا خلاف الطرف الآخر رغم أن هذه التشريعات لم تجعل تنفيذ العقد مكلفا لأحد الأطراف، مما يوجب على المستفيد من العقد اللجوء للتفاوض بغية توزيع الفوائد الناتجة من الجهد المشترك لكلا الطرفين اللذين يسعيان لتحقيق هدف مشترك هو حماية البيئة، أي أن القرار هنا اعتمد على انعدام التوازن في العقد نتيجة تفرد أحد الطرفين بمزاياه دون الآخر وإن لم تكن ثمة مشقة في تنفيذ الالتزام بصورة تقليدية [81].

خامسا: الإرهاق المتحقق من فعل الغير

يمكن اعتبار هذه الحالة من حالات المشقة التي تعترف بها المبادئ خلاف الظروف الطارئة الوطنية، مع معرفة شرط إعادة التفاوض لهذه الصورة من صور المشقة، ومثالها حالة منافسة المورد للموزع بقيام المورد بالبيع المباشر للمستهلكين مفوتا على الموزع المكاسب من العقد، أو قيام المورد بفرض سعر مرتفع على الموزعين بحيث أصبح هذا السعر زائدا على السعر الذي كان يتحصل عليه المستهلك النهائي، مما يؤدي إلى منافسة الموزعين من تجار آخرين بخفض الأسعار وبالتالي تضرر الموزعين من فعل المورد الذي يخرق بذلك حسن النية في العقد [82].

يتضح مما سبق أن مجال تطبيق المبادئ أوسع من نصوص الظروف الطارئة، فأحكام المشقة تغطي كافة صور المشقة التي تخل في تنفيذ العقد عدا الاستحالة التي تختص بتنظيمها أحكام القوة القاهرة، فعلى سبيل المثال تتضمن المشقة مسألة انعدام الأرباح وإحباط الغرض، في حين لا تعترف الظروف الطارئة بهذا الحادث كظرف طارئ، وقس عليه العديد من الحالات.

---

[81] الخصاونة ، علاء الدين عبد الله : **الجوانب القانونية للالتزام بإعادة التفاوض** ، الكويت ، مجلة الحقوق – جامعة الكويت ، مج 23 ، ع 1 ، 2014 ، ص 631 .

[82] المرجع السابق ، نفس الصفحة .

المبحث الثاني: نطاق الظرف الشاق

يتوجب توضيح نطاق الظرف الشاق حسب المبادئ من خلال الحديث في المطلب الأول عن ضوابط تحقق الظرف الشاق عن طريق معالجة شروط تحققه حسب اشتراطات المبادئ ومن ثم كيف تفردت نظرية الهاردشيب بتحررها من اشتراطات قيدت كثيرا تطبيق النظريات المختلفة.

وبعد الحديث عن الشروط يقارن الباحث النظرية بالنظريات الأخرى على المستوى الدولي والوطني، وعلاقتها بالممارسات العقدية، لمعرفة حدود ونطاق النظرية وهل يمتد ليشمل نظريات أخرى أو ممارسات عقدية تعالج تغير الظروف، أي بوجه عام بحث العلاقة بين النظرية وهذه الأنظمة القانونية المشابهة التي عالجت تغير الظروف دوليا ووطنيا .

المطلب الأول : ضوابط تحقق الظرف الشاق

لا بد من ضوابط تحدد مدى تحقق الظرف الشاق بطبيعته حسب المبادئ، لذا تم تقسيم المطلب إلى فرعين يعالج الأول الشروط التي بتوافرها نكون بصدد ظرف شاق، ومن ثم في الفرع الثاني تحرر النظرية من اشتراطات تقيد تطبيقها، والتي حرصت المبادئ على التخلص منها بغية توسيع نطاقها وشموليتها لتعالج أكبر قدر من حالات تغير الظروف تبعا لدور المبادئ التوحيدي والإرشادي .

الفرع الأول : شروط الظرف الشاق

بداية وقبل الحديث عن الشرط تنبغي الإشارة إلى طبيعة العقود التي تسري عليها النظرية، إذ تطبق نظرية الظروف الطارئة في كل أنواع العقود التي يكون فيها تراخ ما بين الانعقاد والتنفيذ سواء كانت فورية أو زمنية [83]، أما إن كانت فورية التنفيذ بلا مدة بين الانعقاد والتنفيذ فلا تخضع للنظرية [84]، ونفس الأمر في نظرية الهاردشيب.

وإذا كان اختلال توازن العقد حسب ما بينه الباحث فيما سبق يمثل تعريف الظرف الشاق حسب نصوص المبادئ، فإن الاختلال يلزمه تحقق شروط عدة في سبيل الاعتراف بوجود ظرف شاق.

---

[83] عبد المقصود ، محمد أبو بكر : **إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الأزمة المالية العالمية " نظرية الظروف الطارئة "** ، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر لكلية الحقوق – جامعة المنصورة ، في الفترة من 1-2 إبريل 2009 بقاعة السنهوري ، جامعة المنصورة - كلية الحقوق ، ص 27 . وانظر نقض مصري ، الطعن رقم 248 لسنة 30 جلسة 18/02/1965 س 16 ع 1 ص 191 ق 30 .

[84] فرج ، توفيق حسن : **النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام (مع مقارنة بين القوانين العربية) ، ط3 ، بيروت – لبنان ، الدار الجامعة ، 1992** ، ص 295 .

أولا : وقوع الحادث أو العلم به بعد إبرام العقد

السؤال هنا بخصوص الظرف الشاق هل يمكن أن يطبق إذا حدث الإرهاق قبل انعقاد العقد ؟ الإجابة تكمن في الفقرة الأولى من المادة 6-2-2من اليونيدروا وذلك بقولها انه يشترط في الأحداث " أن تقع هذه الأحداث، أو يعلم بها الطرف المتعرض لها بعد إبرام العقد ".

فهنا حسب المادة إما أن تقع الأحداث بعد إبرام العقد أو يكون العلم بها حصل بعد إبرام العقد، وحالة وقوع الأحداث بعد إبرام العقد أمر بديهي، لكن الذي نتوقف عنده هو أن يكون العلم بالحادث حصل بعد إبرام العقد، مما يعني إمكان وقوع الحادث قبل انعقاد العقد ولكن يعلم به الطرف الذي تعرض له بعد انعقاد العقد [85] .

وهذا الأمر متوقع الحدوث في عقود التجارة الدولية التي تأخذ فيها مرحلة المفاوضات وقتا طويلا أحيانا، فإذا وقع الحادث خلال فترة المفاوضات فإنه يشترط أن يكون العلم به بعد إبرام العقد، وذلك لأنه من هذه اللحظة تنشأ الالتزامات ويكون منطقيا توفير الحماية للمتضرر العالم بالحادث بعد أن انعقد العقد وتكونت الالتزامات[86].

ويؤيد ذلك مثال انعقاد العقد على بيع أبقار تكون وقت انعقاد العقد وقبله حاملا ولكن يظن الأطراف أنها عقيمة، أو مثال لوحة الرسم اللذان سبق ذكرهما، مما أدى إلى زيادة في قيمة المبيع ومن ثم زيادة أرباح غير متوقعة كان سيحققها المدين، فيمكن اعتبار هذا سببا لإعمال أحكام المشقة، وهذه المكاسب غير المتوقعة تقابل " تكلفة الفرصة البديلة " التي يفوت على المدين فيها ربح عكس " المكاسب غير المتوقعة " التي هي أرباح للدائن لم يكن يتوقعها[87].

وبخصوص القوة القاهرة في المبادئ أو العائق في اتفاقية فيينا، فلا يشترط أن يكون الحادث قد حصل بعد إبرام العقد، أي أنه قد يكون سابقا على العقد ولكن العلم به صار بعد انعقاد العقد[88].

ويلاحظ أن المبادئ تفضل عن الممارسات العقدية المتمثلة في شروط إعادة التفاوض التي بوصفها شروطا – وتحديدا في الصياغات العامة – قد تغفل عن معالجة وقوع الأحداث بعد

---

[85]ICC International Court of Arbitration, Rome ,Case No. 9029 of 1988, Arbitral Award , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=660&step=FullText

[86]ICC PUBLISHING S.A. , An affiliate of ICC: the world business organization , 38 Cours Albert 1er ICC , **FORCE MAJEURE CLAUSE 2003 AND ICC HARDSHIP CLAUSE 2003**, 75008 Paris, France, February 2003, p. 17.

[87]انظر الهوامش 52 و 53 من هذه الرسالة .

[88]انظر عنوز ، عبد المنعم حسون : **شرط القوة القاهرة في العقود الدولية** ، بحث منشور على الإنترنت : http://www.s7aby.com/t22756.html ، تاريخ الدخول 15 / 6 ، 2016 ، الساعة 19:00 ، ص 17 .

انعقاد العقد، ولا تفصل في مسألة وقوع الحدث قبل الإبرام وحصول العلم بعده[89]، وبذلك يكون نص المبادئ أكثر تفصيلا من شروط إعادة التفاوض، بحيث يعالج حالة إضافية قد يغفل عنها الأطراف مما يفيد المتضرر في التمسك بأحكام المشقة في المبادئ لإكمال النقص في العقد.

وعلى خلاف المبادئ، لا تعتد الظروف الطارئة الوطنية بالحادث الذي يقع قبل انعقاد العقد ويعلم به الطرف المتضرر بعد العقد، فيجب أن يقع بعد الانعقاد وقبل التنفيذ، بل إن النظرية الوطنية هذه تعتبر الحالات التي تقع قبل انعقاد العقد من قبيل الغلط في التعاقد وبالتالي تطبيق أحكام الغلط الذي يتيح للمتعاقد حق الفسخ دون مراجعة القضاء، مستندين إلى أن نصوص الظروف الطارئة الوطنية تشير إلى " طروء " الحادث، والذي معناه وقوعه بعد الإبرام، ومستندين إلى ضرورة عدم التوسع في تفسير الاستثناء – أي نصوص الظروف الطارئة – بل التأكيد دائما على القوة الملزمة للعقد[90].

وبذلك يكون نص المبادئ الواضح بشمول المشقة للحوادث التي تقع قبل الانعقاد أكثر إفادة للمتعاقدين وأسع نطاقا من النظرية الوطنية، ومنعا من التكييفات المختلفة كالتكييف السابق باعتباره غلطا في التعاقد.

ومع ذلك فلا يرى الباحث في الأسانيد السابقة دليلا دامغا، فالقول أن تعبير النصوص الوطنية يوحي بحدوث الحادث بعد انعقاد العقد فقط فيه تشدد قد لا يحتمله النص، فعبارة " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة..." ليس بالضرورة أن تفسر أنها تخص الوقت قبل الإبرام، فما الذي يمنع من تفسير العبارة أن المشرع أراد بالطروء طروء العلم وليس النص الحرفي بطروء الحادث المادي نفسه، فما دام شرط عدم التوقع متوافرا وغيره من الشروط متحققا فأين الفرق بين حادث يقع قبل الإبرام أو بعده ما دام عدم العلم به متحققا بعد الإبرام، بل إن العدالة تقتضي خلاف هذا الرأي المتشدد خاصة وأن مرحلة المفاوضات مرحلة طويلة في العقود الكبيرة، فاستثناء الحادث الذي يقع خلالها بعد أن يكون المتعاقدان قد بذلا جهدا كبيرا في المناقشات فيه هدر لقيمة هذه الفترة، إذ يغدو استثناء الحادث الطارئ في هذه الفترة وكأنه قصر لحياة العقد فيما بعد الإبرام، وإغفال قيمة المرحلة السابقة على التعاقد التي من مصالح الأطراف اعتبار الظروف الواقعة فيها ظروفا طارئة، إذ كان إقدامهم على التعاقد بعد الجهد الوفير يقينا منهم

---

[89]انظر الخصاونة ، علاء الدين ، مرجع سابق ، ص 650 – 651 ، إذ يقر إن إعادة التفاوض تشترط تغير الظروف بعد إبرام العقد وأثناء تفيذه ، ولكن يختلف الباحث مع الدكتور الخصاونة في قوله إن مبادئ اليونيدروا تشترط التغير الذي يقع بعد الإبرام فقط ، فالمبادئ تعترف بالحادث الذي يقع قبل الإبرام ولكن العلم به يحصل بعد الإبرام بدليل الفقرة (1) من المادة 6- 2 -2 .

[90]سمامعة ، خالد رضوان أحمد ، مرجع سابق ، ص ا55 .

بعدم وجود ما يخل تنفيذ الالتزام من شوائب وعقبات، فإذا تعاقدوا على هذه الصيغة ثم تبين لهم بعد الانعقاد أن الحادث قد تربص بهم طيلة فترة التفاوض ثم ظهرت معالمه الجلية بعد أن انعقد العقد ورتبت الحقوق، سيكون مجحفا حقا رفض تمسك أحدهم بذلك الظرف بحجة وقوعه قبل الانعقاد.

هذا عدا أن السند الآخر بخصوص التضييق في الاستثناء على الأصل احتراما لإلزامية العقد قد سبق بيان موقف الباحث منه حين تعرض للعلاقة بين المبدأ والنظرية ولا حاجة للتكرار.

وتختلف مبادئ اليونديروا عن مبادئ PECL وعن قانون CESL في أن اليونيدروا نظمت الحادث الذي يقع قبل إبرام العقد ويعلم به الأطراف بعد الإبرام، أما مبادئ القانون الأوروبي للعقود فلم تنظم إلا الحادث الذي يقع بعد إبرام العقد بقولها في المادة 111.6 (2) " ... أ- التي وقعت بعد إبرام العقد "، وكذلك المادة 89 /3 /أ من قانونCESL "أن يكون تغير الظروف حدث بعد الوقت الذي أبرم فيه العقد". وبذلك تكون مبادئ اليونيدروا أكثر تفصيلا وشمولا في هذه الجزئية وأفضل بالنسبة للمتعاقدين أن تكون هي المطبقة لأنها تغطي حالات أكبر.

وتنبغي الإشارة إلى أن هذه الفقرة من المبادئ تتحدث عن حالة الحادث الذي يقع قبل انعقاد العقد ولم يكن يعلم الأطراف به أبدا، ثم بعد انعقاد العقد يعلمون به، وهذه الحالة مختلفة عن مسألة مشابهة ترد في باب التوقع فيما سيأتي، وهي أن يكون الأطراف على علم بالحادث وقت إبرام العقد، لكنهم لا يتوقعون ما يسفر عنه هذا الحادث من نتائج تخل بتوازن العقد، وفي هذا توسع في نطاق تطبيق النظرية إذ كل هذه الفرضيات تندرج تحت المشقة.

ثانيا: عدم التوقع

نصت على هذا الشرط مبادئ اليونيدروا صراحة في المادة 6-2-2(ب) بقولها **"ألا يمكن أخذ هذه الأحداث في الحسبان بصورة معقولة من قبل الطرف الذي تعرض لها، عند إبرام العقد"**.

تنبغي الإشارة أولا إلى أنه لا يوجد حادث متوقع بطبيعته وحادث غير متوقع، إنما العبرة بالتوقع في الظروف المحيطة في كل حالة على حدة، فلا يوجد حادث غير متوقع مطلقا وحادث آخر متوقع دائما بل الظروف هي التي تحكم ذلك[91].

[91]غنام ، شريف ، مرجع سابق ، ص 232 – 233 .

كما أن قدرا من المخاطر تسمى " المخاطر العادية " سبق بيانها لا يمكن أن تكون محل عدم التوقع أو أن يدفع المدين بعدم توقعها لأنها نوع من المخاطر المعتادة بالنسبة للمتعاملين في عقود التجارة الدولية بشكل خاص والعقود بشكل عام[92].

وقد عمل التقدم التقني والتطور التكنولوجي على التقليل من توفر هذا الشرط، بمعنى أن علم المتعاقدين أصبح واسعا وعلى قدر من الاطلاع بكل ما يحيط ظروف العقد، ولكن لا يمنع من أن تستجد أحداث غير متوقعة في حسبان الأطراف مهما احتاطوا لذلك وبذلوا في سبيله كل عناية[93].

وتطرقت عدة قرارات تحكيمية لهذا الشرط، فقد تقرر أن شرط عدم توقع الحدث الذي تتطلبه المادة 6- 2 -2 (2) من المبادئ لم يتحقق وذلك لأنه في وقت إبرام العقد كان كلا الطرفين على علم أنه على مدى السنوات القادمة يمكن أن تكون أسعار سوق الطاقة الكهرومائية عرضة للتقلبات، وأن قبول سعر ثابت طوال مدة العقد يعني رضا المتعاقد بهذا السعر في ظل توقعه تقلب الأحداث في أي وقت[94].

وفي قضية أخرى[95]، تقرر رفض مطالبة هيئة المرافق العامة الأوكرانية ضد شركة الغاز الطبيعي فيما يتعلق باتفاق يقضي بقيام المدعية إمداد الغاز المورد من الشركة المدعى عليها إلى المواطنين، وتفيد الوقائع أن المدعية طلبت من اللجنة الوطنية التحقق من مطابقة اتفاق الإمداد والتوريد مع اللوائح والقوانين الأوكرانية، وقد صدر قرار اللجنة الوطنية أن تكلفة الرسوم الجمركية على الجهة المدعية مفرطة، وطالبت المدعية على إثر ذلك إنهاء العقد استنادا إلى تغير الظروف، ولكن المحكمة رفضت المطالبة، وأشارت إلى مبادئ اليونيدروا واعتبرت أن هذا الرأي الصادر من اللجنة الوطنية لا يكشف عن إخلال جوهري، وذلك لأن مثل هذه المعلومات التي أفصحت عنها اللجنة كان ينبغي أن تكون في حسبان الجهة المدعية وأنها تعتبر معلومات متوقعة، فموافقة المدعية على الاتفاق الذي كان يتضمن هذه المعلومات وقت التعاقد وعلى مرأى ومسمع منها لا يدع مجالا للقول بعدم علمها بها أو أنها أحداث غير متوقعة.

---

[92]غنام، شريف، مرجع سابق ، ص 233 .

[93]جاسم ، أسيل باقر ، مرجع سابق ، ص 122 .

[94]Cour d'Appel, Province de Québec, District of Montreal , No: 500-09-024690-141 , 01.08.2016 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1968&step=Abstract.

[95]Volyn Regional Commercial Court , No : 5004/579/12 , 08.06.2012 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1738&step=Abstract.

ويتضح من القرار أن الشرط ليس فقط بخصوص " العلم الفعلي " بل أيضا " إمكانية العلم " أي أنه بالنظر إلى وضع المدين يجب فضلا عن عدم العلم ألا يكون من الممكن أن يأخذ الأحداث في حسبانه، لأجل ذلك اعتبرت المحكمة أن المدعية كان بإمكانها معرفة المعلومات المذكورة.

كما تقرر رفض اعتبار العواصف الماطرة والفيضانات الغزيرة من قبيل المشقة وذلك لأن المزارع يفترض به توقع مثل هذه التغيرات المناخية في ظل خبرته الطويلة في النشاط الزراعي ومعاينته وقوع هذه الأحوال المناخية عدة مرات سابقة[96].

وأيضا نصت على هذا الشرط أحكام القوة القاهرة بموجب المبادئ في المادة 7-1-7 (1) بقولها "... **أو كان من غير المعقول أن يدخله في حساباته عند إبرام العقد** ..."، وقضاء، قررت محكمة Zaporizkyi الإدارية الإقليمية أنه بما أن قرار الأمم المتحدة بشأن تجميد الحسابات والأصول في الشركات العاملة في مجال أو دعم أنشطة إيران النووية صدر قبل إبرام العقد بين المدعية (الشركة التركية– الأوكرانية) والجانب الإيراني، فإن هذا يعني عدم توفر شرط جوهري من شروط القوة القاهرة بموجب المبادئ وهو أن يكون من غير المعقول أن يأخذ الطرف المتضرر الحادث في حساباته عند إبرام العقد، وبالتالي رفض ادعاءات الشركة المدعية في هذا الصدد[97].

ويظهر من القضية السابقة أن المحكمة استبعدت كذلك إمكانية تطور الأحداث دراماتيكيا بما يمكن أن يشكل مشقة، ذلك أنه للقول بتوفر هذه الحالة من حالات عدم التوقع يجب أن تتطور آثار الأحداث رغم توقعها والعلم بها وقت العقد، وهو ما لم يتوافر في هذه القضية، ذلك لأن هذا الإفراط في أسعار الجمارك ليس حدثا تصاعديا تكشفت آثاره وانطوت على مضرة للجهة المدعية، بل هو أمر ثابت لم يتغير عن وصفه وقت التعاقد، مما ينفي حتى إمكانية القول بتوافر حالة من حالات عدم التوقع.

كما تقرر حرمان المدعى عليه من التمسك بأحكام القوة القاهرة، وذلك لأن التقلب في الأحوال المناخية في إقليم "سخالين" كان ممكن التوقع من جهته [98].

---

[96] Centro de Arbitraje de México, (CAM)30.11.2006, available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1149&step=FullText

[97]Zaporizkyi Regional Administrative Court , No: 0870/1262/12 , 10.04.2012 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&id=1728&do=case .

[98]Commercial Court of Sakhalin Region , No: A59-4504/2013 , 02.12.2013 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1769&step=Abstract.

وتقرر رفض دفاع المدعى عليه المتعلق بقوة قاهرة متمثلة في فيضان النهر على اعتبار أنه كان حادثا متوقعا في منطقة "ساخالين"[99].

وبالنسبة لاتفاقية فيينا ورد هذا الشرط في المادة 79 (1) "... **وأنه لم يكن من المتوقَّع بصورة معقولة أن يَأخُذ العائقَ في الاعتبار وقت انعقاد العقد...**"، فقد تقرر رفض مطالبة البائع باعتبار تقلبات السوق عائقا حال دون تنفيذ التزامه نظرا لأن هذه التقلبات كانت متوقعة ومن الممكن التنبؤ بها[100]، وتقرر أيضا أن مشاكل البائع مع بعض الشركاء في التعاونيات لا يمكن أن يعتبر عائقا لأنه يظل ضمن سيطرة البائع ومن ضمن التزاماته المهنية المفروضة على المشتغل في العمل التجاري، ويجب عليه توخي الحرص وبذل العناية اللازمة ، كما أن الطبيعة المتقلبة في سوق لوز الصنوبر تجعل من انخفاض الإنتاج أمرا متوقعا للمتعاملين في هذا القطاع، وبالتالي انتفاء شرط عدم التوقع[101].

والسؤال الذي يثار هنا، هل عدم التوقع يكون بالنسبة للحادث نفسه أم لآثاره أم لكليهما؟

نحن بصدد أربعة احتمالات[102]:

أ- أن يتوقع المدين الحادث ونتائجه، وهنا لا جدال في قيام مسؤوليته وانتفاء شرط عدم التوقع.

ب- أن يتوقع الحادث ولا يتوقع نتائجه، مثل أن يتوقع قيام حرب بين دولته والدولة الشقيقة ولكن لا يتوقع نتائج الحرب التي أثرت على تجارته بشكل كبير.

ت- ألا يتوقع الحدث ولكن يتوقع نتائجه: كأن يتوقع هبوط الأسعار في البورصة ولكن لم يتوقع السبب الذي يعزى إليه ذلك.

ث- ألا يتوقع الحدث ولا يتوقع نتائجه، وهنا لا جدال كذلك في انتفاء مسؤوليته وتحقق شرط عدم التوقع.

---

[99] Arbitrazh Court of the Sahalinskaya oblast , No: 59-342/2014 , 26.05.2014 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1915&step=Abstract.

[100] انظر كلاوت رقم 104 ، بتاريخ 1 / 1 / 1992 ، متوفر على الرابط :
http://www.uncitral.org/clout/clout/data/oth/clout_case_104_leg-1307.html

[101] انظر كلاوت رقم 1492، بتاريخ 2015/4/6، متوفر على الرابط:
http://www.uncitral.org/clout/clout/data/esp/clout_case_1492_060415.html.

[102] غنام ، شريف ، مرجع سابق ، ص 240 – 241 .

وبالنسبة للفرضين الثاني والثالث ثمة رأي فقهي[103] يقول إن عدم التوقع يجب أن ينصب على الحادث ونتائجه معا فلا يمكن الفصل بينهما، لذا فإن شرط عدم التوقع يكون منتفيا في الفرضين لأن عدم التوقع كان منصبا على أحد الأمرين وليس كليهما.

أما الجانب الآخر من الفقه[104] فيرى أن عدم التوقع يجب أن ينصب على نتائج الحادث وليس الحادث نفسه، فيكون عدم التوقع متحققا في الفرض الثاني المذكور دون الثالث، ويرى الباحث أن هذا الرأي أقرب إلى غاية عنصر عدم التوقع، لأن توقع الحادث لا يشترط بالضرورة توقع الأطراف لعواقبه، والمهم هو نتائج الحادث لا الحادث نفسه، وإن القول بضرورة أن يتوقع الأطراف نتائج الحادث بما أنهم توقعوا الحادث فيه مشقة على المتعاقدين خاصة في ميدان التجارة الدولية المليء بالتقلبات والتطورات ، ويؤيد هذا الرأي حكم لمحكمة النقض الفرنسية[105] .

أما بالنسبة للمعيار المتبع في تقدير عدم التوقع، ثمة اتجاه [106] يرى أن التحقق من توفر شرط عدم التوقع يخضع لمعيار موضوعي قوامه الرجل العادي الموضوع في نفس الظروف.

وربما يكون المبرر في هذا القول بالأخذ بالمعيار الموضوعي كما في الظروف الطارئة في القوانين الداخلية أنه منسجم مع شرط العمومية، أما في نظرية الهاردشيب بما أنه يكفي لإعمال الشرط تضرر المدين وحده بالحادث وعدم اشتراط العمومية فإن أمر تقدير توقع الحادث من عدمه مسألة مرتبطة بشخص المدين، أما في حالة العمومية في الظروف الطارئة فبما أن الحادث وأضراره لحقت بطائفة من الناس، فمن الطبيعي أن يصار إلى أخذ رأي الرجل العادي والذي يمثل حلا وسطا بين طائفة الناس أو سكان إقليم معين أصابه الحادث.

وقد تمثلت الانتقادات للمعيار الشخصي في صعوبة البحث عن بواطن وضمير الأطراف للتحقق من مدى توقعهم، إضافة إلى أن الأخذ بالمعيار الشخصي فيه محاباة لطائفة على حساب أخرى نظرا لاختلاف الإمكانيات الذهنية، وأنه يفوت توحيد الأحكام القانونية تبعا لاختلاف الحالات.

---

[103]انظر رأي الأستاذ EL MAHI (H)أشار إليه وأيده الأستاذ غنام، المرجع السابق ، ص 241 .

[104]انظر خير ، عادل محمد: عقود البيع الدولي للبضائع من خلال اتفاقية فيينا، ط ١، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٤ ،ص ١٢٢ ،رشوان ،حسن رشوان : اثر الظروف الطارئة على القوة الملزمة للعقد، القاهرة ،دار الهاني للطباعة، والنشر، ١٩٩٤، ص ١٨٧ ،النقيب ، عاطف :عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني ،بنغازي ،ليبيا، ١٩٩٩ ،ص3 ، نقلا عن باقر ، أسيل جاسم ، مرجع سابق ، ص 123 .

[105]نقض فرنسي تجاري ، 8 مارس ، 1985 ، مشار إليه لدى غنام ، شريف ، مرجع سابق ، ص 244.

[106]المرجع السابق ، ص 122 . ومندي ، ياسمينة ، مرجع سابق ، ص 91 . الرومي ، عبد الوهاب علي بن سعد، ص237 ، و الفزازي ، حسب الرسول ، ص 240 ، نقلا عن غنام ، شريف ، مرجع سابق ، ص 252 . وانظر نقض مصري ، الطعن رقم 1297 لسنة 56 جلسة 29/11/1990 س 41 ع 2 ص 833 ق 305. وانظر في هذا الاتجاه نقض مصري ، الطعن رقم 448 لسنة 43 جلسة 11/01/1978 س 29 ع 1 ص 152 .

وحقيقة، إن الانتقادات الموجهة للمعيار الشخصي ليست مقنعة، فأما القول بصعوبة الوصول إلى العوامل الذهنية الشخصية فغير دقيق، ذلك أنه من خلال معطيات العقد وطبيعته وظروفه المحيطة وربطها بشخص المتعاقد يمكن قياس مدى توقعه.

أما القول بأن المعيار يحابي طائفة على طائفة في أنه يقلل من استفادة أشخاص معينين من شرط عدم التوقع لكونهم ذوي مستوى ذكاء وتفكير أعلى من غيرهم ، فإن هذا القول غير منطقي، وكأن القائلين بهذا الرأي يريدون أن يستفيد ذوو الذكاء المرتفع من عدم التوقع رغم أنهم توقعوا الحادث فعلا مساويين بينهم وبين ذوي الإدراك الأقل ما دام الرجل المعتاد لا يتوقع الظرف، وفي هذا القول بعد كبير عن منطق الأمور ونسف لشرط عدم التوقع من أساسه، لأن شرط عدم التوقع إنما يعتد بما في ذهن المتضرر فعلا وواقعا ماديا، فذو الإدراك العالي لن يستفيد ما دام توقع الظرف، وذو الإدراك المنخفض سيستفيد ما دام لم يتوقع وإن اختلفت القدرات، بل إن من العدالة في تطبيق الشرط مراعاة الاختلافات بين الأفراد .

وأما القول بتفويت الأحكام الموحدة حين تعدد الحالات فهو قول غير مفهوم، إذ إن توحيد الأحكام القضائية يكون في الأمور المتعلقة بمسائل قانونية خارجة عن الطبيعة الشخصية للمتعاقدين، ففي مجال الظروف الطارئة قد يكون التوحيد مفيدا في حالات السعي لاطراد المحاكم على شمول أحكام الهاردشيب على نظريات متعددة، مما يفيد في توحيد الأحكام التي بتبنيها للمشقة توفر عناء الاجتهاد في مسميات نظرية لمفاهيم مختلفة للظروف الشاقة في حين يمكن اختزالها في نظرية واحدة.

هذا السعي نحو التوحيد – مثلا– له مبرراته ولا يرتبط بظروف ذهنية شخصية، أما حالات التوقع المرتبطة بالأذهان فتكون أدعى ما تكون لإعمال سلطة القضاء التقديرية في النظر إلى ظروف كل مدين، فيغدو القول بتوحيد الحكم فيها ضربا من السعي نحو المستحيل.

وقد حاول بعض الفقه[107]الخروج بحل وسط بين المعيار الموضوعي والشخصي بما يسمى معيار الشخص النظير، وهو شخص يتواجد في نفس ظروف المدين ومستواه العقلي ومواصفاته وطبقته الاجتماعية والمهنية.

ولكن يرى الباحث أن هذا المعيار ما هو إلا تطبيق للمعيار الشخصي بشكل أو بآخر، فلماذا لا نعتمد المعيار الشخصي إذا كنا سنأتي بشخص يطابق المدين ونضعه في ظروف المدين لنتحقق

[107] حبيب، عادل جبري محمد نقلا عن العيساوي، صفاء تقي عبد نور: **القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية " دراسة مقارنة "** ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراة ، كلية القانون - جامعة الموصل ، 2005 ، ص 32.

من توافر عدم التوقع؟! أليس الأجدر أن نتفحص توقع المدين نفسه بالنظر إلى مستواه المهني والاجتماعي والفكري وظروفه المحيطة.

ولما تقدم يرى الباحث أن الاتجاه الأسلم هو الركون إلى المعيار الشخصي إذ إن التوقع مسألة شخصية مرتبطة بشخص المدين وليست منطوية على أسس مادية أو وقائع موضوعيه، وعليه ينظر إلى المدين نفسه هل أن الظروف التي وضع فيها تنبئ بتوقعه أم لا، ويبدو أن **مبادئ اليونيدروا** تتبنى المعيار الشخصي في التوقع [108]، إذ يؤيد ذلك المادة 6-2-2(ب) من المبادئ بخصوص الهاردشيب و 7-1-7 بخصوص القوة القاهرة إذ تنصان على " **أنه لم يستطع لحظة إبرام العقد أن يأخذ في حسبانه هذه الأحداث** " وواضح من عبارة " أن يأخذ في حسبانه " أن المبادئ تتبنى المعيار الشخصي في تقدير عدم التوقع، وليس الموضوعي.

وتأكيدا على المعيار الشخصي تشير الأستاذة Carla Spivack في مجال التوقع إلى أن التجار المعتادين على التعامل التجاري باستمرار بحيث أصبحت المعاملات روتينة بالنسبة لهم سيكون نطاق توقعهم أعلى من من عموم التجار[109]، بمعنى النظر إلى الظروف الشخصية ومدى التوقع تبعا لما يكون في ذهن المتعاقد نفسه بحسب وضعه المهني وقدرته الذهنية.

ويبدو أن اتفاقية فيينا وعلى غرار المبادئ تتبنى المعيار الشخصي في فحص شرط عدم التوقع[110].

وبخصوص معقولية التوقع فإن عدم التوقع ينقسم إلى نوعين :

عدم التوقع المطلق: ويعني استحالة التوقع، أي ألا يكون الحدث متوقعا أبدا من قبل أطراف العقد[111]، وهذا بدوره يخرج الكثير من الحوادث التي من الممكن أن تعتبر أحداثا غير متوقعة

---

[108]انظر كاظم ، حسن علي ، مرجع سابق ، ص 44 . وانظر في هذا الاتجاه العوجي ، مصطفى :**القانون المدني الجزء الثاني المسؤولية المدنية** ، ط4 ، بيروت – لبنان ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2009، ص 112، إذ يشير إلى توجه المحاكم إلى ظروف واستعدادات المدين الشخصية .

[109]SPIVACK, Carla : **Of Shrinking Sweat suits and Poison Vine Wax: A Comparison of Basis for Excuse under U.C.C. § 2-615 and CISG Article 79** , 27 Pennsylvania Journal of International Economic Law , 2006 , p.775 , available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/spivack.html.

[110]مروك ، أحمد ، مرجع سابق ، ص 101 .

[111]تبنت هذا المفهوم المتشدد أحكام النقض المصرية بخصوص القوة القاهرة ، انظر نقض مصري ، الطعن رقم 677 لسنة 69 جلسة 10/04/2012 س 63 ص 589 ، وانظر نقض مصري ، الطعن رقم 77 لسنة 72 جلسة 28/11/2002 س 53 ع 3، ص 1129، وانظر نقض مصري ، الطعن رقم 190 لسنة 34 جلسة 19/12/1968 س 19 ع 2 ص 1551 ق 238 . وتبنى هذا المفهوم القضاء البحريني في حكم محكمة التمييز رقم 140 / 1993 بتاريخ 20 / 3 / 1994، مشار إليه لدى حيفري ، نسيمة آمال : **الحالات المستثناة لمسؤولية الناقل البحري في القانون الجزائري والقانون المقارن** ، رسالة لنيل شهادة الماجستير – مدرسة الدكتوراة – قانون الأعمال المقارن ، جامعة وهران – الجزائر ، 2010 -2011 ، ص 27 .

فيما لو طبق معيار التوقع المرن، كما أن التقدم التكنولوجي والعلمي جعل غالبية الأحداث متوقعة، أي أن الأحداث غير المتوقعة حصرت في نطاق ضيق، ولذا فإن القول بعدم التوقع المتشدد معناه إفراغ شرط عدم التوقع من محتواه، إذ لا يوجد حاليا أحداث غير متوقعة بشكل مطلق.

ولربما أن هذا الرأي يتشدد في معيار " عدم التوقع " استنادا إلى فكرة أنه ما من حادث إلا ويكون ثمة شعور خفي لدى الأطراف أنه سيقع، ولذا يلجؤون عمليا للتضييق الهائل من تحقق شرط عدم التوقع، وأصحاب هذا الرأي غالبا متأثرون بالقانون العام الذي يرتبط بالسياسة غالبا وبالتالي يفترض في هذا المجال توقع الأحداث، بينما في مجال القانون المدني والتجار يكون المعيار أكثر مرونة نظرا لعدم الارتباط بالأحداث السياسية والدولية، وبالتالي الاتجاه إلى حصر أمثلة الأحداث المتوقعة وإطلاق فكرة عدم التوقع فيما عدا هذه الأمثلة الضيقة [112].

ولذلك وتخفيفا من حدة هذا النوع من عدم التوقع لجأ بعض الفقه [113] إلى نوع أكثر مرونة وهو "الاحتمال الجاد لوقوع الفعل" أي أن عدم التوقع المطلوب هو ألا يكون الحادث محتمل الوقوع بشكل كبير، بمعنى آخر لا يمكن نفي عدم التوقع في حالة التوقع البسيط من قبل الأطراف الذي لا يرقى مرحلة التوقع الكبير، وتقدير هذا المعيار متروك لقاضي الموضوع وفقا لسلطته التقديرية.

فرغم اشتراط عدم التوقع وقت انعقاد العقد فإنه لا يمنع ذلك اعتبار ظرف ما ظرفا شاقا رغم توقع بسيط لبوادر هذا الظرف، بمعنى أنه ولنفرض أن أطراف العقد اتفقوا على سعر عملة دولة ثالثة، وكان وقت إبرام العقد ثمة تقلبات في العملة على نحو طبيعي يعتبره الأطراف معقولا، ثم بعد إبرام العقد حدثت مشاكل سياسية في الدولة المذكورة أدى إلى انخفاض قيمة العملة بصورة كبيرة، فهنا لا يمكن حرمان الأطراف من الاستفادة من وقوع حادث مرهق

---

[112] Fucci , Frederick R . **: Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance**, American Bar Association Section of International Law Spring Meeting , New York, April 2006 , p.17 .

[113] Partner, Michael W. Galligan and Nizer , Phillips **Choosing New York Law as Governing Law for International Commercial Transaction**s, : LLP, New York City, New York and Past Chair NYSBA International Section , 2009-2010 , p. 32 .

وانظر تناغو ، سمير عبد السيد : **نظرية الالتزام** ، بدون طبعة ، الاسكندرية ، منشأة المعارف ، بدون سنة نشر ، ص 148 .

لأحدهما، وذلك لأن التوقع وإن كان قبل إبرام العقد إلا أنه كان بسيطا ولم يكن ممكنا للطرف المتضرر أن يتوقع التقلب الدراماتيكي السريع في أسعار العملة [114].

وبخصوص موقف المبادئ فقد تحدث نص المبادئ عن عدم إمكانية التوقع " بصورة معقولة "، وهو مصطلح مرن يعكس المفهوم الحديث للظرف الطارئ[115]، وتفسيرا له تأخذ مبادئ اليونيدروا بمعيار "الاحتمال الجاد لوقوع الفعل" حين قالت " **إذا لم يكن من المعقول أن يأخذه في اعتباره وقت إبرام العقد** "، فعبارة " إذا لم يكن من المعقول " تشير إلى المرونة في عدم التوقع، وليس عدم التوقع المطلق.

ولا شك أن تقدير عدم التوقع يكون "عند إبرام العقد" حسبما ورد في النص، أي أنه قد يصبح توقع الظرف ممكنا بعد إبرام العقد فلا عبرة بهذا التوقع المتأخر ما دام أن الأطراف وقت انعقاد العقد لم يكن في ذهنهم تصور لوقوع الظرف الشاق[116].

وإن المتعاقد الذي يتوقع حصول الحدث الذي سيجعل التزامه مرهقا ويكلفه مشقة التنفيذ ثم يقدم على إبرام العقد لا يحق له بعد ذلك التمسك بالظرف الشاق [117]، إلا إذا لم يتوقع آثار الحادث ونتائجه التي أرهقت قدرته على تنفيذ الالتزام.

أما بخصوص استمرار عدم التوقع أثناء تنفيذ العقد يرى بعض الفقه[118] بضرورة استمرار عدم التوقع أثناء التنفيذ، فإذا علم بالحادث ونتائجه أثناء التنفيذ فإن عليه المسارعة إلى بذل الجهود اللازمة لدفع الحادث الذي يؤثر في جعل التنفيذ مرهقا في حالات المشقة أو مستحيلا في حالات القوة القاهرة.

ويرى الباحث أن هذا الرأي محل نظر، إذ إن سعي المدين إلى دفع الحادث أمر متفق عليه وهو من شروط نظرية المشقة، فحجة هذا الرأي لا علاقة لها بمسألة الاستمرار في التوقع، فإذا كان يجب على المدين أن يدفع الحادث وإلا لن يستفيد من الشرط في حال قدرته على الدفع فهل معناه أنه يجب أن يظل غير متوقع للحادث أثناء التنفيذ؟

---

[114] مثال مذكور في تعليقات المبادئ باللغة الانجليزية، ص 215 – 216 .

[115] انظر عنوز ، عبد المنعم حسون ، مرجع سابق ، ص 24- 25.

[116] غنام ، شريف ، مرجع سابق ، ص 247 .

[117] العدوي ، جلال علي : **أصول المعاملات الجزء الأول " محل المعاملات . أطراف المعاملات . أداة المعاملات** ، بدون طبعة ، بيروت - لبنان ، المكتب الشرقي للنشر والتوزيع ، بدون سنة نشر ، ص 293 .

[118] يتبنى هذا الرأي الأستاذ LEBREQUIER نقلا عن غنام ، شريف ، مرجع سابق ، ص 250 .

واضح أن كلا الأمرين منفصل عن الآخر، فدفع الحادث واجب على المدين إذا استطاع ذلك بعد أن يقع الحادث غير المتوقع من قبله، عدا أنه حين أبرم العقد ولم يكن متوقعا الحادث فهو حسن النية ولم يرتكب خطأ يوجب مسؤوليته، ولكن في المقابل عليه السعي كما تقدم لإزالة ضرر الحادث قدر الإمكان وإخطار الدائن بالحادث وبالصعوبات التي تعيق التنفيذ وإلا التزم بالتعويض في حال تخلف عن الإخطار، مع عدم حرمانه بأي حال من التمسك بشرط إعادة التفاوض.

وقد يعبر الأطراف عن شرط عدم التوقع بصورة عامة أي بإيراد مصطلحات عامة مفادها ألا تكون الأحداث متوقعة، لكن أيضا يجوز الاتفاق في شرط التفاوض بصورة خاصة على أحداث معينة دون غيرها لكي تعتبر أحداثا مخلة للتوازن وغير متوقعة وتستوجب إعادة التفاوض كأن تكون الأحداث اقتصادية دون غيرها، أو متعلقة بالجانب الضريبي أو الأسعار وعلى هذا النحو، وهو ما يعرف بالمخاطر الخاصة أي التعبير بصيغ خاصة عن الأحداث غير المتوقعة وليس مجرد الوصف العام، كما قد يمزج المتعاقدون بين تنظيم المخاطر العامة والخاصة، وهذا راجع إلى الصفة التعاقدية للشرط[119].

والسؤال هنا: هل يعد تنظيم حادث معين في شرط التفاوض أن الأطراف يتوقعونه؟

إن المطلوب عدم توقعه أن الحادث سيخل بتوازن العقد وليس التوقع منصبا على إمكانية وقوع الحادث بشكل مجرد، أي أن الأطراف ينظمون الإطار العام للأحداث من حيث طبيعة الأحداث التي يسري بشأنها الشرط ، كما سبق وأشرنا أنه قد ينصب على الأسعار أو الضريبة، وهذا مختلف عن شرط عدم التوقع، فتنظيم طائفة من الأحداث باعتبار أنها في حسبان المتعاقدين هي التي تؤثر في العقد لا يعني توقعها من قبل الأطراف لأن الأحداث في حد ذاتها قد تكون متوقعة من الأطراف لكن آثارها ومداها غير متوقعة، أي أن التوقع انصب على عنصر فقط في الأحداث وليس على كل جوانب الحدث [120].

وتأكيدا لذلك حكمت محكمة النقض الفرنسية بأن الإضراب اعتبر قوة قاهرة رغم وقوعه قبل إبرام العقد إذ قدرت المحكمة أن الأطراف كانوا يتوقعون حين إبرام العقد أن الإضراب لن

---

[119]السلماني ، عبد الرحيم :**شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية** ، مجلة القانون المغربي ، ص 223 .
[120]مروك ، أحمد ، مرجع سابق ، ص 149 .

يطول مداه، أما وقد طال إلى حد لا يتوقعه الأطراف فإنه يعد حدثا غير متوقع رغم علم الأطراف به بادئ الأمر[121].

وهذا القرار يؤكد أن غاية شرط عدم التوقع ألا يكون في مقدور الأطراف معرفة وتوقع تأثير الحدث على قدراتهم والتزاماتهم، أما مجرد علمهم بالحدث دون مداه وآثاره فلا يقدح في توفر الشرط.

وفي المقابل يعد تنظيم الأفراد لحوادث معينة بأنها غير مشمولة بالشرط بمعنى اعتبارها متوقعة مانعا للمدين المتضرر منها المطالبة بإعمال الشرط ما دام الاتفاق يستبعدها من الأحداث غير المتوقعة [122]، مع التذكير دائما بأنه إذا تطورت نتائج الحادث وآثاره بما لا يمكن أن يكون توقعه المتعاقد فلا يمنعه ذلك من التمسك بشرط عدم التوقع.

وحسب نص المبادئ بخصوص عدم التوقع، فإن الطرف الذي يطلب منه عدم التوقع هو **"الطرف الذي تعرض للحادث"**، ولذا فإن توقع الطرف الآخر غير المتضرر للحادث الشاق لا يمنع المدين المتضرر من التمسك بالنص، فلا يحق للدائن التمسك بعلم المدين استنادا إلى علمه هو بالحادث ما دام لم يباشر بإخطار المدين بالحادث، بل يبدو أن هذا واجب على الدائن ينبئ عنه مبدأ حسن النية بموجب المبادئ فيما يعرف بواجب التخفيف من الأضرار الذي سيأتي بيانه لاحقا .

ثالثا: أن يكون الظرف الشاق خارجا عن سيطرة المدين

وهذا الشرط نصت عليه اليونيدروا في المادة 6-2-2 في تعريفها للهاردشيب بقولها "نكون بصدد هاردشيب عندما تقع أحداث تهدم بشكل أساسي توازن الأداءات العقدية ...**وتفلت عن سيطرة الطرف المضرور"** ومعناه أن لا يكون لإرادة المدين دخل في وقوع الظرف الشاق، وهو ما يعرف بأن يكون الحدث خارجا عن إرادة المدين[123]، وقد انتقد هذا الشرط على أساس من القول بكفاية شرط عدم التوقع واستحالة الدفع ولأنه غامض فضفاض ولأن الشرطين

---

[121]انظر هامش 99 من هذه الرسالة.

[122]الشرقاوي، جميل : **النظرية العامة للالتزام " الكتاب الأول مصادر الالتزام "** ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1995 ، ص 359.

[123]انظر ناصيف، إلياس: العقود **الدولية : عقد ال BOT** ، ط 2 ، بيروت ، مكتبة الحلبي ، 2011 ، ص 327 .

الآخرين يكفيان، فالمدين الذي لم يتوقع الحادث ولم يستطع تجنبه ولا تجنب عواقبه يثبت ضمنيا أن الحدث كان خارجا عن إرادته [124].

ولكن مع ذلك فالراجح أنه شرط مهم لا غنى عنه في عقود التجارة الدولية، إذ بالنظر إلى الشروط التعاقدية، وقرارات التحكيم التجاري الدولي نستنتج أهمية الشرط [125]، فقد أشارت إليه محكمة استئناف كييف حينما أيدت قرار المحكمة الابتدائية الذي حكم لصالح المدعي مشيرا إلى أن وقوع الأزمة الاقتصادية العالمية والانخفاض اللاحق في الطلب على خدمات صاحب المطالبة يشكل حدثا خارجا عن إرادته وأرضية صالحة لإنهاء العقد، معتبرة هذا القرار يتفق مع ما تقره مبادئ اليونيدروا التي يمكن الاستعانة بها لتفسير القانون الداخلي المعمول به [126].
عدا أن القول بأن شرطي عدم التوقع واستحالة الدفع يغنيان عنه قول غير دقيق، فبالنسبة لعدم التوقع، قد يكون الحدث متوقعا من المدين ولكنه مستقل عن إرادته، مثل توقع نشوب حرب لكن لا دخل له فيها.

وقد نصت على هذا الشرط أيضا المادة 7-1-7 (1) الخاصة بالقوة القاهرة "...**إذا أثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى حادث لا سيطرة له عليه** ..." وقضاء، تقرر رفض ادعاء حارس المستودع وجود قوة قاهرة متمثلة في حريق اندلع في المخازن التي يحرسها، فاندلاع الحريق كان بسبب فشل الحارس في اتخاذ تدابير السلامة التي يفرضها القانون، الأمر الذي يجعل الحريق حدثا غير خارج عن سيطرة المدين وإرادته [127].

وأشارت اتفاقية فيينا إلى هذا الشرط في المادة 79 (1) بقولها "... **إذا أثبت أنَّ عدمَ التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته** ...". فقد تقرر رفض ادعاء البائع بعدم علمه أن السيارة التي سلمها للمشتري مسروقة، إذ إن هذا الأمر لا يخرج عن سيطرته وكان بإمكانه أن يعلم ذلك من ظروف واقع الحال وأن يتجنبه[128].

---

[124]أبوسعد ، محمد شتا:**مفهوم القوة القاهرة**، مجلة مصر المعاصرة، ع٣٩٣ – 394 لسنة٧٤، القاهرة،١٩٨٣، ص 191 .

[125]جاسم، أسيل باقر ، مرجع سابق ، ص 120 .

[126]Kyiv Commercial Court of Appeal, 41/602 ,02.02.2010 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1702&step=Abstract.

[127]Federal Arbitrazh Court of the Volgo-Vyatsky District , No : 33-10697/02-2 , 27.06.2003 , available : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1598&step=Abstract.

[128]انظر كلاوت رقم 1233 ، بتاريخ 5 / 3 / 2008 ، متوفر على الرابط : http://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_1233_leg-2619.html .
وانظر كلاوت رقم 1235، بتاريخ 21 / 3 / 2007 ، متوفر على الرابط : http://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_1235_leg-2616.html

وتقرر أيضا أن قيام البائع بمخالفة شروط العقد الذي نص على المعالجة بالبخار بأن قام بالمعالجة بالإشعاع الأمر الذي فاقم الضرر بأن قام المشتري بادعاء عدم القدرة على تسويق منتجاته، بل وسحب منتجات ضخها في السوق نتيجة إلزام القوانين بوضع إشارة على المنتجات المعالجة بالإشعاع، ما دفع تجنب الزبائن شراء المنتجات الموسومة بهذا الإشارة، كل هذا لا يسمح للبائع القول بوجود عائق متمثل في التشريعات الملزمة بوضع إشارات على البضائع، لأنه بمخالفته سبب الأضرار وكان لإرادته دخل في تحقق الضرر للمشتري[129].

وتقرر أن العائق لم يتوفر في حالة عدم إصدار المصرف للاعتماد، إذ كان عدم إصدار الاعتماد يرجع إلى أخطاء ارتكبها المشتري وبالتالي لا يمكنه التذرع بأن هذا عائق خارج عن إرادته أو لم يكن متوقعا من قبله[130].

وفي مجال نظرية الظروف الطارئة الوطنية تقرر أن تراخي المدين في تنفيذ التزامه بدفع الأقساط ومن ثم وقوع الظرف فيما بعد حلول التنفيذ يمنعه من التمسك بالنظرية [131].

ونخلص من ذلك أن شرط استقلال المدين مستقل عن غيره من الشروط ومطلوب لإعمال أحكام المشقة.

وثمة معياران لتحديد مفهوم الشرط:

الأول: شخصي ويعني ضرورة ان يكون المدين مستقلا بشخصه وسلوكه عن الحدث ولم يكن له دخل في وقوعه[132]، وهو المعيار المتبع في الغالب في عقود التجارة الدولية وفي قرارات التحكيم كذلك [133].

الثاني: موضوعي يعني ضرورة أن يكون الحادث مستقلا عن عمل المدين ومهنته، وهو ما يجعل تطبيق شرط الهاردشيب قليل الحدوث، فمثلا لن يسمح للمدين وفق هذا المعيار التمسك بمرضه أو بحالات الإضراب كأسباب لإعمال شرط التفاوض لاعتبارها أسبابا شخصية، كما أن المعيار الموضوعي يضيق من حالات توفر الشرط لأنه يتطلب الاعتداد بأكثر الناس حرصا

---

[129] انظر كلاوت رقم 1182، بتاريخ 24 / 5 / 2005 ، متوفر على الرابط :
http://www.uncitral.org/clout/clout/data/fin/clout_case_1182_leg-2613.html.

[130] انظر كلاوت رقم 861 ، بتاريخ 29 / 9 / 1997 ، متوفر على الرابط :
http://www.uncitral.org/clout/clout/data/chn/clout_case_861_leg-2306.html.

[131] نقض مدني ، الطعن رقم 368 لسنة 29 جلسة 26/03/1964 س 15 ع 1 ص 409 ق 67 .

[132] مروك ، أحمد ،مرجع سابق ، ص 187.

[133] غنام ، شريف ، مرجع سابق ، ص 279 .

ويقظة في دفع الحادث أو تجنب نتائجه، ولذا فالمعيار الشخصي أكثر عدالة وإنصافا ومراعاة لظروف المدين بشخصه وقياس قدرته على دفع الحادث وتجنب آثاره[134].

ومن خلال عبارة " **ويفلت من سيطرة الطرف المضرور** " يستدل توجه المبادئ نحو تبني المعيار الشخصي الذي دائما ما يقف في صف المدين ويعبر عن ظرفه [135].

ويجدر التنويه أنه من الصعب في حالات معينة تحديد استقلال الحدث عن إرادة المدين، ويظهر ذلك في حالة الإضراب، فقد اختلف الفقه في التجارة الدولية في اعتبار الإضراب مستقلا عن إدارة المدين أو هو بسببه.

ولا شك أن هذا الاختلاف يظهر حين لا ينظم الأفراد موقفهم من الإضراب في عقود التجارة الدولية، فلا إشكال يثور حين يتفقون أن الإضراب يعد من الأحداث التي تجيز للمتعاقدين إعادة التفاوض.

ولكن في حالة عدم تنظيم الإضراب في العقد أو شرط التفاوض والنص فقط على العبارات العامة من قبيل " استقلال الحدث عن إرادة المدين " فإن فقه التجارة الدولية فرق بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون الإضراب ناتجا عن أسباب داخل المشروع، أي أن يتوافر خطأ من جانب المدين (رب العمل) يتسبب بالإضراب، فهنا لا مجال لتمسكه بالهاردشيب[136].

الحالة الثانية : أن يكون الإضراب خارجا عن المشروع ولا يكون ثمة خطأ من جانب المدين، فيحق له التمسك بالهاردشيب[137].

وتجدر الإشارة أن مبادئ CESL ومبادئ PECL لم تتضمن شرط " الخارجية عن سيطرة الأطراف " خلاف المبادئ رغم اتفاقهما في الشروط الأخرى [138]، ومع ذلك هو شرط مفترض وإن لم يرد فيه نص.

---

[134] غنام، شريف، مرجع سابق ، ص 275 .

[135]انظر العيساوي ، صفاء تقي عبد نور ، مرجع سابق ، ص 22 . ومروك ، أحمد ، مرجع سابق ، ص 188 .

[136]dawwas, Amin ,Op.cit , p.10.

[137]Ibid , p.10

[138]Guillemard, Sylvette : **Comparaison des Principes UNIDROIT et des Principes du droit européen des contrats dans la perspective de l'harmonisation du droit applicable à la formation des contrats internationaux** , 23 mai 1999 , available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/guillemard.html.

رابعا : أن يكون الحادث غير ممكن الدفع

يذهب اتجاه للقول إن " عدم إمكانية دفع الحادث " يعني الاستحالة المطلقة في الدفع، فإذا كان المدين قادرا على دفع الحادث ولو ببذل تضحيات كبيرة ولم يفعل فلا يحق له التمسك بعدم إمكانية دفعه للحادث، إذ يجب أن يستحيل عليه دفعه وتجنب نتائجه [139] .

ولكن في هذا الرأي تشددا وإجحافا بحق المدين، فبدل تجنيب المدين المشقة الحاصلة من الحادث يتكلف في دفعه ومواجهته تكاليف باهظة، فإذا كان هدف نظرية الهادرشيب هو التخفيف عن المدين ودفع المشقة عنه فلا يصح أن يتحمل إرهاقا في دفع الإرهاق [140].

ولذا يتحقق الشرط متى كان في دفع الحادث وتجنبه إرهاق للمدين وتحميله نفقات باهظة، من غير اشتراط استحالة الدفع.

وحالات قدرة المدين على دفع الحادث وتجنب نتائجه متعددة، فقد يكون بمقدور المدين دفع الحادث وتجنب نتائجه بشكل كلي، وفي هذه الحالة إذا لم يبذل جهده في دفع الحدث ونتائجه فلا يحق له التمسك بشرط عدم إمكانية الدفع، وقد يكون بمقدوره التقليل من إمكانية وقوع الحادث وحجم نتائجه، فإن لم يبذل جهده في ذلك فلا يحق له التمسك بالشرط كذلك، وقد يكون بمقدوره فقط أن يقلل من حجم النتائج الضارة عن طريق إجراء احترازي، مثل إخطار الدائن بالحادث ليتمكن الأخير من مواجهة الظرف والتقليل من الأضرار[141] .

كما تظهر أهمية هذا الشرط في أنه يكشف بوضوح عن عجز المدين في مواجهة الحادث بحيث يكون حادثا يتجاوز إرادة وقدرة المدين مما ينفي خطأه وبالتالي نفي تحمله التبعة.

وأشارت المبادئ في أحكام القوة القاهرة إلى هذا الشرط في المادة 7-1-7 (1) "... **أوكان لا يستطيع تجنب وقوعه أو تفاديه أو تجاوز نتائجه**".

وإذا نظرنا إلى اتفاقية فيينا نجد أنها فصلت في هذا الشرط عندما اشترط للتمسك بالإعفاء بموجب المادة (79) أنه "... **أو أن يكـون بإمكانـه تجنُّبـه أو تجنُّب عواقبه أو التغلُّب عليـه أو علـى عواقبـه** ".

---

[139]انظر تمييز حقوق رقم القرار: 61 / 1975 المنشور في مجلة نقابة المحامين لسنة 1975 ، ص 512 ، مشار إليه لدى نصرة ، أحمد سليم فريز : **الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري** ، ص 159.

[140]انظر منصور ، أمجد محمد **: النظرية العامة للالتزامات " مصادر الالتزام "دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز** ، ط 1 ، عمان – الأردن ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، ص 174، إذ يشير إلى " الجهد المعقول في دفع الحادث " وليس استحالة الدفع مطلقا .

[141] سليم ، محمد محيي الدين إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 256 – 257 .

إذ يتضح أن الاتفاقية تجيز التمسك بالإعفاء في حال عجز المدين المتضرر عن تجنب الحادث بمعنى تفادي وقوعه أو تجنب عواقبه بمعنى تفادي نتائج الحادث بعد وقوعه أو التغلب عليه بمعنى محاولة دفع الحادث بعد أن يقع أو التغلب على نتائجه بمعنى دفع آثاره بعد وقوعها لتقليل آثارها، وعليه فإن المستفاد من النص أن الاتفاقية تشترط ألا يكون بإمكان المدين اتخاذ أي موقف من المواقف السابقة، فإن كان بإمكانه ذلك وتقاعس فلا يحق له التمسك بالإعفاء.

ولم تتطرق المبادئ في معرض تنظيم أحكام المشقة لهذا الشرط، ومع ذلك يبدو أن المبادئ تعتبره شرطا مفترضا خاصة في ظل مبدأ حسن النية في الاتفاقية، مما يعني ضرورة مسارعة المدين دائما إلى تنفيذ العقد وحمايته ومواجهة الأخطار كلما أمكن ذلك، فإذا تقاعس عن ذلك يكون مخلا بواجب حسن النية.

وبخصوص معيار عدم القدرة على الدفع ثمة معيار موضوعي وشخصي، والأفضل هو الأخذ بالمعيار الشخصي لأنه يعبرعن حالة المدين الحقيقية وظروفه الشخصية والمادية ومن ثم إمكانية النظر لظروفه الشخصية كمحدد لمدى القدرة على الدفع [142]، ويعتقد الباحث أن المبادئ تتبنى المعيار الشخصي تأسيسا على اعتماد المعيار نفسه في شرط عدم التوقع، وهو ما يظهر من صياغة النص بأنه يحيل إلى المتعاقد وظروفه .

رابعا : ألا يكون المدين قد تحمل تبعة المخاطر

ويقصد بهذا الشرط أن المدين لا يحق له التمسك بالظرف الشاق إذا تحمل مقدما تبعة تغير الظروف[143]، ويمكن أن يكون تحمل التبعة صريحا أو ضمنيا مستخلصا من ظروف العقد، ويندرج ضمن ذلك حالات عقود المخاطرة وتلك التي فيها نوع من المضاربة، فيعتبر أن الطرف قد تحمل تبعة المخاطر في عقد المضاربة حتى وإن لم تكن كافة المخاطر معلومة لديه عند الإبرام بشكل محدد [144].

---

[142]سليم ، محمد محيي الدين ، مرجع سابق ، ص258 . وانظر العوجي ، مصطفى ، مرجع سابق ، ص 113 ، فرغم إشارة الأستاذ العوجي إلى المعيار الموضوعي – خلاف ما يرى الباحث – فإنه أكد على جنوح المحاكم إلى النظر إلى الظروف والإمكانيات الشخصية .

[143]ICC International Court of Arbitration, Rome 9029,00.03.1998.available at :http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=660&step=FullText.

[144]علوان ، أمية وآخرون : **المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية " الترجمة العربية عام 2014 لصيغة "يونيدروا " باللغة الانجليزية عام 2011 وباللغة الفرنسية عام 2011**" ، بدون طبعة ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2014 ، ص 223 .

ومثال ذلك عقود التأمين المعتمدة على المصادفة [145]، وثمة قرار تحكيم تطرق لهذا الشرط [146] في قضية مفادها أن المدعية وهي شركة ليتوانية أبرمت عقدا مع المدعى عليه وهو فرد ليتواني لبيع أسهمها، وبعد أن قدم المدعى عليه دفعة من عشرين في المئة من السعر الإجمالي، رفض الاستمرار في الدفع، فرفعت الشركة المدعية دعوى ضده مطالبة بدفع المبلغ المستحق، فدفع المدعى عليه بتوفر المشقة على أساس أن الشركة تتجه للإعسار الأمر الذي أدى إلى تضاؤل كبير في قيمة الأسهم، وقضت المحكمة العليا في ليتوانيا بناء على ادعاءات الطرفين بأن المدعى عليه لا يحق له استدعاء أحكام المشقة لأن الأخيرة لا تنطبق على الالتزامات النقدية وعلاوة على ذلك، اعتبرت أن مخاطر تقلبات سعر الأسهم مفترضة ومعروفة من قبل المدعى عليه، ومن ثم أحالت المحكمة إلى المادة 6.204 من القانون المدني ليتوانيا والتي في جوهرها تتوافق مع المواد 6.2.1 إلى 6.2.3 من المبادئ.

وفي قرار آخر[147]، وجدت المحكمة أن الطرف المتضرر قد تحمل بموجب بند في العقد درجة عالية من المخاطر، في إشارة من المحكمة أن الطرف تحمل التبعة وبالتالي أصبحت مطالبته لا تقوم على أساس قانوني لاستدعاء أحكام المشقة.

ويستدلمن هذا الشرط أن اليونيدروا تجيز للأطراف الاتفاق مقدما على استبعاد تطبيق الهاردشيب وذلك إذا تضمنت بنود العقد التزام أحد الأطراف بتحمل المخاطر، مما يعني استبعاد تطبيق الظرف الشاق وإن تحققت شروطه.

وهذا خلاف نظرية الظروف الطارئة في القوانين الوطنية وتحديدا العربية التي لا تجيز للأطراف الاتفاق مقدما على استبعاد تطبيقها باعتبارها نظاما عاما، وذلك خوفا من تعسف الطرف القوي في فرض شروط مجحفة على الطرف الضعيف[148]، مع جواز التنازل عن التمسك بالنظرية بعد وقوع الظرف الطارئ[149]، ويبدو أن النص على عدم جواز استبعاد تطبيق النظرية أفضل من النص في اليونيدروا لأنه يحمي الطرف الضعيف من تسلط القوي واشتراطه

---

[145]Gordley , James : **Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances** , 52 American Journal of Comparative Law (Summer 2004) , p. 524 – 525 , available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gordley1.html.

[146]Supreme Court of Lituania , NO : 3K-3-612 , 19.05.2003 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1183&step=FullText.

[147]RIVKIN , DAVID W **: LEX MERCATORIA AND Force majeure** , P.171 - 172 , available at : http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=116100#fn1 .

[148]مرقس ، سليمان : **موجز أصول الالتزامات** ، بدون طبعة ، القاهرة ، مطبعة لجنة البيان العربي ، 1961، ص 360 – 361.

[149]انظر نقض مصري ،الطعن رقم 269 لسنة 49 ، جلسة 09/01/1984،س 35 ،ع 1 ، ص 168 ،ق 36 .

استبعاد النظرية، فحبذا لو تتضمن اليونيدروا نصا يمنع الأطراف من استبعاد نظرية الهاردشيب.

وجدير بالذكر أن نظرية الظروف الطارئة الوطنية تتفق مع المبادئ في أنها لا تطبق في العقود الاحتمالية حسب الرأي الراجح [150] باعتبار أن من شروط الظروف الطارئة ألا يكون في الوسع توقع الإرهاق.

في نهاية الحديث عن الشروط يتبين تقارب الشروط بين العائق في فيينا والقوة القاهرة في المبادئ مع أحكام المشقة في المبادئ في شروط وقوع الحادث أو العلم به بعد الإبرام، والخارجية، وعدم التوقع، وعدم إمكانية الدفع [151]، مع الاختلاف في شرط عدم تحمل تبعة المخاطر الذي انفردت المبادئ بالنص عليه في أحكام المشقة.

الفرع الثاني: تحرر النظرية من بعض الاشتراطات المقيدة

ثمة بعض الاشتراطات المقيدة التي عرفتها النظريات المختلفة على المستوى الدولي والوطني وكذلك الممارسات العقدية تفادتها أحكام المشقة في المبادئ على النحو التالي.

أولا: عدم قصر المشقة على الاختلال الاقتصادي

إن اختلال التوازن والإرهاق في التنفيذ لا يجب أن يفهم أنه فقط اختلال اقتصادي رقمي في اقتصاديات العقد، أي ليس فقط ضررا يلحق بالجانب الاقتصادي لالتزام أحد الأطراف، بل قد يكون إرهاقا متعلقا بالأفراد أنفسهم على المستوى البدني، ومثال ذلك حالة مغني الأوبرا الذي ينصحه الأطباء بالراحة وعدم المشاركة في حفلات متعاقبة، مما أدى إلى تغيير في جدول الحفلات المتفق عليه مع مسارح الأوبرا، وهنا تكون النصيحة الطبية تحذير المغني الملتزم بالغناء أن كثرة الغناء سيسبب له أضرارا فادحة على المستوى الصحي، فالخلل هنا منصب على الجانب البدني الشخصي، وفي هذا المثال أيضا دليل عدم اشتراط عمومية الحادث، بل يكفي أن يضر الحادث بالمدين وحده [152]، وعليه ، في هذه الحالة كان الخلل عبارة عن الإرهاق البدني، عوضا عن زيادة التكاليف المرهقة المذكورة في المبادئ.

---

[150] الشواربي ، عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص274 .

[151] المسدي ، أسامة حجازي : **القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية** ، بدون طبعة ، المحلة الكبرى – مصر ، دار الكتب القانونية ، 2010 ، ص 179 – 180 .

[152] Girsberger, Daniel , op. cit , p . 131 .

وهذا خلاف نظرية الظروف الطارئة في غالب القوانين الوطنية وتحديدا العربية، التي لا تعترف بالضرر الشخصي البدني، بل تعنى بالخلل في اقتصاد العقد، وهذا راجع إلى اشتراط العمومية، ولذا فنظرية الهاردشيب أوسع نطاقا من الظروف الطارئة [153].

ثانيا: عدم اشتراط استثنائية الحادث

في مجال نظرية الظروف الطارئة الوطنية، الحادث الاستثنائي هو ما لا يدخل في الحوادث المألوفة المعروفة لدى عموم الناس، إنما يتعدى ذلك إلى أمر غير مألوف ولا معتاد، فالحرب والفيضان ظرف طارئ لكن تقلبات الأسعار وموجات الصقيع المتوقعة ليست ظروفا طارئة، مع ضرورة ألا يكون مجرد وقوع الحادث غير مألوف، إذ العبرة باستثنائية آثاره على التنفيذ[154].

والرابط بين الاستثنائية والعمومية متين باعتبار أن الاستثنائي تتحقق له هذه الصفة كونه غير مألوف عند جموع الناس ولا عبرة برأي المتضرر بشأنه، بل إن الاستثنائية هي في الحقيقة خليط من شرطين آخرين هما العمومية وعدم التوقع، فإذا كان الحادث عاما غير متوقع فهو استثنائي، وليست الاستثنائية إذن عنصرا له مفهومه المستقل، بل هو نتاج الشروط المذكورة.

وأكثر من ذلك، يعتبر القضاء الجزائري أن شرط عدم التوقع يغني عن الاستثنائية، فالحادث غير المتوقع يكون استثنائيا[155].

وعليه، بما أن الظروف الطارئة الوطنية تشترط عمومية الحادث بدليل عدم اعترافها بالحوادث الشخصية – كما سبق بيانه في الحديث عن العمومية – يمكن القول تبعا لذلك باشتراط الاستثنائية في الحادث.

وبخصوص العائق في فيينا والقوة القاهرة في المبادئ تشترط أحكام التحكيم لتطبيق المادة 79 من اتفاقية فيينا – وإن لم تنص صراحة على ذلك – أن يكون الحادث استثنائيا خارجا عن المألوف [156]، ولكن لا يقتصر الأمر أن يكون الحادث وحده استثنائيا، فقد يكون مألوفا ولكن

---

[153]كزار ، عمار محسن : **نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد** ، العراق ، مجلة مركز دراسات الكوفة ، ع 38 ، 2015 ، ص 92 .

[154] العدوي ، جلال علي ، مرجع سابق ص 292 – 293 .

[155]مشار إليه لدى بلقاسم ، زهرة: **أثر نظرية الظروف الطارئة على العقود** ، رسالة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة أكلي محند أولحاج – كلية الحقوق والعلوم السياسية ،البويرة ، الجزائر ، 2013 – 2014 ، ص 43 .

[156]دواس ، أمين : **اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1980 بشأن عقود البيع الدولي للبضائع في ضوء أحكام القضاء والفقه** ، جنين ، الجامعة العربية الأمريكية – جنين ، 2013 ، ص 607 .

نتائجه استثنائية مثل أن يكون في منطقة ما مألوفا في كل حين البرد الشديد والتجمد ولكن في حالات استثنائية يكون التجمد غير مألوف ويسبب أضرارا غير مألوفة واستثنائية [157].

ويستدل على اشتراط فيينا وكذلك القوة القاهرة بموجب المبادئ الاستثنائية أنهما لا تعترفان بالحوادث الشخصية كما سيأتي ذكره [158]، وبالتالي اشتراط العمومية ومن ثم الاستثنائية.

أما في الممارسات العقدية يرد في شروط إعادة التفاوض عادة وجوب أن يكون الحادث استثنائيا[159].

وفيما يخص المبادئ قد يكون الحادث استثنائيا ولكن آثاره عادية ضمن المألوف مما ينتفي معها شرط الإرهاق، ولذا فإن النظر يكون إلى آثار الحادث وليس الحادث، ولهذا السبب لم تشترط المبادئ أن يكون الحادث استثنائيا، إذ عبرت عن الحادث بقولها "أحداث تخل بصورة جوهرية"، فلم تشترط في الحادث ذاته شروطا موضوعية كالعمومية – التي سبق شرحها– أو الاستثنائية.

وهذا الأمر يتسق مع عدم اشتراط الهاردشيب شرط العمومية، ولذا فحتى لو كان الحادث مألوفا في الإقليم أو عند جماعة من الناس ولكن المدين المتضرر لم يكن يتوقعه وسبب اختلالا في توازن العقد وتوفرت فيه الشروط بموجب المادة 6-2-2 فإن له التمسك بالظرف الشاق، ودليل ذلك ما سبق الإشارة إليه من توفر المشقة في حالة الضرر البدني للمدين، والذي لا يعد حادثا استثنائيا سواء في النظرية التقليدية للظروف الطارئة في القوانين الوطنية أو حتى في القوة القاهرة حسب المبادئ أو في العائق حسب اتفاقية فيينا.

ولذلك، يتضح أن اشتراط الاستثنائية – بما فيه من ارتباط بشروط أخرى – يضيق من نطاق إعمال النص، ولذا كان موقف المبادئ مميزا في عدم اشتراط هذا الشرط وهو ما ينسجم مع عدم اشتراط هذا الشرط في الممارسات العقدية المتمثلة في شرط إعادة التفاوض[160].

---

[157]U.S. District Court, Northern District of Illinois, East. Div ,06.07.2004. available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=987&step=FullText.

[158]انظر ص 69 من هذه الرسالة .

[159]الزقرد ، أحمد ، مرجع سابق ، ص 153 .

[160]انظر الخصاونة ، علاء الدين ، مرجع سابق ، ص 630 .

ثالثا :عدم اشتراط عمومية الحادث

في نظرية الظروف الطارئة الوطنية شرط العمومية هو شرط راجح في الفقه الذي يرى ضرورة العمومية وبالتالي لا يكفي تأثر المدين وحده بظرف طارئ استثنائي مهما بلغت فداحته، إذ يجب أن يصيب طائفة من الناس على الأقل يشترك معهم المدين في التضرر من الحادث [161]، فالعمومية مطلوبة بأن يكون الحدث أصاب طائفة من الناس على أقل تقدير، ولا عبرة بحدوث ظرف يعطل قدرة المدين وحده ويرهقه كمرضه أو إفلاسه أو خسارة تجارته [162].

وفي المقابل يوجد رأي فقهي [163] يرى أن الظرف الطارئ يجب أن يطبق حتى في حالة تضرر المدين وحده إذ الهدف من تطبيق النظرية مساعدة المنكوب.

ومن وجهة نظر الباحث الاتجاه الأخير صائب والأولى تطبيقه ليكون ثمة اتساق بين هذه النظرية الداخلية ونظرية الهاردشيب التي تغيث المدين المتضرر ولم تشترط العمومية مما يفتح الباب لتطبيق مبادئ شرط إعادة التفاوض وان لم يطبق واقعا عمليا.

وفي مجال العائق في فيينا والقوة القاهرة في المبادئ فقد اشترطتا العمومية وذلك يأتي ذكره عند مقارنة المشقة بالعائق والقوة القاهرة.

أما في المبادئ حسب نص المادة 6-2-2 من مبادئ اليونيدروا فلم تشترط العمومية من ضمن شروط الهاردشيب، لذا فإن أحكام الهاردشيب تطبق وإن لم يتضرر سوى المدين وحده ما دامت الشروط الأخرى متوافرة، وإن لم يكن الحادث عاما وبذلك تختلف الهاردشيب عن الظروف الطارئة.

---

[161]وفي اتجاه مخالف في ما يخص إحدى تطبيقات الظروف الطارئة في القانون المدني المصري المتعلقة بالإجارة قضت محكمة النقض المصرية بعدم اشتراط العمومية معتبرة المرض عذرا موجبا للأخذ بالظرف الطارئ فقالت " إذا كانت الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الموضوع بأنها أوفت بأجرة المتجر محل النزاع قبل إعلانها بصحيفة الدعوى متأخرة عدة أشهر بسبب مرضها المقعد عن العمل ، وإصابة زوجها في عينيه التي أدت إلى فصله واستدلت على ذلك بتقارير طبية وطلبت إحالة الدعوى للتحقيق فأطرح الحكم المطعون فيه هذا الدفاع ظناً منه أن المبررات ينبغي أن ترقى إلى مرتبة القوة القاهرة فأطلق القول بأن المرض لا يصلح مبرراً دون أن يعنى ببحث جسامته وأثره على جعل الوفاء بالالتزام في الميعاد مرهقاً فأخطأ بذلك في تطبيق القانون ،الطعن رقم 6698 لسنة 63 جلسة 22/12/1997 س 48 ع 2 ص 1502 ق 280. وقرار آخر في إحدى الأعذار الخاصة بقانون التجارة قضت كذلك تطبيقا لنص القانون عدم اشتراط العمومية أنه " لما كان ذلك، وكان الطاعن قد دفع أمام محكمة الموضوع بأن توقفه عن الاتجار يرجع إلى عجزه الشخصي وقلة موارده المالية، وهو دفاع جوهري ، كان يتعين على محكمة الموضوع أن تحققه بلوغاً إلى غاية الأمر فيه لما يترتب عليه من أثر في ثبوت الاتهام أو انتفائه ،أما وهي لم تفعل كما أغفلت التعرض له في حكمها ، فإن الحكم يكون معيباً بالقصور والإخلال بحق الدفاع " ، الطعن رقم 6450 لسنة 53 جلسة 21/02/1984 س 35 ص 180 ق 35.

[162]معوض ، فؤاد محمود : **دور القاضي في تعديل العقد " دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري** ، ط1 ، بدون مكان نشر ، بدون دار نشر ، 1999 ، ص 218 .

[163]انظر بن يحى ، شارف ، مرجع سابق .

ويؤيد ذلك حكم محكمة كاليفورنيا التي اعتبرت وجود حالة مشقة بحق أحد أطراف العقد الذي ظهر له أن نقل الحصى من أرض المدعي إلى حيث يحتاجه مكلف جدا خلاف ما كان متوقعا نظرا لجهل الأطراف بذلك[164]، وكذلك القرار الذي نظر في اتفاق بين شخص ليتواني وبنك بخصوص عقد قرض، إذ إن المحكمة في قرارها وأثناء تعرضها لمطالبة الشخص المقترض المطالب بتعديل العقد استنادا لسوء وضعه المالي لم ترفض مطالبة المقترض لسبب متعلق بكون الحادث الذي لحق به حادثا شخصيا يمس وضعه المالي، بل كان رفض المطالبة لسبب آخر متعلق بشرط شكلي في طلب إعادة التفاوض، الأمر الذي يفهم منه ضمنيا قبول المحكمة لفكرة الحادث الشخصي وعدم اشتراط العمومية [165].

وقرار آخر في هذا الخصوص[166]، حين قام نزاع بين شركة تجارية وهيئة طيران مفاده أن هيئة الطيران تعاقدت مع الشركة على إصلاح رصيف في المطار، ولكن بعد ذلك خفضت الهيئة العامة للطيران عدد ساعات العمل ليلا، الأمر الذي يزيد التكاليف على شركة الإصلاح في ظل توقع الهيئة العامة للطيران قيام الشركة بعملها، ولذا علقت الشركة العمل إلى حين إعادة النظر في التكاليف والاتفاق مع المدعى عليها، وحين نظر المحكمة مطالب الشركة المدعية لم تتطرق إطلاقا لشرط عمومية الحادث، وإنما ناقشت أمورا أخرى تتعلق بعدم تعليق العمل لمجرد طلب التفاوض .

والسبب في ذلك أن مقتضيات العقد التجاري الدولي تفرض ضرورة الاعتراف بالحادث الذي يؤثر في قدرات المدين وإن لم يتصف بالعمومية، إذن فالعمومية في الهاردشيب عمومية موضوعية إن صح التعبير أي أنها خلل في عموم اقتصاديات وأسس توازن العقد تؤدي للإرهاق ولا يراد منها العمومية المكانية بانتشارها في رقعة واسعة ولا العمومية الكمية بكثرة المتضررين منها، ويؤيد هذا الكلام أيضا عدم وجود لفظة " عام " في نص المادة المذكورة في معرض تنظيمها لشروط الحادث [167] .

---

[164]Gordley , James , op.cit , p .528 – 529.

[165]Supreme Court of Lithuania , No : K-7-306/2012 , 26.06.2012 , available at :http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1896&step=Abstract .

[166]Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José , No : 05-000097-0004-AR , 23.03.2006 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1781&step=Abstract .

[167]انظر مروك , أحمد ، مرجع سابق ، ص 171 - 172 .

رابعا: عدم استثناء التشريعات من نطاق الظرف الشاق

إذا كانت النظرية الوطنية التقليدية على خلاف فيما يخص مسألة اعتبار التشريعات حادثا طارئا – رغم غلبة الفقه القائل باعتبارها كذلك – [168] فإن نظرية الهاردشيب بنطاقها الواسع وعدم اشتراطها صورا معينة للحادث فإنها تعتبر التشريعات المؤثرة في توازن العقد ظرفا شاقا موجبا لإعادة التفاوض [169] .

المطلب الثاني: علاقة النظرية بالأنظمة القانونية المشابهة

لا بد من توضيح العلاقة بين نظرية الهاردشيب وأحكام العائق وفق اتفاقية فيينا للبيع الدولي 1980 والقوة القاهرة نظرا لتقارب هاتين الأخيرتين في كثير من أحكامهما مع اختلافات أشار إليها الباحث، وكذلك مقارنة النظرية بنظريات تغير الظروف في القانون الإنجليزي والألماني والإيطالي.

وكذلك ثمة علاقة يجب توضيحها بين النظرية بالممارسات العقدية وعلى رأسها شرط إعادة التفاوض باعتباره ينتج الأثر المشابه للمبادئ المتمثل في إعادة التفاوض وفقا لظروف العقد الجديدة.

الفرع الأول: علاقة النظرية بالنظريات المشابهة

سيكون الحديث في هذا الجزء عن علاقة نظرية الهاردشيب بنظريات العائق في اتفاقية فيينا وأحكام القوة القاهرة بموجب مبادئ اليونيدروا نفسها، ثم التطرق لنظريات تغير الظروف على المستوى الوطني لمعرفة مدى العلاقة بين نظرية الهاردشيب وهذه النظريات.

أولا: مقارنة نظرية الهاردشيب بالنظريات على المستوى الدولي

إن فكرة الظروف الخارجية التي تؤثر في تنفيذ الالتزام قد نصت عليها الاتفاقيات الدولية، فعرفتها اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع عام 1980، ولكن هذه الاتفاقية تحدثت عن "impediment" وترجمتها "العائق"، واستخدام الاتفاقية هذا المصطلح لم يكن من فراغ بل معبرا عن نص المادة 79 والذي ينظم أحكاما في الحقيقة هي أحكام القوة القاهرة وليس

---

[168] سمامعة ، خالد رضوان أحمد ، مرجع سابق ، ص 44 .

[169] ZELLER, Bruno : **Article 79 Revisited** , 14 Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration , 2010 , p.160 , available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zeller17.pdf.
وانظر الخصاونة ، علاء الدين ، مرجع سابق ، ص 630

الظروف الطارئة، لأن المادة تتحدث في فقرتها الأولى عن عدم التنفيذ بقولها " لا يسأل أحد الطرفين عن **عدم تنفيذ** أي من التزاماته" .

وفي شروحات الاتفاقية فإن المادة تنظم عدم التنفيذ وليس الضائقة في التنفيذ، بمعنى أننا بصدد قوة قاهرة، ولذا استخدم مصطلح " العائق" لأن العائق معناه إعاقة عن تنفيذ التزام بحيث يتعذر على المدين تنفيذ التزامه وليس ضائقة يمر بها تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا.

كما أن الاتفاقية لم تعرف واجب إعادة التفاوض ، فهي قررت أثرا وحيدا على تحقق العائق هو الإعفاء من المسؤولية عن عدم التنفيذ، وليس إعادة التفاوض بين الأطراف أو اللجوء للمحكمة لتعديل العقد .

أما مصطلح "hardship" في مبادئ اليونيدروا بنسخها الثلاث 1994 و 2004 و2010 فترجمته " **معاناة** " أو " **ضائقة** "، وهو تعبير يناسب الأحكام التي تضمنتها نصوص الهاردشيب والتي تتحدث عن معاناة وإرهاق في تنفيذ الالتزام وليس عدم تنفيذه، مما يعني أن أحكام الهاردشيب هي شبيهة بأحكام الظروف الطارئة ولكنها أفضل تنظيما لاحتوائها على أحكام لم تعرفها بصورة واضحة نظرية الظروف الطارئة التقليدية في القوانين الوطنية– تحديدا العربية – مع الإشارة إلى أن بعض نظريات تغير الظروف الوطنية تشابه نظرية الهاردشيب وتتبنى أحكامها.

وأهم الأحكام التي تبنتها نظرية الهاردشيب " واجب إعادة التفاوض " الذي لم يكن معروفا سوى في الممارسات العقدية في العقود التجارية الدولية وليس بموجب مبادئ دولية أو اتفاقيات أو نصوص وطنية، مع اختلافات أخرى أقرتها مبادئ اليونيدروا التي نظمت نظرية "الهاردشيب" بأحكامه الجديدة والفريدة .

وقد نصت على مفهوم " القوة القاهرة " مبادئ اليونيدروا في المادة 7- 1- 7 بقولها
"1- يعفى المدين من المسئولية عن عدم التنفيذ إذا أثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى حادث لا سيطرة له عليه أو كان من غير المعقول أن يدخله في حساباته عند إبرام العقد أ وكان لا يستطيع تجنب وقوعه أو تفاديه أو تجاوز نتائجه.
2- إذا كان الحادث مؤقتاً فحسب ، فيظل الإعفاء منتجاً لأثره خلال مدة معقولة ياراعى فيها أثر الحادث على تنفيذ العقد.
3- يلتزم المدين بأن يخطر الدائن بوجود الحادث ونتائجه على قدرته على التنفيذ .فإذا لم

يتسلم الطرف الآخر الإخطار خلال مدة معقولة بعد أن يكون المدين قد علم بالحادث أو كان في وسعه العلم به، فيسأل عن التعويضات المترتبة على عدم تسلم الإخطار.

4- ليس في هذه المادة ما يمنع أي طرف من ممارسة الحق في إنهاء العقد أو التوقف عن التنفيذ أو المطالبة بفوائد عن المبالغ المستحقة ".

في حين نجد مفهوم " العائق" في اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع 1980م ، حيث نظمته في المادة " 79 " تحت الفرع الرابع المعنون " بالإعفاءات " بقولها :

" 1- لا يُسأَل أحدُ الطَّرفين عن عدم تنفيذ أيٍّ من التزاماته إذا أثبت أنَّ عدمَ التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته وأنه لم يكن من المتوقَّع بصورة معقولة أن يَأخُذ العائقَ في الاعتبار وقت انعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه تجنُّبه أوتجنُّب عواقبه أوالتغلُّب عليه أو على عواقبه.

2- إذا كان عدمُ تنفيذ أحد الطرفين نتيجةً لعدم تنفيذ الغير الذي عُهد إليه بتنفيذ العقد كلاًّ أو جزءًا فإنَّ ذلك الطَّرف لا يُعفَى من التَّبعة إلاّ إذا:

أ- أُعفِيَ منها بموجب الفقرة السابقة.

ب- كان الغيرُ سيُعفَى من المسؤولية فيما لو طُبِّقت عليه أحكامُ الفقرة المذكورة.

3- يُحدِثُ الإعفاءُ المنصوصُ عليه في هذه المادة أثَرَه خلال المدّة التي يبقى فيها العائقُ قائماً.

4- يجب على الطرف الذي لم ينفِّذ التزاماته أن يوجّه إخطاراً إلى الطرف الآخر بالعائق وأثره في قدرته على التنفيذ .وإذا لم يصل الإخطارُ إلى الطرف الآخر خلال مدة معقولة بعد أن يكون الطرفُ الذي لم ينفِّذ التزاماته قد عَلِمَ بالعائق أو كان من واجبه أن يعلم به فعندئذ يكون مسؤولاً عن التعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم استلام الإخطار المذكور.

5- ليس في هذه المادة ما يمنع أحدَ الطرفين من استعمال أيٍّ من حقوقه الأخرى خلاف طلب التعويضات وفقا لأحكام هذه الاتفاقية".

وبالمقارنة بين نص القوة القاهرة في اليونيدروا ونص العائق في اتفاقية فيينا نجد تقاربا كبيرا في صياغة المفهومين، وكأن واضعي مبادئ اليونيدروا قد استقوا نص القوة القاهرة حرفيا من نص العائق في اتفاقية فيينا[170].

[170]Liu , Chengwei ,Force Majeure : **Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law**, 2nd edition: Case annotated update ,April 2005, available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu6.html.

ورغم التشابه الكبير بين القوة القاهرة في المبادئ والعائق في اتفاقية البيع إلا أن ثمة اختلافات بينهما، ففيما يتعلق بالحادث المؤقت تبنت المبادئ في الفقرة 2 من المادة 7-1-7 معيارا مرنا لتقدير المدة التي يستمر فيها الإعفاء، إذ نصت على " المدة المعقولة "، وكذلك " يراعى في المدة أثر الحادث على تنفيذ العقد "، أما اتفاقية البيع فنصت على امتداد الإعفاء طيلة مدة بقاء العائق قائما دون وضع معايير لهذه المدة [171]، مما يوحي ببقاء الإعفاء وإن بقي العائق مدة طويلة جدا ما دام النص لم يحدد معيارا، ولا شك أن في هذا ضررا على الدائن وغموضا في الحل الواجب اتباعه من قبل المحكم أو القضاء .

وتجدر الإشارة إلى أن العائق وفقا لاتفاقية فيينا وكذلك القوة القاهرة بموجب المبادئ لا يشملان حالة " إحباط الغرض " المعروفة في القانون الإنجليزي والمتمثلة في الاستحالة الاقتصادية "، وليس استحالة التنفيذ فقط، ولذا يكون العائق والقوة القاهرة المذكوران أقرب إلى المفهوم التقليدي للقوة القاهرة [172]، مع وجود بعض الاختلافات عن القوة القاهرة التقليدية في القوانين الوطنية عموما، أي أنها- في المبادئ والاتفاقية- ذلك الحادث الذي لا سيطرة للمدين عليه وغير ممكن التوقع وخارج عن الإرادة ويجعل التنفيذ مستحيلا مما يقضي بالإعفاء من المسؤولية عن التعويض لعدم التنفيذ، بالإضافة إلى عدم اشتراط المبادئ في القوة القاهرة أو اتفاقية فيينا في العائق أن يكون الحادث قد حصل بعد إبرام العقد، أي أنه قد يكون سابقا على العقد ولكن العلم به صار بعد انعقاد العقد خلاف القوة القاهرة التقليدية الوطنية .

وكذلك فالقوة القاهرة في المبادئ تختلف في بعض الآثار عن القوة القاهرة في القوانين التقليدية، فالمبادئ لا ترتب انفساخ العقد قانونا بسبب القوة القاهرة بل تجعل ذلك خيارا للدائن بالفسخ بموجب الفقرة 4 من المادة 7.1.7، فالأثر المترتب حسب المبادئ هو الإعفاء من المسؤولية، ونفس الأثر الذي في القوة القاهرة وفق المبادئ ينطبق بالنسبة للعائق في المادة 79 في اتفاقية فيينا [173].

---

[171]Hartkamp, Arthur : **The UNIDROIT Principles For International Commercial Contracts and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in: Boele-Woelki/ Grosheide/ Hondius/ Steenhoff (eds.), Comparability and Evaluation**, Dordrecht, Boston, London 1994, p.95 -96 , available at : http://www.trans-lex.org/113000.

[172]سامي ، أسماء مدحت :**الإعفاء من المسؤولية في اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع (فيينا)** ، بدون طبعة ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2006 ، ص 86 .

[173]دواس ، أمين وآخرون :**شرح مبادئ اليونيدروا لعقود التجارة الدولية** ، ج 2 ، ط1 ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2017 ، ص 870 .

وتجدر الإشارة أن نظرية الهاردشيب تغطي حالات أكبر مما تغطيها نصوص العائق في اتفاقية فيينا أو القوة القاهرة في اليونيدروا، فالظروف الشخصية للمدين تدخل في نطاق إعمال الهاردشيب كما سبق بيانه في عدم اشتراط المبادئ للعمومية.

بينما في المادة 79 من اتفاقية فيينا لا مجال لإعمال النص في حالات الظروف الشخصية [174]، فقد قضي بعدم توفر العائق في حالة توقف الطلب على بضاعة المشتري [175]، إذ يظهر أن هيئة التحكيم اعتبرت ذلك أمرا شخصيا مرتبطا بالمشتري، عدا عن رفض هيئات التحكيم اعتبار مشاكل الترخيص الإداري عائقا وفق نص المادة 79 [176]، ورفض ادعاء البائع وجود عائق متمثل في توقف طارئ في إنتاج المستحضرات الكيميائية موضوع العقد، إذ قررت الهيئة أن رفض الصانع توريد هذه المستحضرات لا يشكل عائقا [177]، ولذا تتشدد قرارات التحكيم في تطبيق العائق ، بل إنه باستقراء قرارات عديدة نجد أنها اشترطت توافر الحالات الاستثنائية جدا المتمثلة في " الاستحالة المادية "، كتقلبات المناخ الشديدة التي لا قبل للبائع بها [178]، وغرق السفينة [179].

ولكن لا يعني ذلك أن اتفاقية البيع تستثني العوائق الاقتصادية مطلقا ، إلا أنها أكثر تشددا وصرامة في حالات العائق الاقتصادي من أحكام المشقة في المبادئ، فحتى إن كان ثمة تقارب بين طبيعة الحوادث الموجبة لإعمال أحكام المشقة أو العائق على السواء إلا أن مقدار الجسامة – إن صح التعبير- مختلف، فالمبادئ أكثر مرونة من الاتفاقية في هذا الصدد [180]، ويؤيد

---

[174] P. Flambouras , Dionysios**, The Doctrines of Impossibility of Performance and clausula rebus sic stantibus in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract La A Comparative Analysis** , 13 Pace International Law Review , Fall 2001 , P .267 – 268 . available at : http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/flambouras1.html .

[175] انظر قضية كلاوت رقم 469 ، بتاريخ : 6 / 10 / 1998 متوفر على الرابط : http://www.uncitral.org/clout/clout/data/rus/clout_case_469_leg-1694.html

[176] انظر قضية كلاوت رقم 1122، بتاريخ 17 / 9 / 2003 ، متوفر على الرابط : http://www.uncitral.org/clout/clout/data/chn/clout_case_1122_leg-2834.html
وانظر أيضا كلاوت رقم 1405، بتاريخ 23 / 1 / 2012 ، متوفر على الرابط : http://www.uncitral.org/clout/clout/data/ukr/clout_case_1405_leg-3119.html

[177] انظر قضية كلاوت رقم 140 ، بتاريخ 16 / 3 / 1995 ، متوفر على الرابط : http://www.uncitral.org/clout/clout/data/rus/clout_case_140_leg-1343.html

[178] انظر قضية كلاوت رقم 1085 ، بتاريخ 1 / 1 / 2000، متوفر على الرابط : http://www.uncitral.org/clout/clout/data/oth/clout_case_1085_leg-2361.html

[179] انظر قضية كلاوت رقم 864 ، بتاريخ : 25 / 6 / 1997 ، متوفر على الرابط : http://www.uncitral.org/clout/clout/data/chn/clout_case_864_leg-2195.html

[180] Carlsen , Anja*:* **Can the Hardship Provisions in the UNIDROIT Principles Be Applied When the CISG is the Governing Law?** , available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/carlsen.html.

ذلكقرار محكمة رفض اعتبار الأزمة المالية والاقتصادية قوة قاهرة نظرا لأنها لم تكن لا مفر منها، وبذلك فقدت خاصية جوهرية من خصائص القوة القاهرة [181]، وقرار مشابه [182] رفض اعتبار الأزمة المالية قوة قاهرة لأنها تفتقد ل" الحتمية "، إذ يبدو أن قرارات التحكيم والمحاكم تتجنب اعتبار التقلبات الاقتصادية من قبيل العوائق، بل تشير أحيانا إلى أن هذه التقلبات يجب أن تكون متوقعة من قبل الأطراف في سوق التجارة الدولية [183].

وسبب آخر يدفع باتجاه تضييق نطاق أحكام العائق ارتباطها حقيقة بنصوص اتفاقية البيع نفسها، بمعنى أن أحكام القضاء والتحكيم ستظل محكومة بنطاق نصوص البيع وحدها في ضوء التزامات كل من البائع والمشتري، على خلاف المبادئ ذات الطبيعة " الحرة " إن صح التعبير غير المقيدة بعقد محدد أو نصوص موضوعية مرتبطة بحكم المشقة.

وفي الحوادث التي تكون مجالا لإعمال أحكام القوة القاهرة في المبادئ تقرر أن التدقيقات من قبل وكالات حكومية بخصوص تسليم كراسي متحركة لذوي الاحتياجات الخاصة من الشركة إلى صندوق الضمان الاجتماعي الروسي لا تشكل قوة قاهرة بموجب المبادئ، إنما القوة القاهرة تتمثل في الحوادث غير العادية والتي لا مفر منها كالفيضانات والزلازل والثلوج وغيرها من الظواهر الطبيعية، وكذلك الحروب والأوبئة [184]، وكذلك النزاع الذي ثار بين المدعي وهو مصنع ومطعم لبناني يعمل في إسبانيا و منظمة "الفاو" المبرم بينهما عقد توريد يلتزم بموجبه الأول بتوريد علف حيواني للثانية، حيث تذرع الأول أن قرارات الاتحاد الأوروبي بخصوص حظر تصدير بعض أنواع العلف من قبل الأعضاء في الاتحاد الأوروبي إلى دول معينة أدت – أي القرارات – إلى اضطرار المدعي التأخير في تنفيذ الالتزام وكذلك نقل المصنع من إسبانيا إلى البرازيل لاستئناف العمل مرة أخرى مواجهة صعوبات عظيمة، ولكن القرار رفض اعتبار هذه القرارات الصادرة عن الاتحاد الأوروبي بمثابة قوة قاهرة، وذلك لأن المدعي –

[181]Second Arbitrazh Court of Appeals, No : A82-2078/2009-43 , 16.09.2009 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1837&step=FullText .
[182]Federal Arbitrazh Court of the Volgo-Vyatsky District , No: 82-1970/2010 , 10.12.2010 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1606&step=Abstract .
[183]The UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods , A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/79 [8 June 2004], availale at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/anno-art-79.html#udfn11.
[184]Commercial Court of Khanty-Mansi Autonomous District – Yugra ,No : A75-3114/2008 , 08.07.2008 , available at:
http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1776&step=Abstract.

وحسب ما صرح به من نقل مكان العمل - كان يستطيع ابتداء نقل مكان العمل من إسبانيا إلى البرازيل والعمل من المكان الجديد [185].

ويبدو أن القرار السابق يتبنى مفهوما ضيقا جدا لإعمال أحكام القوة القاهرة، بمعنى آخر كان سبب رفض مطالب المدعي أن الحادث لم يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة، فلم يراعي المشقة البالغة التي تكلفها المدعي بنقل مكان عمله مسافة كبيرة والجهد الذي بذله في توطيد مشروعه التجاري في البلد الجديد، وهو حقيقة اتجاه يوحي ويشير إلى موقف المبادئ المتشدد بخصوص القاهرة والمشابه كذلك لأحكام العائق بموجب اتفاقية فيينا، إذ يبدو أن سعة نطاق تطبيق أحكام المشقة بموجب المبادئ دفعت إلى التضييق في شروط إعمال أحكام القوة القاهرة وحصر ذلك في حالات استثنائية جدا.

وفي اتجاه مخالف تقرر أن تشريع نظام جديد لتنظيم مكافحة الحرائق يعد قوة قاهرة، وبالتالي إجابة طلب المدعي (شركة روسية) في مواجهة المدعى عليه (وكالة الطرق)، إذ طالب المدعي باعتبار صدور نظام جديد لتنظيم مكافحة الحرائق قوة قاهرة وبالتالي عدم قدرته على تنفيذ التزامه الإضافي في العقد والذي ينص على قيامه باستغلال الأشجار المقطوعة وفيما بعد حرقها خلال مدة محددة، وبناء عليه أيدت المحكمة مطالبه [186] .

يتضح من القرار، اعتبار التشريع أو القرار من قبيل القوة القاهرة، ولكن يبدو أن الاختلاف بين القرارين مرده الأثر الذي أحدثه الحادث، ففي القرار الأول ورغم المعاناة التي تكبدها المدعي إلا أنه استطاع الانتقال إلى مكان عمل جديد، أي أنه لم تتوفر استحالة مطلقة، فرفضت مطالبته، ولكن في القرار الأخير لم يكن بإمكان المدعي تنفيذ العقد نهائيا إلا بمخالفة قرار السلطات، خاصة أن عمل المدعية عمل محلي وملزم بغرض محدد لا يمكن إتمامه إلا في المنطقة ذاتها، ولذا قبلت مطالبته .

وباستقراء القرارين على نحو ما سبق، يظهر التوجه المضيق لتطبيق القوة القاهرة في ضرورة اشتراط الاستحالة المطلقة، وعدم تطبيق أحكام القوة القاهرة في حالات من المشقة مهما بلغت، إذ إن نطاق الأخيرة مختلف.

---

[185]Permanent Court of Arbitration , No: AA 286 , 30.04.2009, available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1881&step=Abstract .

[186]Second Arbtrazh Court of Appeals ,No: A29-296/2012 , 31.08.2012 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1833&step=Abstract .

وفي قرار آخر[187]، اعتبرت المحكمة أن حدوث تعتيم في البطاريات الشمسية الذي أدى إلى توقف مزود الخدمة المدعى عليه عن تقديم خدمات الاتصالات يشكل قوة قاهرة تعفي من المسؤولية. وفي هذه الاشتراطات تقارب مع الحوادث التي تعتبر " عوائق " وفق اتفاقية فيينا.

وقررت المحكمة العليا اللتوانية رفض مطالبة البائع الذي ادعى وجود قوة قاهرة، وذلك لأنه حسب رأي المحكمة لا يجوز للمقاول أن يتذرع بإخفاق أحد مقاوليه من الباطن في أداء التزامه وإن توافرت بحق الأخير قوة قاهرة [188].

وعلى نهج اتفاقية البيع لا تعترف المبادئ بالحوادث الشخصية في سبيل إعمال أحكام القوة القاهرة [189]، حتى أن قرار محكمة اعتبر أن الحريق الذي حدث بفعل اللحام المعدني وأحرق الودائع المودعة لدى المدعى عليه لا تشكل قوة قاهرة يتذرع بها الأخير، ما دام الحريق لم يكن خارجيا وكان ممكن التوقع والدفع [190]، مما يجعل نظرية الهاردشيب أوسع نطاقا وأكثر فائدة للمتعاملين في التجارة الدولية.

أما بخصوص مدى احتواء أحكام العائق لحالات المشقة فلقد أشار الأستاذ Detlev F. Vagts إلى وجود عدة ثغرات في اتفاقية فيينا يمكن تغطيتها بموجب المبادئ [191]، مما يفهم منه على ما يبدو أن نظرية الهاردشيب تلقى قبولا واسعا لاحتوائها التزام إعادة التفاوض الذي يمثل الالتزام الأمثل لإحياء العقد، خاصة وأن المجلس الاستشاري لاتفاقية البيع يشير إلى ضرورة الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في اتفاقية فيينا بالاستناد إلى حسن النية في حالات توفر المشقة في ظل الآراء المنادية بأن المادة 79 لا تحكم المشقة وعدم احتوائها على

---

[187]Arbitrazh Court of the Krasnoyarskiy krai , No : A33-804/20099 , 21.05.2009 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1914&step=Abstract.

[188]Supreme Court of Lithuania , No : 3K-3-10-421/2015 , 04.02.2015 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1890&step=Abstract .

[189]دواس ، أمين ، مرجع سابق ، ص 608 .

[190]Arbitrazh Court of the Saha Republic (Yakutiya) ,No : A58-4122/2011 ,06.09.2011 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1932&step=Abstract

[191]Vagts , Detlev F. : **Arbitration and the UNIDROIT Principles , Contratación internacional, Comentarios a los principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit** , Universidad Nacional Autónoma de México - Universidad Panamericana , 1998 , p. 272. available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vagts.html#b1.

واجب إعادة التفاوض ولا حتى خيارات المحكمة بإنهاء أو تعديل العقد [192]، بخلاف مبادئ اليونيدروا التي تتضمن كل هذه الحلول .

كما أوضح الأستاذ Niklas Lindström في خلاصة بحث قدمه أنه ثمة جدالات واسعة بخصوص تغطية المادة 79 من اتفاقية فيينا لأحكام المشقة، وأن الآراء في ذلك متفاوتة بين جانب مؤيد استنادا للمبادئ العامة للاتفاقية وعلى رأسها حسن النية كرأي المجلس الاستشاري للاتفاقية المذكور، أو لكون مصطلح " عائق" يعبر عن عدة مصطلحات مختلفة مبتعدا عن المصطلحات المستخدمة في التجارة الدولية ورغبة في توحيد الحكم بموجب اتفاقية البيع [193]، و جانب معارض استنادا إلى أن ثمة ثغرة في تنظيم المشقة في الاتفاقية يمكن تغطيتها بموجب مبادئ اليونيدروا باعتبار أن الأخيرة تشكل مبادئ مرجعية لاتفاقية فيينا، ورغم معارضة الأستاذ Lindström لفكرة الاستعانة باليونيدروا إلا أنه يعترف بتميز نظرية الهاردشيب في المبادئ وأنها الأكثر خدمة للعقود الدولية الحديثة [194].

ويبدو أن غياب نجاعة المادة 79 في شمول المشقة عمليا – وإن قيل بشمولها نظريا – هو السبب الذي دفعمحكمة النقض البلجيكية في سابقة لها إلى اعتماد نصوص الهاردشيب في مبادئ اليونيدروا التي تقضي بإعادة التفاوض مرجعا مكملا لاتفاقية فيينا في ظل أن الأخيرة لا تحتوي حسب المادة 79 الحل الفريد الذي تنص عليه المبادئ رغم إقرار المحكمة بشمول المادة لحالات المشقة، ومع ذلك لقي توجه المحكمة إلى مبادئ اليونيدروا انتقاد الأستاذ Harry M. Flechtner الذي اعتبر الإحالة إلى المبادئ خطوة تفتك بوحدة واستقلالية اتفاقية البيع، وأن المحكمة أخطأت في اعتبار المادة 79 تحتوي فجوة، لأن الفجوة إنما تتحقق حين فشل الاتفاقية

---

[192] CISG Advisory Council Opinion No. 7, **Exemptionof Liability for Damages Under Article 79 of the CISG, To be cited as CISG -AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG,** Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro, Columbia University School of Law, New York, N.Y., USA. Adopted by the CISG-AC at its 11th meeting in Wuhan, People's Republic of China, on 12 October 2007, paragraph 40. Available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html.

[193] See Kofod , Rolf :**Hardship in International Sales CISG and the UNIDROIT Principles**, Thesis- University of Copenhagen-Faculty of Law ,2011, Available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kofod.html .

[194]Lindström , Niklas: **Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods** , Nordic Journal of Commercial Law ,2006/1 , see the conclusion of the research available at :http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/lindstrom.html.

في النص على علاج معين، ولكن في ظل اعتراف المحكمة نفسها بشمول المادة 79 للمشقة فلا يحق لها القول بوجود فجوة والتذرع بالمبادئ لتوفير علاج إعادة التفاوض [195].

في المقابل أشار الأستاذ Rodrigo Momberg Uribe إلى معقولية توجه محكمة النقض البلجيكية نحو الاستهداء بنصوص المبادئ لتكمل النقص، مشيرا إلى أن اتفاقية البيع إن كانت تحظى بالاحتفاء والتقدير، فإن هذا بدأ يقل مع تطورات التجارة الدولية، وأن الاتفاقية لا يجب أن تفترض أن الأفراد ينظمون المشقة بموجب شروط في العقد، فقد يواجهون صعوبات تمنعهم من ذلك [196].

ويؤيد الباحث موقف المحكمة ولكن في جزئية الاستعانة بالمبادئ لتغطية الثغرة بموجب أحكام المشقة، وليس في جزئية اعتبار المادة 79 تحتوي المشقة، إذ كان بإمكان المحكمة اعتبار المادة مفتقرة أساسا إلى حكم بخصوص المشقة مما يعني فجوة داخلية يتم إكمالها بموجب المبادئ العامة للاتفاقية والتي من ضمنها أحكام المشقة في مبادئ اليونيدروا.

فباستقراء نص المادة 79 يرى الباحث أنه من الصعب القول بشمول هذه المادة لحالات المشقة [197]، إذ إن استخدام الاتفاقية مصطلح " الإعفاءات " الذي يدل من حيث الصياغة القانونية على أحكام شبيهة بالقوة القاهرة يوحي بتوجه الاتفاقية إلى ذلك [198]، خاصة في ظل الأعمال التحضيرية التي اعتبرت المشقة خارجة عن تنظيم الاتفاقية [199].

كما أننا لن نستطيع إغفال تعبير "عدم تنفيذ" الذي يدل على استحالة التنفيذ، وليس المشقة في التنفيذ، حتى أننا بمقارنة المادة 79 بنص المادة 74 من اتفاقية لاهاي للبيع الدولي عام 1964 نجد المادة 79 أشد تعقيدا وأقل مرونة من الأخرى التي عرفت مرونة حين أحالت في شأن

---

[195]Flechtner ,Harry M. **: The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on "Hardship" Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court** , the University of Belgrade, Belgrade Law Review, Year LIX , 2011 , No. 3, p. 94 . available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flechtner10.html .

[196]Uribe , Rodrigo Momberg **: COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS: EL DEBER DE RENEGOCIACIÓN EN CASO DE EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVENIDA**, Revista Chilena de Derecho Privado, No.18, pp. 95-119 , julio 2012 , available at : http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722012000100002 .

[197]للاستزادة انظر سامي، أسماء مدحت ، مرجع سابق ، ص 87- 93 .

[198]See August , Ray : **international busniss law : text , cases, and readings** , 4th edition , Pearson Education , Inc., Upper Saddle River, New Jersey, p. 587.

[199]موسى ، طالب حسن : **قانون التجارة الدولية** ، بدون طبعة ، الأردن ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2005 ، ص 214 .

الحادث إلى نوايا الأطراف [200]، وحين سمحت في مجال العائق المؤقت بإعفاء المدين نهائيا إذا كان التنفيذ بعد زوال العائق سيخلق واقعا عقديا يختلف جوهريا عن العقد وقت الإبرام[201] .

أضف إلى ذلك أن مصطلح "العائق" يحيل الأذهان إلى كيان أو حدث مادي ذو صفة موضوعية له تأثير على العقد [202]، في حين مصطلح "المشقة" ينبئ عن الحالة النهائية الناتجة عن أسباب متعددة ، ولذلك نجد حالات تطبيق نصوص المشقة أكبر لأن النص عني بالأثر المترتب وهو الخلل الجوهري، ولم يعنى بوصف الحادث الذي يسبب ذلك الأثر، ومنطقيا فإن كثرة الاشتراطات فيما يخص طبيعة الحادث ستؤدي بالضرورة إلى تضييق في مجال إعمال النص، إذ سيكون تركيز المتصدي للنص سواء فقها أو قضاء إلى التحقق من توفر شروط تكون الحادث ثم كذلك البحث في آثاره .

أما في حالة المشقة فالحديث عن الأثر دون إسباغ وصف مادي الصبغة على طبيعة الحدث المسبب يجعل مجال تطبيق النص أكثر مرونة ما دام غرض النص تحقق بتوفر الخلل الجوهري في توازن العقد، إذ كما سبق ذكره في شرح الاختلال لا تشترط المبادئ أحداثا بعينها، إذ المهم هو أثر الحوادث في توازن العقد.

ولا شك أن النزعة المضيقة لنطاق العائق تؤيدها قرارات التحكيم، كالقرار الذي قضى بعدم توافر العائق بحق المشتري لأن اللائحة التنظيمية الجديدة لم تمنع الاستيراد كليا، وبالتالي كان بإمكانه تسلم البضائع [203]، إذ نلاحظ أن الهيئة تنبت مفهوما ضيقا للعائق بقولها " لم يمنع الاستيراد كليا " مما يعني تبني مفهوم الاستحالة وليس المشقة، كذلك فقد تقرر أنه لا يمكن للطرف المتضرر من زيادة السعر بمقدار 30 % التذرع بالمادة 79، لأن اتفاقية فيينا لا تتضمن العسر كوسيلة لإلغاء العقد [204] .

وأيضا، لو كانت أحكام العائق تغطي حالات المشقة، لما لجأ واضعو مبادئ اليونيدروا إلى التفريق بين أحكام المشقة في الفصل السادس وأحكام القوة القاهرة في الفصل السابع مع العلم أن نص القوة القاهرة في المبادئ يكاد يطابق نص العائق، إن في هذا دليلا على حرص المبادئ

---

[200] المادة 74 (1) .

[201] المادة 74(2) .

[202], Chengwei ,Liu, op.cit.

[203] انظر كلاوت رقم 976 ، بتاريخ : 26 / 6 / 2003 ، متوفرة على الرابط :
http://www.uncitral.org/clout/clout/data/chn/clout_case_976_leg-2537.html.

[204] انظر كلاوت رقم 54 ، بتاريخ 14 / 1 / 1993 ، متوفر على الرابط :
http://www.uncitral.org/clout/clout/data/ita/clout_case_54_leg-1155.html.

على التفرقة بين أحكام خاصة بالمشقة وأحكام خاصة بالقوة القاهرة المشابهة للعائق، الأمر الذي يستدل منه أن أحكام العائق في اتفاقية البيع شبيهة بالقوة القاهرة .

وأضف إلى ذلك أنه حتى في ظل الآراء القائلة بأن اتفاقية فيينا تغطي حالة المشقة سواء بالاستناد إلى حسن النية بموجب المادة 7(1) من الاتفاقية الذي لقي انتقادا[205]، أو لكون مصطلح " عائق" مصطلحا مرنا يختصر العديد من المصطلحات ذات الصلة، وفضلا عن عدم قطعية صحة هذه الآراء، لا تزال اتفاقية البيع لا تحتوي الحلول الواضحة بخصوص إعادة التفاوض أو تعديل العقد في حال الاستناد إلى المادة 79 التي لا تعرف إلا الإعفاء من التعويض وخيار الدائن بالفسخ، فضلا عن عدم إمكانية استدعاء أحكام العائق إلا في حالة عدم التنفيذ بعد حين حلول موعد التنفيذ، أما أحكام المشقة فيمكن اللجوء إليها قبل حلول موعد التنفيذ [206]، مما يعني عدم استفادة أطراف العقد من تغطية المشقة بموجب المادة 79 التي لن توفر حلولا تحفظ العقد، إنما حلولا تهدد حياة العقد وتنذر بإنهائه باعتبار آثار المادة 79 آثار شبيهة بآثار القوة القاهرة وليس المشقة، فتغدو تغطية المادة 79 للمشقة – فيما لو فرضنا ذلك جدلا - ضربا من التغطية الوهمية النظرية التي لا تحقق الفائدة العملية ومصالح الأطراف في العقود التجارية الدولية .

كما أنه في ظل سعي اتفاقية البيع إلى الحفاظ على العقود واستمراريتها وتفضيل الأداء على فسخ العقد [207]، فإن الرجوع إلى القوانين المحلية للاستعانة بما تحتويه من نصوص في حال الثغرة الموجودة في المادة 79 بموجب المادة 7(2) وتفضيل هذه الوسيلة على مبادئ اليونيدروا من شأنه تفتيت الحكم الموحد الذي تبتغيه اتفاقية البيع، بخلاف اللجوء إلى مبادئ اليونيدروا التي تتضمن حكما موحدا فيما يخص المشقة، ومن الواضح أفضلية اللجوء إلى مبادئ عالمية تحتوي حكما موحدا ليسد الثغرة ويسعى لحفظ العقد بالمقارنة بقوانين محلية تختلف في نظرتها للمشقة [208].

---

[205]Tallon , Denis : **Commentary on the International Sales Law (art . 79)** , Giuffrè , Milan , 1987 , 572-595, available at :http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html.
إذ انتقد الاستناد إلى حسن النية ، p. 593 ، واعتبر أنه إذا كان يمكن أن يعتبر العائق في درجة أقل من القوة القاهرة التقليدية وأشد من الإحباط إلا أنه لا يمكن أن يشمل المشقة ، . 594- 592.p.

[206]Anja , Carlsen ,op.cit .

[207]Audit , Bernard : **The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria** , Juris Publishing , 1998, p.190 , available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/audit.html.

[208]Rodrigo Momberg Uribe, op.cit .

ونظرا لأن من حالات انطباق مبادئ اليونيدروا الدور التكميلي والتفسيري للصكوك والاتفاقيات الدولية القائمة [209]، يرى الباحث أنه يمكن اللجوء إلى نصوص الهاردشيب بموجب مبادئ اليونيدروا وذلك لتغطية الثغرة بخصوص المشقة في اتفاقية البيع، وهو ما تنص عليه المبادئ في مستهلها عند الحديث عن الغرض منها [210]، وتؤكده الشروط النموذجية الرسمية المعدة لاستخدامها من قبل أطراف العقد الدولي [211]، وأن نص اتفاقية فيينا بما فيه من قصور في تغطية المشقة وبما تحتويه الاتفاقية في المادة 7(2) من الاتفاقية نفسها من الرجوع للمبادئ العامة التي أخذت بها الاتفاقية يمكن القول باعتبار مبادئ اليونيدروا من المبادئ العامة هذه [212]، فيكمن من هذا المدخل الحديث عن الاستعانة بمبادئ اليونيدروا باعتبارها تشكل جزءا مهما من قانون التجار lex mercatoria والذي يعد من المبادئ العامة التي تشكل مرجعية لاتفاقية البيع، فبما أن مبادئ اليونيدروا جزء أصيل من قانون التجار [213] يمكن الاستناد إلى نصوص المشقة فيها لتغطية النقص في اتفاقية البيع.

وبالنظر إلى " مرونة " أحكام المبادئ وشموليتها أكثر من اتفاقية البيع [214]، فإن أحكام المشقة في المبادئ تلعب دورا توحيديا، إذ تسعى لتوحيد الآراء القانونية بدلا من الرجوع إلى مصطلحات قانونية في القوانين الوطنية الذي يؤدي إلى تضارب الآراء، ولذا كانت أحكام المشقة عامة جامعة شاملة لجميع الحوادث التي تخل جوهريا بالعقد عدا استحالة التنفيذ مهما كانت طبيعة الحادث، مما يؤدي إلى حماية كبيرة لأطراف العقد الدولي فيما لو طبقت المبادئ على عقودهم.

---

[209]ICC International Court of Arbitration, Paris 7365/FMS , 7365/FMS , 05.05.1997 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=653&step=Abstract.

[210]Magnus , Ulrich : **General Principles of UN-Sales Law** , Volume 59, Issue 3- 4 October , 1995,available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus.html .

[211]http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/upicc-model-clauses.: انظرالشروط

[212]Rimke , Joern :**Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts , Reproduced with permission of Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, Kluwer ,1999-2000 , p. 236 – 237. available at : http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html.

[213]ICC International Court of Arbitration , No9479, 02. 1999 , Available at :http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=680&step=Abstract . وانظر فياض ، محمود : **المعاصر في قانون التجارة الدولية** ، ط1 ، عمان ، الأردن ، الوراق للنشر والتوزيع ، 2012 ، ص 211 .

[214]Lookofsky , Joseph : **Impediments and Hardship in International Sales: A Commentary on Catherine Kessedjian's "Competing Approaches to Force Majeure and Hardship"** , 25 International Review of Law and Economics , September 2005 , p.445, available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky17.html .

وأخيرا، فالقول بإكمال نصوص اتفاقية فيينا بموجب نصوصها نفسها دون الاستعانة بغيرها من المبادئ والاتفاقيات معناه مخالفة روح العدالة وضرورات حماية المدين المتضرر الذي لن يجد سبيلا لمراعاة ظرفه الشاق إن لم يورد شرط المشقة أو شرط القوة القاهرة بمفهومه الحديث في العقد.

ثانيا: مقارنة النظرية بالنظريات على المستوى الوطني

أ- مقارنة الهاردشيب بنظرية frustration في القانون الإنجليزي

هذه النظرية من ابتداع القضاء الانجليزي والتي تعرف ب " إحباط الهدف " ومثالها الأشهر قضية Avery v Bowden (1855)، حيث كان بموجب العقد أن سفينة ستحمل شحنتها من البضائع من ميناء أوديسا، وبسبب اندلاع حرب القرم قررت الحكومة التي تتبع لها السفينة أنه من غير المشروع أن تحمل السفينة البضائع من ميناء العدو، وبناء عليه ترتب على ذلك إحباط الغرض من العقد [215].

إذن فإن فحوى النظرية أن ينهار الأساس الذي انبنى عليه العقد، أي فوات مصلحة الأطراف من العقد، وليس إرهاقا يلحق المدين كما في الهاردشيب، ثم إن نتيجة تحقق نظرية استحالة الهدف هو فسخ العقد – كما في القوة القاهرة - خلاف نظرية الهاردشيب التي تقرر إعادة التفاوض كمبدأ أساسي وجوهري، ويكون الفسخ فيها آخر الحلول[216]، هذا بالنظر إلى المشقة والإحباط كنظريتين منفصلتين، أما وقد احتوت نظرية المشقة صورة إحباط الغرض ضمن صور الاختلال كما سبق شرحه في موضعه، فإنها تخضع لأحكام المشقة، ولن يختلف الأمر كثيرا، فكما أن أثر إحباط الغرض هو فسخ العقد، يظل وفق المبادئ نفس الأثر، فيقضي القاضي بفسخ العقد في هذه الحالة بسبب إحباط الغرض ذلك أنه لن يكون مستساغا القول بإعادة التفاوض أو التعديل في عقد انتفت منه ملامحه الجوهرية .

وهذه النظرية بما أنها لا تطبق إلا في حال الإحباط فهي تضيق عن حالات كثيرة من المشقة ولا تغطيها، ومن أمثلة ذلك قضية Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban

---

[215]Allen and overy, **basic principles of english contract law , advocates for internnational deyelopment** , p .12.

[216]Erikse ,Eivind : **Terrorism and Force Majeure in International Contracts** , Bond Law Review ,Volume 16 , Issue 2 ,2004 , p.180 – 181.

وانظر السلماني ، عبد الرحيم ، مرجع سابق ، ص 209 .

District Council[217] إذ اتخذ القضاء موقفا صارما نسبيا تجاه نظرية تغير الظروف (المشقة) كالخسارة مالية أو غيرها من المتاعب التي ينطوي عليها تنفيذ العقد أو التأخير الذي اعتبر من ضمن المخاطر التجارية التي يتحملها الأطراف، وتدور وقائع القضية أن المدعين المقاولين كان مطلوبا منهم إنجاز بناء 78 منزلا للجهة المدعى عليها بسعر ثابت على أن ينجز العمل في غضون ثمانية أشهر، ولكن بسبب نقص غير متوقع من العمال، وسوء الأحوال الجوية وغيرها من الأسباب استغرق العمل 22 شهرا كاملة وازدادت التكلفة أعلى 17000 جنيه عن وقت إبرام العقد، وعلى إثر ذلك ادعى المقاولون أن نقص العمالة وسوء الأحوال الجوية قد أحبطت العقد، وبالتالي طالبوا بالتعويض على أساس الإثراء غير المشروع، ومع ذلك، قرر مجلس اللوردات أنه لم يكن ثمة إحباط ورفضت المطالبة، وأوضح المجلس أن المشقة أو المعاناة أو الخسارة المادية لا تصلح أساسا للادعاء بالإحباط، بل يجب أن يصبح غرض العقد مختلفا عن ذلك الذي من أجله تم التعاقد .

ومثال آخر يشير إلى التفسير الضيق للإحباط يتمثل في قضية Health Authority v. Staffordshire Staffs Waterworks[218] حيث أبرم عقد بين شركة لأعمال المياه (المدعية) وهيئة الصحة (المدعى عليها) يتعين بموجبه أن تقوم المدعية بتوفير المياه إلى مستشفى في عام 1919 ولأوقات لاحقة بسعر ثابت، ولكن بعد حدوث تضخم لاحقا في عام 1975 سعت المدعية إلى إلغاء العقد نتيجة زيادة كبيرة عدة أضعاف عن السعر المتفق عليه في العقد ، وإثر النزاع لدى المحكمة قررت محكمة الاستئناف السماح للأطراف بإنشاء عقد جديد بشروط جديدة، ولكن محكمة النقض نقضت حكم الاستئناف على أساس أن هذه الزيادة وإن كانت ذات كلفة كبيرة على المدعية إلا أنها لم تصل حد الإحباط .

وتعتبر حالة " إحباط الهدف" صورة من صور الاختلال المعروفة في تطبيقات المشقة [219]، بمعنى أن أحكام المشقة تغطي نظرية الإحباط، والسبب في ذلك أن الإحباط يندرج تحت صورة " خفض قيمة ما يتلقاه أحد الأطراف "، إذ ينتفي الغرض الذي من أجله تم التعاقد مع بقاء القدرة

---

[217] Baranauskas , Egidijus and Zapolskis , Paulius : **THE EFFECT OF CHANGE IN CIRCUMSTANCES ON THE PERFORMANCE OF CONTRACT** , Mykolas Romeris University, Faculty of Law,Department of Business Law , 2009, 4(118), p. 197–216 , p.210 , avaiable at : https://www.mruni.eu/upload/iblock/b20/11_baranauskas.pdf, p. 202 , and available at : http://www.e-lawresources.co.uk/Davis-Contractors-v-Fareham-UDC.php.

[218] Baranauskas , Egidijus and Zapolskis , Paulius , , op.cit , p.203 . انظر القرار لدى :

[219] راجع صور الاختلال في هذه الرسالة .

على التنفيذ موجودة [220]– عكس أحكام القوة القاهرة بموجب المبادئ - ولكن بدون جدوى اقتصادية، ولذا يجد تطبيقها ضمن حالات المشقة مبررا أكثر من إدراجها تحت مفهوم القوة القاهرة.

وفي ظل النظام الإنجليزي الذي لا يعترف بالمشقة إلا في حالة واحدة وهي النص على شرط المشقة في العقد أو شرط القوة القاهرة، وبغير ذلك يطبق المفهوم الضيق جدا للإحباط في ظل القانون الوطني [221]، شكلت نظرية المشقة في المبادئ متنفسا للمدين المتضرر، إذ سيكون بوسع المتضرر استدعاء تطبيقها في ظل حالة الإحباط والاستفادة من الحلول المتنوعة التي تقررها أحكام المشقة للحفاظ على العقد كإعادة التفاوض والتعديل، والتي لا تعرفها " نظرية الإحباط " .

ولذا تعتبر نظرية المشقة بموجب المبادئ شاملة لحالات عديدة من مسائل تغير الظروف كنظرية الإحباط، فتغدو أحكام المشقة متضمنة الحلول لمختلف حالات تغير الظروف التي لا تصل درجة القوة القاهرة.

ب- مقارنة المشقة بالنظرية الألمانية " إحباط الأساس العقدي"

(Wegfall der Geschäftsgrundlage)

هذه النظرية المعروفة في القانون الألماني هي نظرية عامة تشمل نظريتين أو مستويين من تغير الظروف:

1- حالة اضطراب توازن العقد Disturbance to Eauilibrium of the Contract (Äquivalenzstörung)

[220]van VUUREN, Elbi Janse : **Termination of International Commercial Contracts for Breach of Contract: The Provisions of [South African Contract Law, U.S. Contract Law, German Contract Law and] the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts** ,15 Arizona Journal of International & Comparative Law ,1998, p.607, available at : :
http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vuuren.html.

[221]NWAFOR , NDUBUISI AUGUSTINE : **Comparative and Critical Analysis of the Doctrine of Exemption/Frustration/Force Majeure under the United Nations Convention on the Contract for International Sale of Goods, English Law and UNIDROIT Principles** , A Thesis Submitted to the School of Law, University of Stirling for the Degree of Doctor of Philosophy (PhD), Stirling, Scotland , MARCH 2015 , p.193.

هذه النظرية تشابه النظرية التقليدية في الظروف الطارئة الوطنية المعروفة في القوانين العربية، إذ قوامها أن يحدث إرهاق كبير في التزامات أحد المتعاقدين دون إحباط الغرض من التعاقد، وإنما الخسارة الفادحة في تنفيذ الالتزام، ويترتب عليها تعديل العقد [222].

2- حالة إحباط الغرض Frustration of Purpose (Zweckvereitelung)

وهذه الحالة تشابه مفهوم الإحباط في القانون الإنجليزي، إذ ينهار الأساس الذي انبنى عليه العقد ويغدو بلا فائدة، مع عدم استحالة التنفيذ، ويؤدي إلى إنهاء العقد [223].

وفيما يتعلق بالمبادئ، فبالنسبة للحالة الأولى وهي اضطراب التوازن فيبدو أن شروطها تتشابه مع شروط المشقة مع الاختلاف في الآثار، إذ إن المبادئ توجب التفاوض ثم تجيز للقضاء التعديل والفسخ، في حين أن حالة الاضطراب العقدي تؤدي إلى التعديل.

أما فيما يخص الحالة الثانية من النظرية الألمانية المتمثلة في إحباط الغرض فمن حيث الشروط وإن كانت تتطلب إحباط الغرض العقدي لكن لا يمنع ذلك من انطوائها تحت لواء المبادئ وبالتالي اعتبارها صورة من صور المشقة.

ويتضح أن الحلول التي تحتويها المبادئ أوسع وتعطي القضاء والتحكيم مساحة للتصرف بما يخدم العقد أكثر.

ج- **تغير الظروف في القانون الإيطالي** (eccessiva onerosità)

تغير الظروف في القانون الإيطالي يتطلب أحداثا ترهق بصورة مفرطة أحد المتعاقدين بحيث يكلفه الأداء مشقة كبيرة، ويكون أثر تحقق الشروط جواز طلب الفسخ من قبل الطرف المتضرر، وأما في حالة العقد الملزم لجانب واحد فللطرف المتضرر طلب التعديل، ولا يحق للقضاء اقتراح تعديل، إنما فقط فحص ملاءمة التعديل المقترح [224] .

هذا الحل المتبنى في هذه النظرية بخصوص العقد الملزم لجانبين – وهو الشائع- فيه تشدد إذ إنه يقرر أحقية المتضرر في الفسخ ابتداء، والفسخ ليس محبذا لأنه حل ينهي الرابطة العقدية.

---

[222]RIVKIN , DAVID W , op.cit , p. 183.
[223]Ibid, p.183.
[224]RAPSOMANIKAS, Michael G. **: Frustration of Contract in International Trade Law and Comparative Law**, 18 Duquesne Law Review 1980 , p.555, available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rapsomanikas.html .

وهذا ما دفع محكمة ميلانو وهي تقر رفض استحالة تطبيق النظرية الوطنية للمشقة القول بأن أثر الإعفاء من التنفيذ التي تقره النظرية يحرم الأطراف من فرصة التعديل الذي يساهم في الحفاظ على العقد [225]، وفي هذا إدراك من المحكمة لعدم مرونة خيار الفسخ وجموده وعجزه عن تحقيق المصالح بصورة مثلى.

وبالاطلاع على النظريات السابقة، وفي ظل خضوع طبيعة هذه النظريات وشروطها لنطاق أحكام المشقة في المبادئ يظهر الدور التوحيدي للمبادئ في شموليتها لحالات كبيرة من تطور الظروف، فيغدو اللجوء للمبادئ أفضل من اللجوء لنظريات وطنية أقل إحاطة بتطور العقود التجارية الدولية، خصوصا في ظل خيارات الحفاظ على العقد بموجب المبادئ التي تقصر عنها النظريات الوطنية.

الفرع الثاني: علاقة النظرية بالممارسات العقدية

أولا: علاقة النظرية بشرط إعادة التفاوض

قبل أن تصبح نظرية الهاردشيب نظرية وحتى بعد اعتمادها ثمة ملامح للنظرية تتجسد في شرط إعادة التفاوض الذي يدرجه الأطراف في العقد بغية الوصول إلى حل بينهم عن طريق إعادة التفاوض [226]، وتختلف مقدرة الأطراف في صياغة الشرط بحيث يحقق الغرض المنشود، فقد يكون على قدر من التفصيل والدقة بحيث يشمل كل ما يبتغيه الأطراف، أو خاليا من التفصيل ومقتصرا على ذكر مصطلح إعادة التفاوض، أو وسطا بين الأمرين بحيث يغفل جوانب ويغطي جوانب أخرى وفق مظلة عليا هي المبادئ المستقرة في التجارة الدولية من حسن النية وسلطان الإرادة .

وكما سبق بيانه في مقدمة البحث، وحيث إن شرط إعادة التفاوض لا يفي في كل الحالات بما يريده الأطراف، ودون وجود نص عام يرجعون إليه هم أو القاضي في تغطية الثغرات في العقود برزت أهمية مبادئ اليونيدروا التي ابتدعت نظرية الهاردشيب بعد أن كانت ملامحها الأولى تنظم كشرط في العقد، وبالتالي أصبح ثمة مرجع عام في المبادئ يوضح الإطار العام الذي يستهدي به أطراف العقد في تنظيم شروطهم، والتي شكلت الكفيل والقانون الأسمى الذي

[225] RIVKIN , DAVID W , op.cit, p.191 .

[226] طراد ، كامل خير الله : **نظرية الظروف الطارئة في القانون العراقي والقانون المقارن وأثرها على عقود التجارة الدولية ، مجلة كلية التراث الجامعة** ، ع 17، ص 286 .

يغطي الثغرات في تنظيم شرط إعادة التفاوض، فحيثما يرد نقص في شرط إعادة التفاوض يمكن اللجوء إلى اليونيدروا لتغطية النقص .

وقد يختلف ما يرد في شرط إعادة التفاوض مع نصوص اليونيدروا في الهاردشيب ولذا لا شك أن اتفاق الأطراف يجب أن يحترم استنادا لمبدأ سلطان الإرادة المعترف به على نطاق واسع في التجارة الدولية، خاصة في ظل المادة 1-4 من المبادئ التي تنص على أنه " يجوز للأطراف استبعاد تطبيق هذه المبادئ أو مخالفتها أو تعديل آثار أي حكم من أحكامها، ما لم يرد في المبادئ نص مخالف " .

وبما أن نصوص الهاردشيب لا تمنع الأطراف من التعديل أو المخالفة فإن للأطراف حرية ذلك، ولكن ينبغي أيضا فهم نص المادة المذكورة أنه يجب أن يستدل من اتفاق الأطراف استبعاد تطبيق أحكام الهاردشيب صراحة، وإلا فستظل النصوص حاكمة لموضوع الهاردشيب - وفق حالات انطباقها حسب ديباجة المبادئ - ما دام الأطراف لم يستبعدوها، ولذا لا يكفي تنظيم الأطراف لشرط إعادة التفاوض لاستبعاد نصوص المبادئ، وإنما تجب الإشارة الصريحة إلى الرغبة في مخالفة أو تعديل النصوص وتطبيق الشرط في المقابل.

وأكثر من ذلك، إن عدم النص صراحة على استبعاد أحكام اليونيدروا يجعلها منطبقة تلقائيا وواجبة الاحترام باعتبارها " أعرافا تجارية "lex mercatoria"، والأعراف التجارية يجب أن تظل في وجدان المتعاملين في ميدان التجارة الدولية ومأخوذة في حسبانهم حين إبرام العقد وما يليه كذلك، وإذ قيل بأن المبادئ تحدد نطاق تطبيقها، وبالتالي لا يجوز الخروج على ما تقرره، فيمكن القول هنا أن المبادئ وإن حددت حالات انطباقها، إلا أن حالة التطبيق استنادا لكونها عرفا تجاريا مسألة تتقرر من خلال الاطراد في تطبيقها والرضا بها على نحو واسع لدى جمهور المتعاملين في التجارة الدولية، وهو ما يتوفر في المبادئ وتؤيده أحكام قضائية وتحكيمية كثيرة سبق الإشارة إليها، ولذا حتى وإن لم تنص المبادئ على ذلك فلا يمنع من تطبيقها استنادا لهذه الصفة العرفية التي يجب أن تظل في أذهان أطراف العقود الدولية .

ويؤيد ذلك قرار المحكمة التجارية العليا الأوكرانية باعتبار مبادئ اليونيدروا تعبيرا عن العرف التجاري الدولي المعمول به طالما أنها لا تتعارض مع القانون المعمول به والذي كان في القضية المطروحة القانون الأوكراني[227]، ملتفتة بذلك عن طعن المدعى لدى محكمة أدنى درجة

[227]High Commercial Court of Ukraine , No: 42/90-10 , 30.11.2010 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1700&step=Abstract .

في إمكانية تطبيق مبادئ اليونيدروا دون وجود اتفاق بين الأطراف، الأمر الذي يعني إمكانية تطبيق المبادئ رغم عدم اتفاق الأطراف على تطبيقها .

ولكن بما أن أحكام المشقة في المبادئ ليست نظاما عاما بدليل المادة 1-4 المذكورة فإن الشرط مقدم على النظرية إذا كانت منطبقة على العقد في الحدود التي يتعارض فيها الشرط مع النظرية، مع بقاء النظرية مكملة للنقص أو مفسرة لما يرد في شرط إعادة التفاوض وفق سلطة القضاء والتحكيم التقديرية.

وفيما يلي بيان للعلاقة التكاملية ومدى تدخل المبادئ – في حال كانت قانونا يحكم العقد - في حال وجود الشرط في حالات عدة، أما إن كانت غير منطبقة على العقد فالشرط هو المتفرد في حكم الظروف الشاقة.

أ) حالات انسجام الشرط مع النظرية

1- تطبيق الشرط مهما كان مقدار الضرر [228]

لنفرض أن الأطراف اتفقوا على اللجوء للتفاوض إذا وقع ضرر لأحدهما، ولم يحددوا مقدار الضرر، أو حددوه بضرر قليل الجسامة، هنا لا يمكن القول بتطبيق الشرط في هذه الجزئية لأن هذا يتناقض مع مبدأ "الاختلال الجوهري" الذي يشترطه الشرط نفسه – كما سبق بيانه في شرح الاختلال - الذي يعني بالضرورة قدرا ليس بسيطا من الإرهاق، فإذا قلنا بتطبيق الشرط رغم تحقق ضرر بسيط لأحد الأطراف مستندين لسلطان الإرادة فربما نظلم بذلك الطرف الضعيف في العقد، الذي أجبر على الموافقة على الشرط في ظل سطوة الطرف القوي، مما يعني تعسفا في استعمال الحق، ولذا يكون اللجوء لما هو مستقر في الممارسات العقدية وكذلك نظرية الهاردشيب في المبادئ أكثر عدالة وتحقيقا لمقاصد الحفاظ على العقود .

وصحيح أن نظرية الهاردشيب وكذلك المستقر في الممارسات العقدية لم يتضمنا أحكاما خاصة بالشروط التعسفية إلا أنه يمكن الاستناد إلى مبدأ هام مستقر في التجارة الدولية وهو "حسن النية في تنفيذ العقود" والذي نصت عليه المادة 1-7 من مبادئ اليونيدروا.

[228] انظر أسيل باقر جاسم ، مرجع سابق ، ص 118 .

2- تنظيم طبيعة الأحداث الموجبة لإعمال الشرط

قد يلجأ الأطراف إلى تضمين الشرط الأحداث التي بوقوعها يطبق الشرط، ويأتي تنظيمهم للأحداث على صورتين:

الأولى: الصياغة العامة للتعبير عن الاختلال، بحيث تكون الصياغة بمصطلحات تتحدث بشكل عام عن نتائج الحادث غير المتوقع بأنه يؤدي إلى "قلب اقتصاد العقد" أو "التغيير الجذري في التزام الأطراف" [229].

الثانية: الصياغة الخاصة للتعبير عن الاختلال، وهي الصياغة التي تهدف إلى تحديد الاختلال بوجه دقيق، مثلا بذكر الركن في البيع الذي يطاله الحادث غير المتوقع ويلحق به ضررا، بحيث يعتبر أن توازن العقد اختل إذا ما لحق تلك الجزئية من العقد ضرر فادح[230] .

ولا شك أن الصياغة الدقيقة الخاصة أفضل للمتعاقدين أنفسهم ولهيئات التحكيم والقضاء في تحديد نطاق الاختلال ومداه، بدل مصطلحات عامة قد يشوبها الغموض أو صعوبة التفسير، لكن في المقابل قد تكون الصياغة العامة مفيدة للأطراف باعتبار أنها تشمل العديد من الظروف التي قد تطرأ على خلاف الصياغة الخاصة المحددة بظروف معينة فقط

وأيا كانت الصيغة، يلاحظ أن اتفاق الأطراف على تحديد الأحداث لا يتعارض مع نصوص المشقة، إذ إن الأخيرة تشكل نموذجا يرشد الأطراف إلى النقاط الجوهرية التي يفضل تضمينها في العقد ، فإذا كانت الصيغة عامة فثمة تقارب مع نموذج الهاردشيب التي لم تحدد أحداثا معينة، وإذا كانت الصيغة خاصة بحيث تم تحديد الأحداث الموجبة لإعمال الشرط التي يطبق الشرط بشأنها، واستبعاد الشرط أحداثا معينة فلا تثور مشكلة هنا، بحيث يطبق الشرط في حالة حدوث الأحداث المتفق على اعتبارها أحداث موجبة لإعماله، ولا يطبق بخصوص الأحداث المستبعدة .

لكن قد تحدث ظروف غير متفق على دخولها حيز الاتفاق ولا استبعادها كذلك أي سكت الأطراف بشأنها، هنا يأتي دور نظرية الهاردشيب لتقرر برأي الباحث الحماية للطرف

---

[229] غنام ، شريف ، مرجع سابق ، ص 145- 147.

[230] المرجع السابق، ص 147 .

المتضرر ما دامت شروط انطباقها متوافرة، أي تلعب دورا مكملا للشرط وليس باعتبارها تلغي الشرط أو تناقضه [231] .

3- اللجوء للغير مقدما لرعاية عملية التفاوض

في هذه الحالة يتفق الأطراف في الشرط على اللجوء إما لخبراء أو فنيين أو محكمين للإشراف على عملية التفاوض [232]، وهذا لا يتعارض مع المبادئ التي تقضي دوما بواجب إعادة التفاوض بين الأطراف أنفسهم رغبة في توصلهم إلى أفضل الحلول، والمبادئ هنا لم تقيد الأطراف في عملية التفاوض فلم تمنع لجوءهم للخبراء أو المحكمين لرعاية عملية التفاوض، إنما تتضمن المبادئ الحل في حالة فشل المفاوضات إذ تقضي اللجوء للتحكيم أو القضاء.

4- تطبيق الهاردشيب في حال ذكر "إعادة التفاوض"

تكمن أهمية نظرية الهاردشيب كما سلف باعتبارها غطاء تشريعيا يعالج عدم اتفاق الأطراف على الشرط بحيث لا يترك الأطراف بدون حماية في حالة الظروف الشاقة، وكذلك، إن من الأمور المهمة أيضا أن النظرية أصبحت تطبق لمجرد ذكر الأطراف مصطلح " إعادة التفاوض " لأن ذلك معناه اللجوء للمبادئ الدولية والاتفاقيات التي نظمت الهاردشيب وتطبيقها، في حين أن ذكر مصطلح " إعادة التفاوض" في العقد لا يكفي لتطبيق الشرط [233]، لأن المصطلح قد ينصرف إلى أكثر من معنى، مما يجعل من نصوص النظرية كفيلا لحماية الأطراف في حال ذكر المصطلح مجردا من التفصيل إذ ينصرف ذلك إلى رغبة الأطراف تطبيق النظرية في المبادئ.

5- تحديد عناصر العقد التي يطالها الاختلال

قد يتفق الأطراف في صياغة خاصة لشرط إعادة التفاوض على تحديد عناصر أو عنصر معين يطاله الاختلال للقول بتطبيق الشرط ومن ثم إعادة التفاوض، فقد يتفقون على ضرورة اختلال الثمن بموجب الحادث كما في الشرط القائل **"إذا وقعت احداث من شأنها ارتفاع تكلفة الحصول على النقد أو الائتمان أو تخفيض المبلغ الأساسي او الفائدة التي يمنحها البنك"** ، وكذلك

---

[231] أنظر أبو بكر ، محمد : **دور نظرية الظروف الطارئة في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري** ، منشور على الانترنت بتاريخ : الأحد 28 فبراير 2010 على الرابط التالي : http://draboubakr.blogspot.com/2010/02/blog-post.html . تاريخ الدخول : 31 / 7 / 2016 ، الساعة 11: 4 مساء .

[232] السلماني ، عبد الرحيم ، مرجع سابق ، ص 223 .

[233] انظر جاسم ، أسيل باقر ، مرجع سابق ، ص 119 .

الشرط الذي ينص على أنه **"إذا أدى التغيير إلى تحقيق عائد غير كاف لتغطية تكلفة الصفقة"**[234].

والسؤال الذي يثور هنا، ماذا لو تحققت المشقة بسبب حادث تتوافر فيه شروط الظرف الشاق، ولكن لم يؤثر في العنصر المتفق عليه، بل أثر في عنصر آخر مثل تسليم البضائع، هل يجوز إعمال نصوص المشقة في المبادئ إذا كانت تحكم العقد؟ أم يجب التقيد بما ورد في الشرط بوجوب تأثر الثمن دون غيره؟

يرى الباحث أن الشرط يطبق في حدود ما اتفق عليه الأطراف، بحيث إذا أدى الحادث إلى اختلال الثمن فالشرط هو واجب التطبيق بتفصيلاته، أما إذا أخل الحادث بعنصر آخر من عناصر العقد فلا يمنع شيء من تطبيق نصوص المشقة في المبادئ ما دامت شروط انطباقها متوافرة، لأن اتفاق الأطراف بخصوص الثمن لا يعني استبعاد تطبيق نصوص المشقة فيما سواه، بل هو اتفاق على حصرية تطبيق الشرط على الثمن وعدم تنظيم ذلك بقانون أو اتفاقية في هذه الجزئية فقط.

ب) حالات تعارض الشرط مع النظرية

1- النص على ميعاد محدد لطلب التفاوض

قد يتفق الأطراف على ميعاد محدد يلتزم الطرف المتضرر من الحادث خلاله بطلب إعادة التفاوض، ومن ثم يكون عرضة لجزاءات معينة في حال إخلاله بالمدة، ولكن السؤال يثور في حالة اتفاق الأطراف على مدة محددة ولكنها تكون غير كافية للطرف المتضرر، كأن يكون الظرف الشاق معقدا ويتطلب من المدين جهدا كبيرا في مواجهته والعمل على تفاديه مما أدى إلى استنفاد وقته وعدم القدرة على وضع المتعاقد الآخر في ظروف الحادث .

هنا ورغم أن التحديد المسبق لمدة طلب التفاوض قد يضر المتضرر من الظرف الشاق إلا أن الشرط أولى بالاعتبار، إذ إن المبادئ كما أشرنا ليست نظاما عاما وبالتالي وجوب احترام الشرط.

ومع ذلك قد يأتي هنا دور المحكم بالعدالة والذي بإمكانه اعتبار المدة المحددة إن كانت لا تناسب حالة الظرف الشاق مدة مجحفة ولا تتفق مع " المدة المعقولة " في المبادئ، على أساس سلطة المحكم بالعدالة في استبعاد ما قد يرد في الشرط إن كان غير مجد لمصلحة الأطراف، مع

[234]شروط مشار إليها لدى جاسم، أسيل باقر، مرجع سابق ، 126 -127 .

ضرورة الإشارة إلى أنه يجب أن يكون في هذه الحالة اتفاق من قبل الأطراف ابتداء على التحكيم مع التفويض بالصلح.

2- الاتفاق على جزاء شديد في حال عدم الإخطار

قد يلجأ الأطراف لتبني جزاء شديد إذا أخل المتضرر بواجب الإخطار بوقوع الظرف الشاق، بحيث يحرم من التمسك بأحكام المشقة [235]، وفي هذا تشدد قد تلافته المبادئ باختيارها جزاء التعويض كما سيبين لاحقا.

وهنا لا بد من احترام إرادة الأطراف فهي محل اعتبار أول وإن كان الجزاء يضر بمصلحة المتعاقد المتعرض للظرف الشاق، ولهذا السبب تكمن ميزة المبادئ باحتوائها الحلول والخيارات المعتدلة وعدم الإجحاف بحقوق المتعاقدين ومصالحهم.

3- اعتبار العقد مفسوخا في حال عدم نجاح المفاوضات

هذا الحل يتعارض مع ما تقره المبادئ – كما سنرى – والتي لا تجيز الفسخ في هذه الحالة، إنما جعلت الفسخ بيد القضاء أو التحكيم.

ثانيا: علاقة النظرية بشرط القوة القاهرة

بما أن نظرية الهاردشيب لا تطبق في حالات الاستحالة فقد ابتدع العرف التجاري الدولي والممارسات العقدية "شرط القوة القاهرة " الذي يتقارب مع "شرط إعادة التفاوض" ليحقق له الغاية التي عجزت عنها مبادئ اليونيدروا في تنظيمها نصوص القوة القاهرة التي لم تتضمن مراجعة العقد.

أما المفهوم الأكثر حداثة للقوة القاهرة فهو دور الأطراف في تحديد الأثر المترتب على القوة القاهرة والاتجاه إلى إعادة التفاوض [236]، إذ ينص المتعاقدون في ميدان التجارة الدولية أنه في حال وقوع حادث لا سيطرة للطرف المضرور عليه وغير ممكن التوقع وخارج عن الإرادة ويجعل تنفيذه للالتزام مستحيلا فإن الأطراف يجتمعون ليتفاوضوا بشأن العقد وإيجاد الحلول الممكنة، وهذا ما يعرف "بشرط القوة القاهرة" الذي يهدف إلى التخفيف من الآثار الشديدة

[235] غنام ، شريف ، مرجع سابق ، ص490- 491 .

[236] Fontaine, Marcel: **Les Clauses de Force Majeure dans les Contrats Internationaux**, DPCI ,1979 , p . 494 , available at :http://www.trans-lex.org/122600 .

المعروفة في القوة القاهرة التقليدية، لذا يقررون خيارات أخف وطأة من الانفساخ أو الإعفاء من المسؤولية [237].

لذا فالقوة القاهرة بالمفهوم الحديث تتقارب مع الظروف الطارئة بمفهومها الحديث أي "الهاردشيب"، وهو تقارب من حيث الآثار المترتبة والحلول المقترحة، أما من حيث الشروط فثمة اختلاف بين الهاردشيب التي تطبق حين الإرهاق والقوة القاهرة الحديثة التي تطبق حين الاستحالة [238].

وأكثر من ذلك قد تنص شروط القوة القاهرة على عدم اشتراط الاستحالة المطلقة، بل يكفي إعاقة تنفيذ الالتزام أو التأخير في تنفيذه وتكون النتيجة مراجعة العقد، وهذا يعني إمكانية الاستغناء عن شرط من شروط القوة القاهرة في صياغة شرط القوة القاهرة أو التخفيف من حدة شروط إعمال القوة القاهرة أو التوسع في إغفال ذكر أحد الشروط [239].

وفي هذه الحالات يسعي الأطراف إلى التوسع قدر الإمكان من أجل تقريب مفهوم القوة القاهرة من الظروف الطارئة.

ولذا تكون نصوص الهاردشيب قد فتحت المجال لظهور المفهوم الحديث للقوة القاهرة من خلال استلهام واجب إعادة التفاوض الموجود في نصوص الهاردشيب وإدراجه لينطبق على حالات القوة القاهرة منتجا بذلك المفهوم الحديث للقوة القاهرة، بما يكفل تطبيق إعادة التفاوض الذي هو أفضل الخيارات لإعادة توازن العقد في نطاق واسع في عقود التجارة الدولية بحيث يغطي حالات الظروف الشاقة وحالات القوة القاهرة.

ثالثا: علاقة النظرية بشرط التعديل التلقائي

شرط التعديل التلقائي معناه الاتفاق على تعديل العقد تلقائيا حين حدوث ظروف متفق عليها عند إبرام العقد بحيث تكون محددة وواضحة كالتغيير في الثمن، على عكس الهاردشيب التي تطبق بخصوص حالات عامة غير محددة وتؤدي إلى اختلال مجمل اقتصاديات العقد وليس أمرا محددا ابتداء أو عنصرا واحدا من عناصر العقد، إضافة إلى أن الهاردشيب يفضي إلى إعادة

---

[237] باسود ، عبد المالك : **حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي** ، جامعة أبو بكر بلقايد – كلية الحقوق والعلوم السياسية ، تلمسان- الجزائر ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراة في القانون العام ، 2014 – 2015 ، ص 291 ، وانظر عبد اللطيف ، هني ، مرجع سابق ، ص 36 .

[238] عبد اللطيف ، هني ، مرجع سابق ، ص 40 .

[239] انظر في تفصيل ذلك غنام ، شريف ، مرجع سابق ، ص 200 – 206 .

التفاوض كحل أساسي، في حين تفضي شروط التعديل التلقائي إلى التعديل المتفق عليه فورا[240].

عدا أن مقدار التعديل بموجب شرط التعديل التلقائي يكون محددا سلفا، أما في النظرية فيجتمع الأطراف لتحديد طبيعة التعديل [241] .

وإذا تضمن العقد شرط التعديل التلقائي فلا يحق للطرف المضرور المطالبة بإعادة التفاوض ما دام الحادث الشاق يقع ضمن تغطية شرط التعديل، أما لو كان الظرف الشاق غير مغطى بموجب شرط التعديل فمن حق المضرور طلب إعادة التفاوض بشأنه تطبيقا لنصوص المشقة [242] .

رابعا: علاقة النظرية بشرطالتعديل الاتفاقي

التعديل الاتفاقي هو أمر تنص عليه جميع القوانين وهو إمكانية اتفاق الأطراف على تعديل عنصر من عناصر العقد لضمان استمرار تنفيذه.

وقد يبدو أن التعديل الاتفاقي هو نفسه ما تتضمنه نظرية الهاردشيب، وقد يثور سؤال مفاده: إذا كان يمكن إعادة التفاوض استنادا للتعديل الاتفاقي فما الفائدة التي تضيفها نظرية الهاردشيب بتنظيمها إعادة التفاوض؟

لكن الجواب على ذلك أن نظرية الهاردشيب توجب إعادة التفاوض بين الأطراف أي تقرر إلزامية إعادة التفاوض، أما التعديل الاتفاقي فلا يتضمن إلزاما بالتفاوض، بل فقط حسن النية في الاتفاق على التعديل.

---

[240] كاظم، حسن علي، مرجع سابق ، ص 48 .

[241] See Oppetit , Bruno : **L'Adaptation des Contrats Internationaux aux Changement de Circonstances: La Clause de Hardship**, 1974 , p . 797. available at : http://www.trans-lex.org/127600.

[242] انظر تعليقات المبادئ بالإنجليزية، ص 219.

الفصل الثاني: آثار نظرية الهاردشيب

في هذا الفصل يعالج الباحث الآثار المترتبة على تحقق شروط النظرية على النحو الذي ورد في الفصل الأول، ففي المبحث الأول توضيح للآثار القانونية المترتبة على النظرية، إذ يعالج المطلب الأول دور الأطراف إثر تحقق الظرف الشاق المتمثل في واجب إعادة التفاوض الذي يعتبر الأثر الجوهري للنظرية والذي يحافظ على مصالح الأطراف في إنعاش العقد من جديد، ويتم الحديث في الفرع الأول عن الجوانب الشكلية لطلب إعادة التفاوض، والفرع الثاني يعالج الجوانب الموضوعية لإعادة التفاوض في حد ذاته.

وبعد بيان دور الأطراف يأتي المطلب الثاني ليبين دور القضاء والتحكيم في حال تحقق الظرف الشاق بعد فشل دور الأطراف في إعادة التفاوض، الأمر الذي يتطلب تدخل القضاء أو التحكيم، إذ يعالج الفرع الأول دور القضاء والتحكيم في تعديل العقد، ويعالج الفرع الثاني إنهاء العقد، وهما الأثران الرئيسان اللذان نصت عليهما المبادئ، مع عدم إغفال خيارات أخرى سيتم الحديث عنها في معرض الحديث عن الأثرين الرئيسين.

أما المبحث الثاني فيختص بالحديث عن الآثار التطبيقية إن صح التعبير، فبعد الحديث عن الآثار القانونية، يأتي الحديث عن آثار النظرية في التطبيق، واختار الباحث القانون الفلسطيني في الضفة وغزة ليكون مثالا عن القوانين العربية نظرا لتقارب نصوص الظروف الطارئة في القوانين العربية بل وتطابق كثير منها، بحيث يختص المطلب الأول في توضيح الوضع القانوني لنظرية الظروف الطارئة في القانون الفلسطيني، إذ يعالج الفرع الأول الوضع القانوني للنظرية في ظل مجلة الأحكام العدلية النافذة في الضفة الغربية، ويعالج الفرع الثاني الوضع القانوني للنظرية في ظل القانون المدني النافذ في غزة .

في حين جاء المطلب الثاني بتوضيح الإشكاليات التي ترافق تطبيق نظرية الهاردشيب بموجب المبادئ في القانون الفلسطيني على ضوء الوضع القانوني الذي يعالجه المطلب الأول، إذ يعالج الفرع الأول الصعوبات التي تعيق تطبيق النظرية، ويعالج الفرع الثاني الحلول الممكنة للتطبيق رغم وجود الصعوبات.

المبحث الأول: الآثار القانونية لتحقق النظرية

الآثار المترتبة على تحقق شروط النظرية تتمثل بشكل رئيس في طلب إعادة التفاوض يوجهه الطرف المتضرر المتعرض للظرف الشاق إلى الطرف الآخر وهو ما يعالجه المطلب الأول، وفي حال فشل المفاوضات التوجه للقضاء أو التحكيم ليقررا إما تعديل العقد أو إنهاءه وهو ما يعالجه المطلب الثاني.

المطلب الأول: إعادة التفاوض

نصت المبادئ في الفقرة (1) من المادة 6- 2 -3 "في حالة الظروف الشاقة، يحق للطرف الذي تعرض لها طلب إعادة التفاوض ويتعين توجيه هذا الطلب مسبباً دون تأخير غير مبرر".
إن الدخول في مفاوضات من أجل الاتفاق على تفاصيل التعديلات على العقد هو الأثر المباشر الجوهري المترتب على الحادث المبرر لإعمال نصوص الظروف الشاقة، إذا إن غاية نظرية الهاردشيب الأساسية تستدل من نصوصها المرتبة واجب " إعادة التفاوض "، وهو ما تؤكده محكمة استئناف باريس في قضية E.D.F / SHELL[243] ، وكذلك هو واجب معروف في الممارسات العقدية كالشرط الذي ينص على أنه " وإذا كان العميل غير راض عن أداء خدمة الشركة، يوافق العميل على إعطاء خدمة الشركة وصفا مكتوبا للمشكلة، وإلى بذل جهود مخلصة لإيجاد حل ودي للمشكلة مع شركة الخدمات قبل أن يصل أي إجراء قانوني "، والشرط الذي يقول " ... يجب أن يرسل إلى الطرف "أ" إشعارا خطيا قبل ثلاثة أشهر من انتهاء مدة الإيجار بموجب هذه الاتفاقية ، وإذا وافق الطرف " أ"على تجديد هذا العقد، يقوم الطرفان التفاوض[244] ". وإعادة التفاوض بين الأطراف هي الأثر المميز لهذه النظرية باعتبارها الوسيلة لحل النزاع وإعادة التوازن للعقد من غير الالتجاء إلى القضاء [245] .

وبالمقارنة مع نظرية الظروف الطارئة الوطنية نجد الأخيرة تلجئ الأطراف إلى القضاء مباشرة لتعديل شروط العقد، أما الهاردشيب فتلجئهم إلى التفاوض فيما بينهم من أجل إعادة التوازن للعقد، مع الإشارة إلى التقارب بين الظروف الطارئة والهاردشيب من حيث إمكانية

---

[243]Cour d'appel, Paris, 28 September 1976 . available at :
http://www.casebooks.eu/contractLaw1/chapter5/excerpt.php?excerptId=2706 .
[244] See the conditions at :http://www.trans-lex.org/935000/duty-to-renegotiate
[245]Frick ,Joachim g **. : Arbitration in Complex International Contracts** , The Hague , 2001 , p. 182 .

إعادة التفاوض في الظروف الطارئة وهوما سيتبين تفصيلا عند الحديث عن آثار النظرية من حيث التطبيق في الأنظمة الوطنية.

وللأطراف دور جوهري في نظرية الهاردشيب، إذ إن أساس النظرية يرتكز على إعادة التفاوض بغية الحفاظ على العقد قدر الإمكان، وواجب إعادة التفاوض له جوانب شكلية متعلقة بطلب إعادة التفاوض يختص الفرع الأول بتبيانها، ويختص الفرع الثاني بتبيان الجوانب الموضوعية لواجب إعادة التفاوض.

الفرع الأول: الجوانب الشكلية في إعادة التفاوض

الأصل عدم خضوع طلب إعادة التفاوض لشكل أو إجراء معين، إذ إن غالبية عقود التجارة الدولية تتضمن حديثا عن الالتزام بحسن النية ومراعاتها في سلوكيات المتعاقدين، لكن من غير تبيان الشكل الواجب مراعاته في طلب التفاوض على الرغم مما تكون عليه هذه الإجراءات الشكلية من أهمية خاصة في العقود التي قد يكون أحد أطرافها سيء النية ويسعى لفرصة للتملص والتهرب من التزاماته التعاقدية.

أولا: طلب إعادة التفاوض

لا شك أن الإخطار بوقوع الحادث ومضمونه وأثره على التنفيذ له فوائد، فمن ناحية فيه إعلام للدائن بالحادث في أسرع وقت مما يمكنه من اتخاذ ما يلزم من إجراءات لتوقي النتائج الضارة للحادث، وكذلك يساعد الإخطار في إثبات وقوع الحادث لكونه يصدر من جهات رسمية عادة[246].

وتجدر الإشارة أن الإخطار بالحادث وآثاره غير مطلوب في نظرية الظروف الطارئة الوطنية، ويبدو أن السبب في ذلك هو عدم معرفة هذه النظرية " إعادة التفاوض "، وبالتالي عدم الحاجة إلى الإعلام بالحادث ونتائجه كتمهيد للتفاوض.

أ) مدة طلب إعادة التفاوض

يتطلب الدخول في مفاوضات التزاما مهما من قبل المدين المتضرر بإخطار الدائن بضرورة التفاوض، والذي يجب أن يتم في أسرع وقت.

---

[246] بن زروق، فتيحة: **فسخ العقد طبقا لاتفاقية فيينا لسنة 1980 الخاصة بالبيع الدولي للبضائع** ، رسالة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة الجزائر – كلية الحقوق ، 2014 – 2015 ، ص 120.

لم تحدد مبادئ اليونيدروا مدة محددة لإخطار الدائن بطلب إعادة التفاوض ولكنها نصت على مصطلح طلب إعادة التفاوض **" دون تأخير غير مبرر "**.

و تتحدد المدة المعقولة للإخطار حسب طبيعة العقد وأطرافه ومدى جسامة الظرف، فقد تطول المدة في حال كان الظرف الشاق قد حدث تدريجيا مما استغرق وقتا[247]، لذا جاء تعبير "دون تأخير غير مبرر" تعبيرا موفقا برأي الباحث وذلك لأن النص استخدم تعبيرا عاما ومرنا في نفس الوقت، بمعنى أن المبادئ لا تستطيع تحديد ميعاد معين ليناسب مختلف أنواع العقود التي تتباين في ضخامتها وفي حجم الظرف الشاق وأثره على العقد ، لذا فهذا المصطلح مثالي ويضع معيارا مهما هو أن لا يكون التأخير غير مبرر، ولذا فالجهة التي تنظر النزاع تستطيع تقدير ميعاد إرسال طلب إعادة التفاوض في كل عقد على حدة تبعا للظروف المختلفة تحت مظلة المبادئ التي تتبناها الاتفاقية وأهمها مبدأ حسن النية .

وفيما يخص الممارسات العقدية، قد ينص الأطراف في شروط إعادة التفاوض أن الملاحظات التي تقدم بعد مرور مدة 12 شهرا بعد وقوع الحادث ستكون لا قيمة لها [248]، وأشار شرط قوة قاهرة آخر إلى وجوب الإخطار خلال مدة 14 يوما من تاريخ العلم بالقوة القاهرة أو افتراض العلم [249]، ويلاحظ في المثالين السابقين اختلاف كبير في المدد، وهذا تبعا لاختلاف ظروف العقود وضخامتها، وفي هذا مبرر لتوجه المبادئ تبني تعبير مرن.

ومن المناسب الحديث عن عدم ارتكاب خطأ في الوسيلة أو التوقيت في الإخطار ومع ذلك لا يصل أو يصل في وقت غير ملائم، وهو لم تنظمه الاتفاقية إنما يرجع بشأنه إلى فيينا باعتبارها مرجعا يمكن الرجوع إليه ، والتي نصت في المادة 27 "ما لم ينص هذا الجزء من الاتفاقية صراحة على خلاف ذلك، فإن أي تأخير او خطأ في ايصال أي اخطار او طلب او تبليغ يبعث به احد الطرفين في العقد وفقًا لأحكام هذا الجزء وبالوسيلة والظروف المناسبة كذلك عدم وصول الاخطار او الطلب او التبليغ ، لا يحرم هذا الطرف من حقه في التمسك به"، مما يعني أحقية طالب إعادة التفاوض التمسك بالطلب ما دام اختار الوقت والوسيلة المناسبين.

---

[247]انظر تعليقات المبادئ بالانجليزية ، ص 219 .

[248]Delebecque , Philippe : **Hardship clauses andexemptionclausesincharter-parties InternationalCongressofMaritimeArbitrators** , 13–18May2012, paragraph . 7.

[249]شرط مشار إليه لدى: اجبودة ، الحبيب خليفة : **القوة القاهرة بين القانون المدني الليبي وعقود ال FIDIC**، جامعة طرابلس – كلية القانون ، المجلة الجامعة ، مج 2 ، ع 16 ، 2014 .

ب) جزاء عدم الالتزام بالإخطار

وتجدر الإشارة أن المبادئ لا تقرر جزاءات شديدة على عدم التزام الطرف الملزم بالإخطار في الوقت المناسب، الذي عبرت عنه المبادئ ب "الطلب المسبب" فلا يسقط حق المدين في التمسك بالظرف الشاق بسبب تأخير طلبه [250]، وإنما التعويض عن التأخير غير المبرر[251] قياسا على الجزاء في حالة القوة القاهرة في المبادئ والعائق المتمثل بالتعويض، عدا عن تأثير عدم الإخطار على قدرة المدين في إثبات وقوع الظرف الشاق وبالتالي أثره على العقد [252] .

أما في شروط إعادة التفاوض فقد يكون الجزاء شديدا على المدين وهو سقوط حقه نهائيا في التمسك بوقوع الحادث، ولذا فالمبادئ أكثر مرونة في هذا الصدد من بعض الشروط، وذلك لسعيها إلى إعادة التوازن دائما وهجرها للحلول التي تنهي العقد.

ومع ذلك، تقرر رفض مطالبة المدين المتضرر بالتمسك بتعديل العقد نتيجة سوء أوضاعه المالية في مواجهة الدائن، واستند الرفض إلى عدم التزام المدين المتضرر بإخطار الدائن بطلب إعادة التفاوض في وقت معقول ودون تأخير غير مبرر، الأمر الذي اعتبرته المحكمة حائلا بينه وبين التمسك بإحكام المشقة [253].

وقد أشارت اتفاقية فيينا للبيوع الدولية إلى جزاء التعويض حين يخل الطرف المتعرض للعائق بواجب إخطار الطرف الآخر حسب المادة 79(4) "يجب على الطرف الذي لم ينفِّذ التزاماته أن يوجِّه إخطاراً إلى الطرف الآخر بالعائق وأثره في قدرته على التنفيذ .وإذا لم يصل الإخطارُ إلى الطرف الآخر خلال مدة معقولة بعد أن يكون الطرفُ الذي لم ينفِّذ التزاماته قد عَلِمَ بالعائق أو كان من واجبه أن يعلم به فعندئذ يكون مسؤولاً عن التعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم استلام الإخطار المذكور".

وأشارت المادة 7- 1-7 (3) من المبادئ إلى أنه " ... فإذا لم يتسلم الطرف الآخر الإخطار خلال مدة معقولة بعد أن يكون المدين قد علم بالحادث أو كان في وسعه العلم به، فيسأل عن التعويضات المترتبة على عدم تسلم الإخطار".

---

[250] انظر تعليقات المبادئ بالإنجليزية ، ص 219 .

[251] انظر دواس ، أمين وآخرون ، مرجع سابق ، ص 869 .

[252] انظر تعليقات المبادئ بالإنجليزية ، ص 219 .

[253] Supreme Court of Lithuania , No : K-7-306/2012 , 26.06.2012 , available at :http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1896&step=Abstract .

ومع ذلك فقد قررت إحدى هيئات التحكيم في مجال القوة القاهرة جزاء شديدا فمنعت المشتري من التمسك بشرط القوة القاهرة جزاء عدم إخطاره البائع في الوقت المناسب إذ "اعتبرت هيئة التحكيم أنَّ المشتري لم يُخطِر البائع في الوقت المناسب ومن ثم فإنّه لا يحق له استخدام شرط القوة القاهرة في العقد لسَوق حجج مضادة لتبرير تباطئه في استلام البضائع "المادة٧٩من اتفاقية البيع"[254].

ورغم أن القرارين السابقين قد قضيا بجزاء شديد على المدين، إلا أن الباحث يرى أن في هذا تشددا وتضييقا في هدف نصوص المشقة، التي يفترض أنها لا تقرر جزاء شديدا كالحرمان من التمسك بأحكام المشقة، خاصة في ظل سعي المبادئ واتفاقية فيينا الدؤوب نحو استمرارية العقود وتقليل حالات الإنهاء، فضلا عن وضوح الجزاء في المادة 7-1-7(4) من المبادئ والفقرة (4) من المادة (79) من الاتفاقية المتمثل بالتعويض، ولم يتطرق النص لحرمان المتضرر من التمسك بالعائق.

ج) شكل طلب إعادة التفاوض

لم تحدد المواد المعالجة للظروف الشاقة مسألة شكل طلب إعادة التفاوض، ولكن المبادئ أوردت في المادة 1- 10 أحكاما خاصة بالإخطار بوجه عام والتي يتوجب الرجوع إليها تطبيقا للمادة 1- 6 (2) بخصوص تفسير وتكملة المبادئ التي كما ذكر سابقا تسمح ضمنيا بالرجوع للمبادئ نفسها، وبما أنها احتوت أحكاما تنظم الإخطار وجب الرجوع إليها مقدمة على غيرها، وبالتالي ينطبق الإخطار على حالة طلب إعادة التفاوض بدليل الفقرة (4) من المادة المذكورة التي اعتبرت أن الإخطار يشمل " الطلب ".

وقد نصت المادة في فقرتها الأولى أنه **"عندما يكون الإخطار مطلوباً ، فيجوز توجيهه بأي طريقة تتناسب مع الظروف"** ، وهنا يتضح عدم تقييد الإخطار بشكل محدد يرسل فيه ولكن مع ذلك يجب أن "يكون بطريقة "تتناسب مع الظروف"، أي مع ظروف العقد بحيث إن المدين المتضرر الذي يعلم بحساسية العقد المبرم بينه وبين الدائن وأن العقد ركيزته السرعة فلا يعقل أن يرسل الإخطار بطريقة بطيئة في الوصول ثم يلوم الدائن على عدم الاستجابة، بل عليه أن يقدر ظروف العقد المحيطة .

[254]انظر كلاوت رقم 1101 ، بتاريخ 4 / 2 / 2002 ، متوفرة على موقع الأونسترال :
http://www.uncitral.org/clout/clout/data/chn/clout_case_1101_leg-2827.html

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة أنه **"ينتج الإخطار أثره عند وصوله إلى المرسل إليه"**، ووقت وصول الإخطار مهم لأنه يحدد مدى حسن نية الدائن في قبول التفاوض من عدمه، إذ بوصول الإخطار بالشكل القانوني المقرر يخلي المدين ذمته ويصبح واجب الدائن الرد عليه بغية الذهاب للتفاوض.

مع الإشارة أن الفقرة الثالثة من المادة نصت على أنه **"في مفهوم الفقرة السابقة، يعتبر الإخطار قد وصل إلى الشخص إذا وجه إليه شفاهة أو تسلمه في موطن أعماله أو ورد إلى عنوانه البريدي"**.

د) مضمون طلب إعادة التفاوض

تتطلب المبادئ في المادة 6 -2 -3 (1) أن يوجه الطرف المتضرر طلب إعادة التفاوض مسببا ودون تأخير غير مبرر، ولكن لم تحدد الفقرة ما ينبغي على طالب إعادة التفاوض ذكره في التسبيب، بمعنى هل يكفي أن يخطره بحدوث ظرف شاق يرهقه أم يجب أن يضعه في تفاصيل الظرف الشاق وآثاره التفصيلية على التزام هذا الطرف طالب التفاوض؟

ويبدو أن المقصود هو إعلام الطرف الآخر بتاريخ وقوع الحادث وطبيعته وأن يعطي تقييما لمقدار الضرر والإرهاق الذي سببه الحادث وملخصا بخصوص مواجهة الظرف والإجراءات التي اتخذها لتخطيه، مما يعني نوعا من التفصيل ليكون المتعاقد الآخر في صورة الأحداث[255]، ويؤيد ذلك نص المادة 7 – 1- 7 (3) المتعلقة بالقوة القاهرة **"يلتزم المدين بأن يخطر الدائن بوجود الحادث ونتائجه على قدرته على التنفيذ** ..." والتي يمكن الاستفادة منها في فهم نصوص الظروف الشاقة استنادا لنص المادة 1-6 (2) الذي يجيز الرجوع للمبادئ العامة التي استلهمت المبادئ نصوصها منها، وبالتالي من باب أولى جواز الرجوع للمبادئ نفسها بحيث تكمل النصوص بعضها البعض ما دامت السياق متشابها، ولذا فنص القوة القاهرة بخصوص الإخطار حسب الفقرة المذكورة يشير بضرورة إعلام الدائن بالحادث ونتائجه وقدرته على التنفيذ مما يعني ضرورة التفصيل والتوضيح في الإخطار، وهو ما يلزم المدين اتباعه في طلب إعادة التفاوض في الظروف الشاقة.

---

[255]انظر تعليقات المبادئ بالإنجليزية ، ص 219 .وانظر إبداح ، محمد إبراهيم : **عقود المقاولات الدولية : الأسس القانونية والفنية لصياغة عقود المقاولات الدولية ضمن معايير عقود الفيديك FIDIC** ، ط1 ، عمان ، الأردن ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2014 ، ص 208 . Delebecque , Philippe , op.cit , paragraphe 7

والطلب الذي لا يتحدد فيه الأساس الذي ينبني عليه من شرح للأحداث وقدرتها في التنفيذ وغيره يعد كما لو أنه لم يرسل في ميعاده، ما لم تكن هذه المعطيات واضحة للدائن، فعندها لا حاجة لذكرها ويكتفى بالإخطار دون تفصيل[256] .

وفيما يتعلق بجزاء عدم ذكر مضمون الإخطار على الوجه المتقدم، فيبدو أنها نفس الآثار المترتبة على التأخر في الإخطار دون مبرر [257].

كما أن المدين ملزم بأن يقدم المستندات والوثائق التي تثبت صدق دعواه بوجود الإخطار خاصة إذا طلب الدائن هذه الوثائق للتأكد من وجود الحادث وأثره على تنفيذ الالتزام.

وفيما عدا وضع الدائن في صورة الحادث وآثاره يكون الطلب متضمنا رغبة الطرف المتضرر في التفاوض بغية الوصول إلى حل، الذي قد يكون إما رغبة طالب التفاوض في التعديل أو الإنهاء [258].

ثانيا: قبول طلب إعادة التفاوض

أ) مدة القبول

لم تتضمن نصوص الهاردشيب في المبادئ إشارة إلى المدة التي يجب فيها على المخطر بالظروف الشاقة الرد على طلب إعادة التفاوض، ولكن بالرجوع إلى نصوص القوة القاهرة في المبادئ وحسب المادة 7- 1-7 (3) "... **فإذا لم يتسلم الطرف الآخر الإخطار خلال مدة معقولة بعد أن يكون المدين قد علم بالحادث أو كان في وسعه العلم به ،فيسأل عن التعويضات المترتبة على عدم تسلم الإخطار"** ، ويستعان بهذه الفقرة في معرفة مدة قبول طلب إعادة التفاوض في حالة الظروف الشاقة، فقد أشارت الفقرة إلى " تسلم الإخطار خلال **مدة معقولة"**، ولذا فتقدر هذه المدة حسب ظروف العقد وطبيعته .

وجزاء عدم تسلم الإخطار قد يكون إلزام الدائن بتعويض المدين عن الضرر المترتب على ذلك، وهذا الجزاء المفروض على الدائن يقابل الجزاء المفروض على المدين في حالة الإخطار المتأخر دون مبرر.

[256]انظر تعليقات المبادئ بالإنجليزية ، ص 219 .
[257]انظر تعليقات المبادئ بالإنجليزية ، ص 220 .
[258]dawwas , Amin , op.cit , p.17

وفي عقود التجارة الدولية يتم تحديد مدة قبول التفاوض بشكل صريح أو ضمني، ولكن غالبا يكون ذلك بالتحديد الضمني لأن أطراف العقد الدولي لن يكونوا على قدر من الإحاطة بكافة التفاصيل المتشعبة عن العقد وبالتالي يفوتهم تنظيم أمور موضوعية فكيف إذا كانت إجراءات شكلية [259].

وأهمية المدة التي يتحدد فيها القبول، لأن عقود التجارة الدولية ضخمة وعلى مستوى دولي وما يترتب عليها من مصالح دول أحيانا واقتصاديات كبيرة لها وزنها على المستوى التجاري الدولي مما يجعل تحديد المدة التي يجب فيها القبول أمرا بالغ الأهمية إذ يتوقف عليه مصالح كبيرة.

ب) شكل القبول

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

وقد يسكت المتعاقد الذي أخطر بالدعوة للتفاوض، فهل يفسر سكوته قبولا ضمنيا أم رفضا؟

لا بد أن يفسر سكوته قبولا، فهو ما يسمى السكوت الملابس [260]، إذ إن السكوت في ظل ظروف تدعم اعتباره قبولا يعد قبولا، فبما أن نظرية الهاردشيب تهدف إلى إعادة التفاوض وأن المتعاقدين حين ينظمون العقد يعتقدون بإلزامية وأهمية إعادة التفاوض إذ هو جوهر النظرية الرئيس والذي به يحفظ العقد، وعليه فإن الظروف توحي بأن السكوت يعني القبول الضمني بإعادة التفاوض لأنه النتيجة التي توحي بها الظروف ويدعمها مبدأ حسن النية.

وبخصوص إثبات الحادث فالقاعدة الشهيرة تنص على أن البينة على من ادعى، مما يعني أن عبء إثبات الظرف الطارئ على عاتق المدين، وهو ما قررته العديد من قرارات التحكيم [261]،

---

[259] مروك ، أحمد ، مرجع سابق ، ص 227 – 228 .
[260] عبد اللطيف ، هني ، مرجع سابق ، ص 114 .
[261] انظر كلاوت رقم 380 ، بتاريخ 29 / 12 / 1999 ، متوفر على الرابط :
http://www.uncitral.org/clout/clout/data/ita/clout_case_380_leg-1604.html.
وانظر كلاوت رقم 1580 ، بتاريخ 21 / 1 / 2016 ، متوفر على الرابط :
http://www.uncitral.org/clout/clout/data/esp/clout_case_1580_210116.html.
وانظر كلاوت رقم 1237 ، بتاريخ 24 / 12 / 2002 ، متوفر على الرابط :
http://www.uncitral.org/clout/clout/data/rus/clout_case_1237_leg-2280.html.

ويقع على عاتقه كذلك إثبات انتفاء الخطأ من جانبه والذي يعبر عنه باستقلال الحادث عن إرادة المدين.

الفرع الثاني: الجوانب الموضوعية لإعادة التفاوض

أولا: طلب إعادة التفاوض لا يوقف التنفيذ

تعتبر الفقرة الثانية من المادة 6- 2 – 3 تأكيدا على المبدأ الذي تبنته الاتفاقية في المادة 6-2-1، إذ تنص على أنه " لا يخول طلب إعادة التفاوض في حد ذاته للطرف المضرور من الظرف الشاق الحق في الامتناع عن التنفيذ ".

إن وقوع الظرف الشاق لا يمنح الطرف المتضرر -تلقائيا- إعفاء من التنفيذ [262]، ولذا يظل المضرور طالب إعادة التفاوض ملتزما بتنفيذ التزاماته، ويبدو أن سبب ذلك أن الأولوية دائما لتنفيذ العقد وكون أحكام المشقة تعالج حالة غير طبيعية في حياة العقد وهي تغير الظروف، إذ الأساس هو التنفيذ العقد وفق شروطه الأصلية، وإن وقف التنفيذ لا يتم إلا في حالات استثنائية شاذة، وكمثال على الأخيرة، ذكر في شرح المبادئ أن المدين المتضرر من اعتماد لوائح سلامة في الدولة التي سينفذ فيها التزامه يحق له طلب إعادة التفاوض ووقف تنفيذ العقد، وذلك بسبب تضرره بشكل جوهري جراء هذه اللوائح الجديدة، وبالتالي يتوقف التنفيذ لحين قدرته على تنفيذ العقد وفق هذه اللوائح الجديدة [263].

ولذلك يستمر التنفيذ احتراما لإرادة الأطراف في الحفاظ على العقد، فلو أرادوا وقف تنفيذه لنصوا على ذلك في شرط إعادة التفاوض، أما وأنهم سكتوا عن ذلك فإن اليونيدروا تفترض الاستمرار ما دام لا يوجد نص صريح في العقد على الوقف[264]، وفي هذا السياق تقرر أن مجرد التمسك بوجود مشقة لا يسمح وفقا للمبادئ بوقف تنفيذ العقد[265] .

---

[262]Southerington , Tom , op.cit.

[263]انظر تعليقات المبادئ بالإنجليزية ، ص 220 .

[264]Faria , Jose Angelo Estrella and Mazzoni , Alperto : **UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS 2010**, International institute for the unification of private law (UNIDOIT), ROME , P. 212 - 220.

[265]Audiencia Provincial de A. Coruña (Seccion 4) , No : 51 , 18 . 02 . 2013 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1694&step=Abstract.
See also Supreme Court of Lithuania , No : 3K-3-523/2013 , 13.11.2013 , available at :http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1893&step=Abstract .=

وكذلك فإن إلزام طالب إعادة التفاوض بالاستمرار في التنفيذ مرده الخوف من التعسف في استعمال الحق، فقد يكون الظرف الذي تعرض له هذا الشخص ليس بالقدر الذي يمنعه من تنفيذ التزامه، فلذا وتجنبا للتعسف من قبل المضرور آثرت المبادئ أن تلزم طالب التفاوض بالتنفيذ، كما أنه ووفقا لمبدأ لحسن النية الذي تتبناه المبادئ فإنه لا يجوز أن يكون طلب إعادة التفاوض لأجل مناورات تكتيكية بحتة، لأن هذا يخرج عن حسن النية في تنفيذ العقود [266].

وثمة رأي آخر يعتقد أن الأحرى هو وقف التنفيذ ذلك أن وقف التنفيذ يسمح للأطراف بإعادة التفاوض في ظروف أكثر استقرارا ويحقق الهدف من فكرة إعادة التفاوض، وأن القول باستمرار التنفيذ فيه تفريغ لهدف إعمال نظرية الهاردشيب من مضمونها ألا وهو رفع الظلم والمشقة عن المدين الذي سيضطر إلى الاستمرار في التنفيذ في ظل وضع مرهق يقتضي مراعاة ظروفه وليس إجباره على الاستمرار في الإرهاق [267] .

ورغم ذلك، يرى الباحث أن موقف المبادئ موفق، لأنه يشكل حماية من التعسف والمناورات العقدية فقط دون وجود سبب جدي لوقف الالتزام، وبالتالي عدم جواز وقف التنفيذ، ولأن هذا التوجه فيه سعي نحو الحفاظ على العقد واستفزاز همة المدين في المسارعة إلى التنفيذ، وفيه مراعاة لمصلحة الدائن كذلك، إذ تهدف المبادئ إلى الموازنة في المصالح.

وبخصوص النظرية الوطنية يبدو أن التوجه هو نفس توجه المبادئ بعدم جواز وقف التنفيذ، وأن الطرف المتضرر يجب لكي يستفيد من أحكام الظرف الطارئ أن يستمر في تنفيذ التزاماته[268].

=See also Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José , No : 05-000097-0004-AR , 23.03.2006 , available at :
http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1781&step=Abstract .

[266] انظر تعليقات المبادئ بالإنجليزية ، ص 220 .

[267] غنام ، شريف ، مرجع سابق ، ص 343 .

[268] انظر قرار محكمة التمييز الأردنية في هذا الصدد رقم 2005 / 1565 بتاريخ 11 / 9 / 2005 متوفر على الانترنت :http://www.lawjo.net/vb/showthread.php?8227 إذ قضت أنه " يستفاد من المادة 205 من القانون المدني ،إن أحكام هذه المادة لا تطبق إلا عندما يكون الحادث استثنائيا عاما قد طرأ خلال فترة من الزم تنفصل بين إبرام العقد وتنفيذ الالتزام وانه على المدين مراجعة القضاء بخصوص تخفيض حدة الخسارة التي تهدده جراء تنفيذ الالتزام. وحيث إن هدف نظرية الظروف الطارئة هو مساعدة المتعاقد على مواصلة تنفيذ العقد. وحيث إن الجهة المميزة لم تقم بتنفيذ العطاء ولم تقم بتنفيذ التزاماتها بإنجاز المشروع موضوع العطاء المذكور لكي تستفيد من نظرية الظروف الطارئة لا سيما وان الجهة المميزة قد أسقطت دعواها التي كانت قد أقامتها ضد المميز ضدها استناداً إلى أن التزاماتها تجاه مشروع إسكان البتراوي موضوع العطاء أصبحت مرهقة لارتفاع أسعار المواد وتغيير سعر صرف الدينار الأردني وبالتالي لامجال لتطبيق أحكام المادة 205 من القانون المدني" ، وقرار رقم 1999/2052 بتاريخ 2000/4/6 متوفر على الإنترنت : http://www.lawjo.net/vb/showthread.php?8227 إذ قضت أنه "يستفاد من المادة 205 من القانون المدني، أن انطباقها لا يكون إلا عندما يكون الحادث الاستثنائي العام قد طرأ خلال فترة من الزمن تفصل بين إبرام العقد وتنفيذ الالتزام .وان هدف نظرية الظروف الطارئة هو مساعدة المتعاقد على مواصلة تنفيذ العقد، وحيث إن=

ومع ذلك، ثمة توجه في تطبيق النظرية الوطنية يتجه خلاف المبادئ [269]، إذ يحرم المدين الذي سارع إلى تنفيذ التزامه من التمسك بالنظرية، باعتبار أنه قد نفذ الالتزام وإن التنفيذ معناه أن الحادث لم يكن مرهقا وإلا لأقعد المدين عن التنفيذ.

وحقيقة، إن التوجه الذي تبنته المحكمة في القرار السالف فيه إجحاف بحقوق المدين، هذا المدين الذي أولى اعتبارات تنفيذ العقد بحسن نية وآلى على نفسه إلا أن ينفذ الالتزام بلهفة وحرص على احترام العقد ورغبة في التمسك بالنظرية بعد أن يكون قد بذل ما يؤهله للتمسك بها، فيكافأ بنقيض مسعاه ويرد على حسن نيته بسوء.

إن المدين الذي ينفذ العقد على ما فيه من إرهاق لا يعني أنه غير مرهق، فقد تسعفه ظروفه الشخصية والمالية في القدرة على التنفيذ رغم تحقق الضرر الكبير[270]، وإنه لأحق بتطبيق النظرية من المدين الذي ركن إلى رعاية النظرية له ولم يبادر إلى التنفيذ.

ومن جانب آخر فإن القول بحرمان المدين الذي نفذ التزامه من التمسك بالظرف الطارئ يعني تقريب الظرف الطارئ من القوة القاهرة، إذ القوة القاهرة وحدها تقعد المدين عن قدرته على التنفيذ مطلقا، أما الظروف الطارئة فلا تعدم قدرة المدين بل تسبب له المشقة الفادحة، فإن هو نفذ الالتزام فلا يعني أنه وهو ينفذه لم يكن في ضنك شديد ما دام التنفيذ ممكنا في نهاية المطاف.

ولكن ينبغي إدراك أن استمرارية التنفيذ لا تعني عدم أحقية المتضرر من التمسك بالهاردشيب في فترة الاستمرار في التنفيذ هذه، لأن هذا التنفيذ سيرهقه بلا شك فيما لو تبين جدية الحادث وتأثيره على التزاماته، وهنا إذن فرق كبير بين هذه الحالة التي يستمر فيها المدين في تنفيذ التزامه بعد وقوع الحادث احتراما للعقد، وبين حالة عدم أحقية المدين في التمسك بالهاردشيب فيما نفذه من التزامات قبل وقوع الحادث.

أما قانون CESL فلم يتضمن الحديث عن مصير العقد أثناء التفاوض خلاف ما أقرته اليونيدروا من استمرارية التنفيذ، لذا فإن نص اليونيدروا أكثر دقة وتفصيلا وحفظا للعقد في هذه الفترة بدلا من تعليقه ومجهولية مصيره .

=المدعي لم يقم بتنفيذ التزاماته حتى يستفيد من نظرية الظروف الطارئة التي أشار إليها بدعواه ، ولم يراجع القضاء لتخفيف الخسارة عليه وإنما أقام الدعوى للمطالبة بقيمة الكفالة المصادرة ،لذلك تكون دعواه لا تستند إلى أساس قانوني سليم وحقيقة بالرد " .

[269]انظر قرار محكمة استئناف مصر بتاريخ 8 / 2 / 1957 – المحاماة 39م 736 – 293 ، منقول عن سليم ، محمد محيي الدين ، مرجع سابق ، ص 292 .

[270]انظر انتقاد الأستاذ سليم هذا التوجه ، نفس المرجع ، ص 292 – 293 ،.

ويتضح أن نص المبادئ أكثر وضوحا إذ عبر عن ضرورة الاستمرار تنفيذ العقد، وبذلك قطع الشكوك التي ثارت في مسألة وجوب التنفيذ من عدمه لدى تطبيق نظرية الظروف الطارئة الوطنية على نحو ما تقدم.

ولذا يجد الوقف أساسه في اتفاق الأطراف حين تنظيمهم شرط إعادة التفاوض على وقف تنفيذ العقد الذي يكون في فترة ما قبل التفاوض أو أثناء التفاوض، وكذلك نص المادة 6-2-3(2) يقول **"لا يخول طلب إعادة التفاوض في حد ذاته الطرف المتضرر الحق في وقف تنفيذ العقد"**، ويستشف من عبارة "في حد ذاته" أن مجرد وقوع الظرف الشاق لا يسمح للمضرور بالامتناع عن تنفيذ التزامه، ونقيض " في حد ذاته " أو الاستثناء من هذه الحالة هو تنظيم الأطراف لمسألة وقف التنفيذ بالنص في العقد وإلا فالمبادئ لا تسمح بالوقف .

ولذا فنص المادة شرع للأطراف الاتفاق في الشرط على وقف تنفيذ العقد، وبغير اتفاق الأطراف الصريح في العقد لا يحق للمتضرر وقف التنفيذ، ولكن وقف التنفيذ ينبغي أن يرد على الالتزامات التي ترهق المدين ولا يستطيع بسبب الحادث القيام بها، أما الالتزامات الثانوية التي لم تتضرر فلا يوقف تنفيذها.

وبخصوص الجزاء المفروض على الطرف المتضرر إذا توقف عن تنفيذ التزاماته متذرعا بطلب إعادة التفاوض مخالفا بذلك مبدأ استمرارية التنفيذ بموجب المبادئ، فإن الأخيرة لم تتطرق للجزاء المفروض، ولكن لا يمكن حرمان المتضرر من التمسك بأحكام المشقة إذا فعل ذلك، وإنما يمكن فرض تعويضات عن عدم التنفيذ، وفي هذا الاتجاه ذهبت محكمة استئناف أرجنتينية إذ قررت أنه " يمكن التذرع بأحكام المشقة على الرغم من وجود تأخر في الأداء من قبل الطرف المطالب بها "[271].

[271]Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Matanza, sala II(CCivyComLaMatanza)(SalaII) , 28.02.2006 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1627&step=Abstract .
Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Matanza, sala II(CCivyComLaMatanza)(SalaII) , 28.02.2006 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1627&step=Abstract . وانظر في نفس الشأن

ثانيا: مضمون واجب إعادة التفاوض

إن الالتزام بالتفاوض له بعدان بعد مادي متمثل في الأعمال المادية كتحديد مكان التفاوض والإجراءات المتبعة فيه وقيام كل طرف بخطوات عملية وجهود لإنجاح التفاوض، وبعد آخر معنوي هو استعداد الأطراف النفسي ورغبتهم في الوصول إلى اتفاق مرض لهم ويحقق مصالحهم ويضمن بقاء العقد، وحسن النية يمثل البعد المعنوي للتفاوض [272] .

ويترتب على الالتزام بالتفاوض التزامات أخرى متفرعة عنه استنادا لمبدأ حسن النية، هي :

أ- الالتزام بالتعاون[273] : ويقصد به استعداد الأطراف لبذل الجهود الممكنة لإنجاح التفاوض والخروج باتفاق يعيد التوازن للعقد بما يحقق مصالح كل طرف، ويأخذ هذا التعاون أشكالا عديدة، مثل التزام الأطراف بميعاد التفاوض وعدم رفض الاقتراحات دون مبرر، واختيار المكان المناسب للطرفين لأجل التفاوض، وعدم تقديم عروض مجحفة، والالتزام بتقديم المستندات والوثائق المفيدة للطرف الآخر والتي تساهم في تحديد موقفه وتسهيل التفاوض.

وهذا الالتزام مطلوب في التفاوض وإن لم تنص عليه المبادئ في هذا السياق، إلا أنها تطرقت له في المادة 5-1-3 [274].

ولا شك أن الالتزام بالتعاون التزام ببذل عناية، فعلى الطرفين أن يبذلوا جهدهم بغية تحقيق الاتفاق والتفاوض وليسوا ملزمين بالوصول إلى اتفاق ينجح التفاوض[275] .

ب- الالتزام بالإعلام: إذ يلتزم كل طرف بإعلام الطرف الآخر بالظروف والوقائع والمستندات والأوراق المهمة والتي تساعده في السير في عملية التفاوض، وقد يكون

---

[272]Berger, Klaus Peter : **Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators**, 36 Vanderbilt J Trans'l L , p.1364 – 1365 ,available at : https://www.trans-lex.org/100690.

[273]ROBERTSON, DONALD **:Long-Term Relational Contracts and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts** , p. 189.

[274]VENEZIANO, Anna : **UNIDROIT Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgian Supreme Court** , 2010 , p.148 , available at : http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2010-1-veneziano-e.pdf .

[275]Evaldas , Klimas : **The Duty to Co-operate in Construction Contracts – an International Review** , Vilnius University, Law Faculty, Sauletekio al. 9-I, 10222 Vilnius , Lithuania , p . 299 – 300.

الإعلام بإيصال المعلومات والمستندات وكل ما يلزم الطرف الآخر من بيانات تساعده في عملية التفاوض وفهم ظروف العقد [276].

هذا الواجب وإن لم تنص عليه المبادئ بشكل صريح إلا أنه يندرج ضمن نطاق المادة (1-5) التي تقول " يمكن إن تكون الالتزامات التعاقدية للأطراف صريحة أو ضمنية "، وبالتالي لا ينحصر التزام الأطراف بما يرد صراحة في العقد، بل يلتزمون بالتزامات ضمنية تمليها ظروف التجارة الدولية وطبيعة العقد والمعاملات السابقة وكذلك مبادئ حسن النية والمعقولية[277].

وقد يكون الإعلام عن طريق تحذير الطرف الآخر بمخاطر وظروف معينة لتجنيبه الوقوع في الخطأ بتصرفات تهدم التفاوض [278].

كما قد يكون الإعلام بإبداء ملاحظات ومعلومات يعرفها أحد الأطراف نتيجة خبرته ويجهلها الطرف الآخر ويكون من شأنها مساعدته في تحقيق مصالحه من العقد، وهو أسمى أنواع الإعلام ويعرف بالالتزام بالنصيحة[279].

وجدير بالإشارة أن الالتزام بالإعلام التزام ببذل عناية حسب الراجح، فعلى الأطراف التزام بالإعلام يوجبه حسن النية وإلا تقوم مسؤولية المقصر القانونية [280].

ت- الالتزام بالسرية

ينبغي على أطراف التفاوض الالتزام بالسرية التامة بشأن المعلومات والمستندات التي يطلعون عليها أثناء التفاوض، وذلك أساسه حسن النية في عقود التجارة الدولية، فالأمر الوارد أن يتحصل كل طرف من الآخر على معلومات جوهرية ومهمة أثناء التفاوض، وإفشاء هذه

---

[276]انظر تعليقات المبادئ بالإنجليزية ، ص 220 .

[277]حسين ، ذكرى محمد و حمزة ، استبرق محمد : **التزامات أطراف التفاوض في عقود التجارة الدولية ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والإنسانية** ، مج 6 ، ع 4 ، 2014 ، ص 307 .

[278]حسين، ذكرى محمد، مرجع السابق، ص 307.

[279]عسالي عرعارة: **التوازن العقدي عند نشأة العقد**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراة، جامعة الجزائر – كلية الحقوق ، 2014 – 2015 ،ص 227 .

[280]محمد، أم كلثوم صبيح: **المفاوضات الممهدة للتعاقد "" ماهيتها وأحكامها " (دراسة مقارنة بين الواقع العملي والفراغ التشريعي)**، جامعة النهرين - مجلة كلية الحقوق، مج 16، ع 3 ، 2014 ، ص 303 - 304.

الأسرار يعد إخلالا بحسن النية، وكذلك يعد إخلالا استغلال أحد الأطراف هذه الأسرار لمصلحته الشخصية دون علم الطرف صاحب الأسرار [281] .

وثمة تساؤل في هذا الصدد حول المعلومات التي تعد أسرارا وبالتالي يمنع إفشاؤها، والإجابة تكمن في أن الأطراف أحيانا يوضحون المعلومات المهمة التي تعد أسرارا في اتفاق خاص، وذلك في بدايات التفاوض، ولكن قد يحصل ألا ينظموا ذلك، وهنا يتم اللجوء إلى ظروف العقد وطبيعة المعلومات في كل عقد [282].

ويعد الالتزام بالسرية التزاما بتحقيق نتيجة، فعلى الأطراف عدم إفشاء الأسرار كنتيجة حتمية[283].

ثالثا: إعادة التفاوض واجب وليس خيارا

رغم أهمية إعادة التفاوض المترتب على الظروف الشاقة إلا أن المتعاقدين في عقود التجارة الدولية قد لا يولون له أهمية في صياغة العقد، وهنا يأتي دور المبادئ في تغطية النقص باحتواء نصوص المشقة واجب إعادة التفاوض وإن لم ينص عليه الأطراف.

وفي حال عدم اتفاق الأطراف على التفاوض قد يصار إلى مبادئ العدالة والمنفعة والمساواة وحسن النية المتمثلة كلها -كما سبق ذكره –في مبدأ القوة الملزمة للعقد، فواجب الأطراف نتيجة وقوع الحادث الذي يرهق المدين أن يدخلوا في مفاوضات جادة لإنقاذ العقد وإعادة التوازن [284]، كما أن المصطلحات التي يوردها الأطراف في عقودهم والتي تحمل صيغة التخيير مثل " .. فمن المناسب الدخول في مفاوضات " أو " يمكن أن يتفاوض " لا يجوز تفسيرها حرفيا بأن الأطراف قصدوا جعل التفاوض اختياريا، لأن في هذا تفويتا لمقصد شرط إعادة التفاوض وتفريغه من محتواه [285].

---

[281] ملحم، سعد حسين عبد: **التفاوض بالعقود عبر شبكة الإنترنت**، جامعة النهرين - مجلة كلية الحقوق ،العراق ، مج 12، ع 8 ، ص 34 .

[282] ملحم، سعيد حسين، مرجع سابق، نفس الصفحة.

[283] الخفاجي، محمد جعفر هادي وآخرون : **الالتزام بالسرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا " دراسة مقارنة "** ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة بابل - كلية القانون ، العراق ، مج 6 ،ع 2 ، 2014 م ، ص 373 .

[284] Kessedjian , Catherine :**Competing Approaches to Force Majeure and Hardship** , 25 International Review of Law and Economics , September 2005, p. 421 - 422 . available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kessedjian.html .

[285] غنام ، شريف ، مرجع سابق ، ص 75 – 76 .

وقد أشارت محكمة التحكيم الدولية إلى واجب إعادة التفاوض استنادا لحسن النية في ظل القانون المدني الفرنسي الذي ينص على إلزامية العقد وتنفيذه بحسن نية [286] .

وبذلك أصبح إعادة التفاوض واجبا على الأطراف بحيث إذا طلبه الطرف المتضرر وجب على الطرف الآخر الدخول في مفاوضات جادة والتي ستكون محل رقابة القضاء فيما لو فشلت وسيكون للقضاء أو التحكيم سلطة تقدير مدى الجدية ومدى تعنت أحد الأطراف، تحت طائلة مسؤولية الطرف المتعنت أو الرافض.

مما يعني أن الطرف المضرور لا يحق له الامتناع عن اللجوء لطلب التفاوض لأن هدف النظرية الحفاظ على العقد بغض النظر عن إهمال المدين في طلب إعادة التفاوض، فالعقد التجاري الدولي خلاف الوطني يرتبط بمصالح تتجاوز الأفراد في حالات كثيرة مما يغدو معه الحفاظ على العقد مسألة جوهرية .

وعلاوة على وجوب لجوء الطرف المتضرر للتفاوض، يجب الأخذ بعين الاعتبار أن الدائن إن كانت له مصلحة في بقاء العقد رغم تحقق الظروف الشاقة، أو أن الظرف الشاق أثر في التزامات الطرفين، فيمكن أن يخطر المدين المتضرر برغبته في التفاوض والحفاظ على العقد، وعلى المدين الاستجابة لهذا الطلب.

وبالمقارنة مع مبادئ PECL نلاحظ أن الأخيرة قد نصت في المادة 111.6(2) على "the parties are bound to enter into negotiations "،مما يعني " الإلزام " في التفاوض، كما جاء القانون الأوروبي المشترك للبيوع في المادة 89(1) بلفظة واضحة على وجوب إعادة التفاوض حين قالت " the parties **have a duty** to enter into negotiations"، فاعتمدتا كلاهما على لفظ " الوجوب" [287]، ورغم ذلك، إذا كان لا يمكن تفسير ما يرد في شروط إعادة التفاوض من مصطلحات تحمل صيغة التخيير على أنها تجعل التفاوض اختياريا، فإنه لا يصح من باب أولى تفسير عبارة " يحق له " أو "مخول" في المادة 6-2-3(1) من المبادئ " the disadvantaged party is entitled to requestrenegotiations " على أنها تخيير .

---

[286]Arbitral Award (ICC Int'l Ct. Arb.), Case No. 9994, 2001, available at .http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1062&step=FullText.
ICC International Court of Arbitration, Paris 7365/FMS , No : 7365/FMS , وانظر في ذات المعنى 05.05.1997 , available at :
http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=653&step=Abstract .

[287]MacQueen , Hector L **: Change of circumstances: CISG, CESL and a case from Scotland** , Journal of International Trade Law and Policy ,2012 , p.2 .

بل إن الأطراف ملزمون بإعادة التفاوض تحقيقا لمقاصد النظرية التي تكفل إلزامية التفاوض في حال غياب شروط إعادة التفاوض، خاصة في ظل مصلحة المستفيد من الظرف الشاق في عدم اللجوء للتفاوض مستفيدا من تغير الظروف لصالحه، لذا تظهر أهمية إلزامية التفاوض بحسن نية الذي تقره اليونيدروا وشبيهها من المبادئ [288]، ويعطي هذا المبدأ للقضاء والتحكيم معيارا مرنا لتقدير مدى جدية الأطراف في التفاوض وتقرير الجزاء، خاصة في ظل اشتراط اليونيدروا صراحة حسن النية وأمانة التعامل وعدم جواز استبعاد هذا الواجب أو تقييده[289]،وهذا الالتزام يشمل كل أحكام الاتفاقية، ومن ضمنها عملية التفاوض[290].

وكذلك واجب التعاون بين الأطراف[291]، وواجب التفاوض بحسن نية وعدم التعنت، واعتبار حالة قطع المفاوضات بسوء نية أمرا موجبا للمسؤولية[292]، أو الدخول للمفاوضات أو الاستمرار فيها بنية عدم الوصول إلى حل كذلك من قبيل سوء النية[293] .

رابعا: إعادة التفاوض التزام ببذل عناية

يقول البعض أنه التزام بتحقيق نتيجة، ورأي آخر أنه التزام ببذل عناية وهو الأرجح لأن إلزام الأطراف بالوصول إلى نتيجة معناه إمكانية اتفاقهم على نتائج غير مرضية وظالمة لأحد الأطراف كونهم ملزمين بالوصول إلى حل، في حين يكون اللجوء للتحكيم أو فسخ العقد أضمن لمصالحهم [294].

ولذا فهو التزام ببذل عناية وليس تحقيق غاية، فقد لا يصل الأطراف إلى حل، وقد تتكلل المفاوضات بالنجاح، وهو ما نصت عليه مبادئ اليونيدروا في المادة 2-1-15 **"للأطراف حرية التفاوض ولا يسألون عن عدم التوصل لاتفاق"**، أي أن الأطراف ما داموا قد بذلوا عنايتهم في الوصول إلى التعديل بغية إعادة التوازن فلا يسألون عن عدم وصولهم لنتيجة.

---

[288]See Kessedjian , Catherine , 0p .cit , p . 421 – 422.

[289]المادة 7-1 من المبادئ .

[290]Guillemard , Sylvette **: A comparative study of the UNIDROIT Principles and the Principles of European Contracts and some dispositions of the CISG applicable to the formation of international contracts from the perspective of harmonisation of law**, so available at Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Kluwer Law International ,2000-2001 , pp. 83-113. Available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/guillemard1.html .

[291]المادة 5 - 1 -3 من المبادئ .

[292]الفقرة (2) من المادة (2- 1 – 15) .

[293]الفقرة (3) من المادة (2 -1 - 15) .

[294]عبد الحسن ، حسين عيسى : **الضمانات العقدية للاستثمار دراسة مقارنة** ، المعهد التقني ، بابل ، ص 187 .

خامسا: جزاء الامتناع عن التفاوض

قد تكون لأحد طرفي العقد مصلحة في الامتناع عن التفاوض، فيستغل حاجة المدين وخسارته في مقابل الفائدة المجنية لهذا الدائن من التأخير، ويعمد إلى التصريح برفض التفاوض أو التسويف والمماطلة بقصد الاستفادة قدر الإمكان من الوضع القائم.

ولا شك أن رفض التفاوض رغم مطالب المدين المتضرر ذات الأساس القانوني المبرر ستأخذه المحكمة أو هيئة التحكيم في اعتبارها كسوء نية من قبل الطرف الرافض [295] .

ولا شك أن هذه السلوكيات برفض التفاوض تخضع الطرف الرافض للمساءلة القانونية وتعتبر إخلالا بمبدأ حسن النية واتفاق الأطراف مما يستوجب جزاءات كالتعويض[296]، ويندر أن ينظم الأطراف الجزاءات المفروضة على الطرف المخالف، لذا يرجع في ذلك إلى القواعد العامة ومبادئ التجارة الدولية .

وفي هذا الصدد وفي قضية تدور وقائعها بين شركة أرجنتينية مسؤولة بموجب اتفاق حصري بالقيام بتنظيفات الصرف الصحي في الأرجنتين، إذ عملت الأرجنتين الراعية للشركة في سبيل التعامل مع أزمة ألمت بالبلاد على تجميد سعر التعرفة الجمركية، الأمر الذي دفع الشركات الفرنسية والإسبانية مانحة الامتياز الحصري طلب إعادة التفاوض لإعادة النظر في سعر التعرفة، ورفضت الشركة الأرجنتينية التفاوض وأنهت الامتياز مسببة أضرارا فادحة للشركتين وخسارة الامتياز كاملا، وفي مطالبتهما دفعت الشركتان في مواجهة الشركة الأرجنتينية بمخالفة شروط الاستثمار وبمسؤوليتها عن رفض التفاوض، وأيد القرار مطالبهما واعتبر أن الشركة الأرجنتينية أخلت بواجب جوهري متمثل في التفاوض للوصول إلى حل بخصوص التعرفة خاصة بعد أن خفت حدة الأزمة الاقتصادية في الأرجنتين [297].

ويستدل من هذا القرار مسؤولية الطرف رافض التفاوض، ويمكن الاستدلال منه على إمكانية طلب إعادة التفاوض من طرفي العقد، فليس شرطا أن يكون الطرف المتضرر هو طالب

---

[295]dawwas , Amin, op.cit , p.15.

[296]Ingeborg , Schwenzer : **FORCE MAJEURE AND HARDSHIP IN INTERNATIONAL SALES CONTRACTS** ,P.723 , http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2008/39.pdf.

[297]International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), No : ARB/03/17 , 30.07.2010 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1667&step=Abstract .

التفاوض، ففي هذه القضية كان الطرف المتعنت هو نفسه الذي يزعم بتوفر المشقة، إذ إن مصلحته كانت في عدم التفاوض، بل في إنهاء العقد كليا.

وقد يلجأ الطرف المتضرر إعمالا للقواعد العامة إلى الدفع بعدم التنفيذ لإجبار الطرف الآخر على تنفيذ التزامه، والذي يشترط فيه تقابل الالتزامات وارتباطها وكون الالتزام مترتبا على الآخر، وهذا متوافر في عقود التجارة الدولية إذ تمتاز بتقابل الالتزامات وارتباطها، لذا ينطبق عليها القواعد العامة في الدفع بعدم التنفيذ متى تحققت شروطه [298] .

وقد يحصل أن يمتنع أحد الأطراف عن تنفيذ التزام ثانوي كنقل البضاعة أو صيانتها، فهل يحق للطرف الآخر الدفع بعدم تنفيذ التزام جوهري رئيس؟!

إن الدفع بعدم التنفيذ يغدو فعالا حين يكون من مصلحة الطرفين التنفيذ أي بكونهما على نفس المستوى من المصلحة المتوخاة من العقد، فيلجأ الطرف الراغب في التنفيذ إلى إجبار الممتنع على التنفيذ، لكن في الحالة التي نحن بصددها فإن الطرف المتضرر يلجأ للدفع بعدم التنفيذ لإجبار الطرف الآخر الذي هو في غنى عن التنفيذ وفي امتناعه عنه مصلحة له، فأي فائدة يجنيها المدين ذو الموقف الضعيف في إجبار الدائن ذي الموقف القوي؟ ولذلك قد يتم اللجوء إلى حلول أخرى خلاف الدفع بعدم التنفيذ في حالات الامتناع غير المبرر عن التفاوض .

وإعمالا للقواعد العامة أيضا، إذا رفض أحدهما التفاوض تعسفيا دون مبررات فيمكن قيام مسؤوليته بالتعويض بناء على المسؤولية العقدية هذا في العقد الذي يحتوي شرط إعادة التفاوض لأن الإخلال حينئذ يكون أخلالا بالتزام يفرضه العقد [299].

وإذا لم يحتوي العقد على شرط إعادة التفاوض فتقوم مسؤولية الطرف رافض التفاوض بناء على المسؤولية التقصيرية التي تستند إلى انعدام حسن نيته في تنفيذ العقد مما يشكل خطأ من جانب هذا الطرف[300]، ومخالفة لمبادئ مستقرة تدعمها المبادئ، وغيرها من المبادئ الدولية التي توجب إعادة التفاوض بحسن نية.

---

[298] السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، مجلد 2 ، الإثبات وآثار الالتزام ، ص 1138 .

[299] بارود، حمدي محمود: **الطبيعة القانونية للمسئولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد** ، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، جامعة الأزهر– كلية الحقوق ،غزة ،مج 20،ع2،٢٠١٢ ، ص 556 .

[300] انظر بارود، حمدي محمود: المبادئ **التي تحكم التفاوض في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ومضمون الالتزام بها "مبدأ حسن النية و مقتضياته – دراسة تأصيلية تحليلية"**، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية) ، جامعة الأزهر – كلية الحقوق ، غزة ،مج 16،ع1 ،2008 ، ص 852 .

ورغم أن اليونيدروا وكذلك قانون CESL لا يتضمنان جزاء على رفض التفاوض أو التعنت فيه، وأنه من الأفضل النص عليه مثل تعويض الطرف المتضرر جراء رفض الطرف الآخر أو مماطلته، إلا أن النصوص الحالية لا تعني عدم وجود هذا الجزاء، ذلك أن القضاء حين يخول بإنهاء العقد أو تعديله فإنه يحق له من باب أولى فرض عقوبات على الطرف الممتنع عن الأثر الرئيس وهو التفاوض، فمن يملك الجزاء الأشد يملك الأقل، وإن هذه النصوص حين تفرض التفاوض واجبا على الأطراف فهي ضمنيا تقرر جزاء على التقاعس في تحقيقه وإلا يغدو الحث على إعادة التفاوض محض إرشاد لا إلزام فيه ولا يحقق مقصود النصوص .

وبخصوص مبادئ PECL فقد كانت واضحة في هذا الشأن إذ نصت الفقرة الأخيرة من المادة 111.6على أن "للقاضي أو المحكمة أن تأمر الطرف الذي رفض التفاوض أو تصرف بسوء نية أثناء التفاوض، الشروع في إصلاح الأضرار التي لحقت الطرف الذي عانى هذا الرفض أو المماطلة ".

ولكن يحق لأي من الأطراف رفض التفاوض إذا كان ما قدمه الطرف الآخر لا يعد مبررا للتفاوض كما لو لم يكن ثمة إرهاق خارج عن المألوف، أو كان الحادث متوقعا، فيحق له الامتناع عن التفاوض لحين الفصل في مدى تحقق شروط إعمال النظرية [301].

وإذا رفض احد الأطراف التفاوض دون مبرر، فهنا لا بد من معرفة مصير العقد بعد أن عرفنا الجزاءات المتمثلة في الدفع بعدم التنفيذ أو التعويض، ولا يوجد جواب واضح إلا أن الاجتهادات القضائية قالت إما باستمرار العقد الأصلي، إلا أن في ذلك إهدارا لغاية شرط إعادة التفاوض، ولا يلجأ إلى هذا الخيار غالبا إلا إذا كان الطرفان على علاقة قوية وتعامل تجاري سابق يدفعهما للاطمئنان [302].

أو قد يتفق الطرفان على جواز الفسخ بالإرادة المنفردة إذا أخل أحدهما بإعادة التفاوض [303]، وهذا الاتجاه كذلك لا يخدم العقود التجارية الدولية ذات القيمة الضخمة والتي في تنفيذها مصالح كبيرة للأطراف، عدا أن الفسخ يخالف غاية شرط النظرية المتمثلة في إنقاذ العقد، لذا لم تمنح اليونيدروا خيار الفسخ للأطراف وإنما جعلته يخضع لاتفاقهم.

---

[301]السلماني ، عبد الرحيم ، مرجع سابق ، ص 228 .

[302]المرجع السابق , ص 229 .

[303]جواد ، محمد علي : **العقود الدولية : مفاوضاتها – إبرامها – تنفيذها** ، بدون طبعة ، عمان ، الأردن ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2010 ، ص 216 .

والأفضل هو اللجوء إلى وسيط أو خبير أو محكم لينظر النزاع، وقد يلزم المحكم الطرف الممتنع عن التفاوض بالتنفيذ الجبري أو يقرر الفسخ إن لم يكن سبيل آخر مع إمكانية الحكم بالتعويض على الممتنع عن التفاوض جراء الامتناع غير المبرر سواء حكم بالفسخ أو التنفيذ الجبري، وهنا تكمن قيمة إلزامية التفاوض.

سادسا: طبيعة التعديلات الناتجة عن إعادة التفاوض

من خلال التفاوض قد يتفق الأطراف على تعديل العقد عن طريق مراجعة العقد بينهم من خلال المعايير التي اشترطوها في العقد في حال وجود شرط المشقة أو وفق معايير يناقشونها وقت التفاوض في حال غياب الشرط والتي تكون إما معيارا ذاتيا يلجأ للظروف الشخصية ولمبادئ العدالة وحسن التنفيذ وإما يكون معيارا موضوعيا بالنظر إلى ظروف العقد المادية التي اختلت، والمعيار الموضوعي أقل دقة من الذاتي، فالأول يقوم على عمليات حسابية ومسائل الربح والخسارة بالنسبة للرجل العادي ولكن يغفل الجانب الشخصي الذي يكون أكثر تعبيرا عن واقع الحال، في حين أن المعيار الذاتي يرجع لشخص المدين والذي يعنى بشخص المدين وظروفه المادية مما يمكن معه الحكم الدقيق على تحقق الإرهاق[304]، وهم ليسوا ملزمين بشكل معين للتعديل، بل أحرار في طريقة التعديل كتوزيع الأرباح والخسائر [305] .

فإذا تمكن الأطراف من تطبيق المعايير والتحقق من مدى توافر الهاردشيب يبدؤون التفاوض لتعديل شروط العقد وإعادة التوازن بما يحقق المصالح المشتركة أي أنهم يبدؤون في مرحلة التعديل الفعلي للعقد بعد التأكد من توفر الهاردشيب الذي توصلوا إليه إما من خلال التفاوض فيما بينهم أو عن طريق الغير الذي يبحث لهم مدى تحقق الهاردشيب من عدمه [306].

إذا نجحت المفاوضات فماذا يعتبر الاتفاق الناجم عن المفاوضات والتغلب على العقبات هل هو تجديد للعقد بحيث ينتج عقد جديد جراء التفاوض أم هو تعديل للعقد الأصلي؟

---

[304] انظر كاظم ، علي حسن ، مرجع سابق ، ص 50 .

[305] Lando , Ole : **A Vision of a Future World Contract Law: Impact of European and UNIDROIT Contract Principles** , Uniform Commercial Code Law Journal, issue 2 , Fall 2004 , p.40 , available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lando3.html#82 .

[306] انظر كاظم ، علي حسن ، مرجع سابق ، ص 50 – 51 .

ثمة رأي يرى أن ينظر إلى الجزء الذي تمت المفاوضة بشأنه فإذا كان التغيير تم في أمور جوهرية والتزامات أساسية في العقد فهو تجديد له، إما إذا مس جوانب ثانوية في العقد فهو تعديل له بحيث أن العقد الأصلي يظل قائما وتعدل فقط الأمور الثانوية [307].

ولكن يرى الباحث أن العقد بعد إعادة التفاوض هو نفس العقد قبل التفاوض إلا أن المتغير هو مقدار الالتزام على الطرفين الذي يعدل ليتحقق التوازن أما طبيعة العقد وطبيعة الالتزامات فهي ذاتها، فالرابطة القانونية تظل هي الأصلية أما في التجديد تستبدل الرابطة القانونية [308] .

وجدير بالذكر أن الأطراف في تفاوضهم يحق لهم الاتفاق على تعديلات تطال المرحلة المستقبلية، فليس ثمة قيد عليهم في هذا الشأن، إذ جاءت صيغة المبادئ عامة دون استثناءات، في حين في الظروف الطارئة الوطنية لا يطال التعديل الذي يعمله القاضي برد الالتزام المرهق إلى الحد العقول إلا إلى الماضي دون المستقبل [309].

وفي توجه المبادئ توسع في التطبيق باحتوائها إعادة التفاوض الذي يتيح للأطراف بل والقضاء التعديل دون تقييد لطريقة التعديل، بحيث قد لا يقتصر التفاوض على رد الإرهاق، فلا يمنع الأطراف شيء من أن يعيدوا ترتيب الالتزامات من جديد نتيجة الوضع الجديد إثر الظرف الشاق، وفي هذا أفضلية على اللجوء للقضاء الذي وإن كانت سلطته واسعة في التعديل فإنه لن يبلغ الحرية التي يتمتع بها الأطراف .

سابعا : مصير العقد في حال فشل التفاوض

قد يفشل التفاوض في تحقيق أهدافه المرجوة بتعديل العقد وفقا للظروف المستجدة إما لتجاهل الطرف المخاطب طلب التفاوض أو تعنته في التفاوض وعدم الالتزام بحسن النية، وإما لعدم التوصل لنتيجة رغم التحلي بحسن النية في التفاوض من الطرفين، وفي ضوء ذلك تقرر المادة 6- 2 – 3 من المبادئ حق طرفي العقد اللجوء للمحكمة [310].

وهنا عدة احتمالات يفرضها واقع عقود التجارة الدولية، فإما يستمر العقد الأصلي كما هو، وإما يتفق الأطراف على توقيف العقد مدة محددة يتقرر بعدها إما الفسخ أو العودة للاتفاق الأصلي،

---

[307] الزقرد ، أحمد ، مرجع سابق ، ص 157 ، و غنام ، شريف ، مرجع سابق ، ص 418 -419 .

[308] بوفلجة ،عبد الرحمن **: دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري** ، رسالة ماجستير ، - جامعة أبو بكر بلقايد - كلية الحقوق ، تلمسان ، الجزائر ، 2007- 2008 ، ص 40 .

[309] السنهوري ، عبد الرزاق ، مرجع سابق ، ص 648 .

[310] انظر تعليقات المبادئ بالإنجليزية ، ص 220 .

أو يكون متفقا أنه إذا فشلت المفاوضات يفسخ العقد من تلقاء نفسه، أو قد يلجأ إلى وسيلة لحل العقبات التي لم يستطع الأطراف حلها [311].

أو قد يلجأ الأطراف إلى طرف ثالث " الغير " ليقوم بهمام مراجعة العقد أي بمعنى تعديل العقد بعد أن يكونوا قد تحققوا من توافر الهاردشيب، فهنا يقوم الغير ليس بمهمة التحقق بل التعديل الفعلي وفقا للمعايير المتبعة إما الذاتية أو الموضوعية، وهنا تثور مسألة صفة هذا الغير فيما إذا كان محكما أو وسيطا أو خبيرا أو موفقا، وهذا الخلاف في الصفة يتبعه خلاف في طبيعة القرار الصادر منه، وذلك لأن دور الغير هنا أكثر تعقيدا من مجرد فض النزاع عن طريق التحقق من توفر الهاردشيب، بل هنا يسلمه الأطراف زمام العقد ليقوم بتعديله وفق المستجدات المتحققة، فإذا كان غير محكم فقد لا يعدو أثر قراره إلا أن يدرج في العقد ويصبح جزءا منه ويخضع للقوة الملزمة للعقد باعتبار قرار الغير هنا جزءا من العقد وليس حاكما عليه، أما إن كان الغير محكما فهو حين يعدل العقد يكون قراره ملزما ومحققا لفكرة التعديل بحيث يلتزم به الأطرف كقرار القاضي [312].

ولا يمكن الأخذ بالرأي الذي يقول إن المحكم يعتبر وكيلا عن الأطراف وليس ذا سلطة إلزامية في اتخاذ قرار بالتعديل، إذ إن هذا الرأي لا يقدم حلا، عدا أن المحكم إذا اعتبرناه وكيلا فلن يستطيع نظر ما ينشب من نزاع لاحق لأنه اطلع على العقد كوكيل فلا يصح أن ينظره محكما بعد ذلك [313]، ولذا فالمحكم يتخذ قرارا كالقاضي تماما بتعديل العقد .

والإشكال المذكور بخصوص صفة هذا الغير وبالتالي طبيعة قراره في التعديل يثور في ضوء الممارسات العقدية تطبيقا لشروط إعادة التفاوض ذات الصفة التعاقدية الاتفاقية[314]، أما مبادئ اليونيدروا فحددت الطريق في حال لم تأت المفاوضات بنتيجة، والطريق هي حق الطرفين باللجوء للمحكمة، وهي أفضل الخيارات إذ إنها بتوجيه الأطراف إلى التحكيم والقضاء تتجنب الإشكال المذكور بصدد تحديد الطبيعة القانونية للغير الذي يلجأ إليه الأطراف، كما أن المبادئ بهذا التوجيه تحافظ على العقد من الفسخ أو استمرار العقد الأصلي اللذين يلجأ إليهما الأطراف في شروط إعادة التفاوض في كثير من الأحيان بدل تعيين طرف ثالث ليقرر المناسب، مما يعني اختيار اليونيدروا الحل المثالي في حال فشل المفاوضات وتجنب الحلول الأقل عدلا وخدمة لتوازن العقد .

---

[311] السلماني ، عبد الرحيم , مرجع سابق ،ص 231 .

[312] للتوسع في هذا انظر عبد اللطيف ، هني ، مرجع سابق ، ص 137 – 142 .

[313] Oppetit , Bruno, op.cit , p 809.

[314] عبد اللطيف ، هني ، مرجع سابق ، نفس الصفحة .

ومن الجدير ذكره أنه في حالة غياب شروط إعادة التفاوض، يظهر الحديث عن دور المحكم في هذه الحالة، إذ قد يكون الخيار هو التحكيم بالصلح، ومن المعروف أن المفوض بالصلح لا يستطيع الاضطلاع بتعديل العقد ومراجعته، إنما التخفيف من وطأة بنود العقد، هذا عدا عن ضرورة توفر حالة محددة من عدم كفالة القانون واجب التطبيق لحقوق الأطراف وعدم عدالة تطبيق هذا القانون [315] .

ولذا تكون فضيلة أخرى لتبني المبادئ خيار التوجه للتحكيم، إذ تسمح للأطراف اللجوء للتحكيم العادي استنادا لانطباق نصوص المشقة بموجب المبادئ ودون حاجة للنص على اللجوء للتحكيم، وهذا يغني الأطراف عن مغبة اللجوء للتحكيم بالصلح وما فيه من صعوبات على النحور المذكور.

و بناء على ما تقدم، لا يحق وفقا للمبادئ أن يتوجه الطرف المتضرر إلى إنهاء العقد مقدما قبل اللجوء للتحكيم أو القضاء، فقد رسمت المبادئ طريقا واضحا وهو المفاوضات، وبعد ذلك إن فشلت يتم اللجوء إلى التحكيم أو القضاء، اللذين يختصان حصريا بإنهاء العقد [316] .

وتنبغي الإشارة أن الطرف المتضرر إذا أدى جزءا من التزاماته فلا يحق له التمسك بالهاردشيب بالنسبة للجزء الذي نفذه من الالتزامات السابقة على الحادث، إنما تطبيق النظرية يتعلق بما لم ينفذه المدين من التزامات بعد وقوع الحادث، فإذا أدى جزءا من التزامات العقد ثم وقع الحادث، يحق له التمسك بأحكام المشقة في الجزء الذي لم ينفذه فقط [317].

ثامنا: التزام الدائن بتخفيف الضرر

هذا الالتزام يجد أساسه في حسن النية في تنفيذ العقد، فكما أن المدين المتضرر جراء الظرف الشاق يظل ملزما بتنفيذ العقد خلال التفاوض بعد محاولاته دفع الحادث وآثاره قبل طلب التفاوض، فإن حسن النية يوجب على الدائن مقابلة هذا الالتزام بالتزام تخفيف الضرر، بمعنى

---

[315] انظر في تفصيل ذلك عبد اللطيف، هني، مرجع سابق ، ص 154 – 156 .

[316] M. Perillo, Joseph : **Hardship and its Impact on ContractualObligations : A Comparative Analysis**, Roma , April 1996, p.10 , available at :http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perillo4.html .
وانظر ICC International Court of Arbitration No:10021, 2000 , available at http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=832&step=Abstract .
وانظر J D.I., 1975, 925 .I.C.C. award No. 2478 (1974) , مشار إليه لدى van Houtte, Hans : **Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda, in: Gaillard (ed.), Transnational Rules in International Commercial Arbitration** (ICC Publ. Nr. 480,4), Paris , 1993, p.121 , availableat: http://www.trans-lex.org/117300.

[317] انظر شرح المبادئ بالإنجليزية ، ص 216.

أن يتخذ كل الإجراءات الممكنة لتخفيف آثار الحادث على المدين [318]. ونصت عليه العديد من القرارات التحكيمية [319].

وتنص على هذا الالتزام مبادئ اليونيدروا بموجب المادة 7- 4 -8 بقولها "

" 1- لا يسأل المدين عن الضرر الذي تكبده الدائن بقدر ما كان يمكن للدائن تخفيفه باتخاذ خطوات معقولة.

2- يحق للدائن استرداد أي مصروفات معقولة يكون قد تكبدها لدى محاولته تخفيف الضرر".

وقد قضت هيئة تحكيم في إحدى القرارات أن المادة المذكورة لا يصح بأي حال أن يستغلها الطرف المتضرر ليتخلص من أعباء مسؤوليته بأن يتخلص من ممتلكات الدائن إذا كان الاحتفاظ بها يكبده نفقات، ولكن كل ما له بموجب المادة أن يستفيد من إلزاميتها للدائن في ضرورة التخفيف من الضرر الذي يلحق المدين ومحاولة تغطية وتقليل النفقات التي يتكبدها المدين [320].

كما قضى قرار آخر بضرورة قبول الدائن السعر الذي عرضه المدين المتضرر جراء انخفاض أسعار النفط وإن كان هذا السعر أقل مما يبتغيه الدائن، ولكن كان عليه قبوله كإجراء لتخفيف الأضرار إلى حين الوصول إلى حل بناء على حكم قضائي أو تحكيمي [321].

وثمة عدة صور لالتزام الدائن بتخفيف الضرر على النحو التالي:

أ- قبول التفاوض بحسن نية

إن قبول الدائن بإعادة التفاوض على ظروف العقد والتزامات الطرفين واجب يفرضه تحقق الهاردشيب، ولذا فإن هذا الالتزام يعد الصورة الأمثل والأهم التي يساهم الدائن بموجبها تخفيف الضرر الذي لحقه، لأنه بالتفاوض مع الطرف المتضرر إنما يسعيان إلى إعادة التوازن للعقد

---

[318] العيساوي ، صفاء تقي عبد نور ، مرجع سابق ، ص 279 .

[319] See ICC International Court of Arbitration , No. 9594,1999 , available at: http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=691&step=FullText .
see also Arbitration Centre of the Costa Rican Chamber of Commerce , 29.07.2002 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1102&step=FullText. .

[320] ICC International Court of Arbitration (Second Partial Award) , No. 7110 ,1998 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=650&step=FullText.

[321] Hanotiau , Bernard : **La Détermination et l'Evaluation du Dommage Réparable: Principes Généraux et Principes en Emergence, in: Gaillard (ed.), Transnational Rules in International Commercial Arbitration** , (ICC Publ. Nr. 480,4), p. 216 – 217 , available at : http://www.trans-lex.org/112800. انظر

في أسرع وقت مما يخفف الضرر الذي لحق بالدائن جراء عدم تنفيذ المدين التزامه نتيجة الظرف الشاق .

ويكون الدائن سيء النية إذا رفض اقتراحات عادلة ومعقولة مقدمة من الطرف طالب التفاوض.

ب- تقديم اقتراحات جديدة

يعني هذا الالتزام سعي الدائن الحثيث إلى تقديم اقتراحات وتسهيلات جديدة للمدين تساعده إذا نفذها على التخفيف من الصعوبات التي تواجهه وبالتالي العودة إلى الوضع الطبيعي للعقد، وكذلك يعد استعداد الدائن للتفاوض والدخول فيه بحسن نية وتعاون حقيقيين بغية الوصول إلى حل تخفيفا للضرر في حد ذاتها [322].

المطلب الثاني: دور القضاء والتحكيم

يعالج هذا المطلب دور القضاء أو التحكيم في حال تحقق الظرف الشاق، بحيث يضطلع القضاء والتحكيم بتعديل العقد أو إنهائه كخيارات رئيسة بموجب المبادئ في حال فشل التفاوض بين الأطراف ولجوئهم للقضاء والتحكيم، بحيث يعالج الفرع الأول دور المحكمة في إنهاء العقد، ويعالج الفرع الثاني دور المحكمة في تعديل العقد.

وبخصوص معقولية المدة قبل اللجوء للمحكمة أو هيئة التحكيم، تنص الفقرة الثالثة من المادة 6-2 -3 على أنه " إذا لم يتم التوصل إلى اتفاق خلال مدة معقولة، فيحق لأي من الطرفين اللجوء إلى القضاء .

والمقصود بمصطلح"COURT"وفق النص وسيلة حل النزاع التي اتفق عليها الأطراف في العقد، وإنه لا يمكن أن يفهم أنه حصر لاختصاص المحاكم في نظر النزاع[323]، فالعبرة بما يتفق عليه في العقد سواء كانت محكمة أو هيئة تحكيم [324] .

قد يتفق الأطراف على مدة محددة للوصول إلى اتفاق، وبعدها اللجوء للقضاء أو التحكيم، كالشرط الذي اعتبر أن التوصل إلى اتفاق يجب أن يكون خلال مدة 60 يوما من تاريخ الإخطار بطلب إعادة التفاوض، وإلا فللطرف المتضرر اللجوء إلى التحكيم [325].

---

[322]الخفاجي ، عزيز كاظم ، مرجع سابق ، ص 44 .

[323]Kessedjian, Catherine , op.cit , p. 422.,

[324]انظر المادة 1- 11 من المبادئ التي عرفت مصطلح المحكمة بأنه ينطبق على محكمة التحكيم .

والفقرة الثالثة الواردة سابقا تعالج حالة عدم اتفاق على الأطراف أثناء التفاوض حلى حل يعيد التوازن إلى العقد خلال مدة معقولة، و" المدة المعقولة " لعملية التفاوض تعبير عام يناسب كل حالة، ولذا استخدمت المبادئ تعبيرا يناسب مختلف العقود، إذ تتحدد هذه المدة المعقولة بطبيعة العقد وضخامته وحجم الظرف الشاق وآثاره على المتعاقدين في كل حالة على حدة [326]، فعندئذ لأي منهما الحق في اللجوء إلى القضاء ليفصل في النزاع، بمعنى أن غاية نظرية الهاردشيب الأهم لم تتحقق وهي التفاوض الذاتي بين الأطراف بغية حل النزاع، ولذا شرعت المبادئ لجوء الأطراف إلى القضاء.

ويمكن الاستعانة في هذا الصدد بما يراه الأستاذ Michael Joachim bonell في تفسير المعقولية بأنها "فحص ما إذا كان أحد الأطراف قد بذل العناية اللازمة في ظرف معين"[327]، وهنا إذا أسقطنا هذا التفسير على المدة المعقولة التي بعدها يجوز التوجه للمحكمة يمكن فهم أنه يجب على الأطراف بذل العناية اللازمة في سبيل تحقيق هدف التفاوض وهو الوصول إلى تعديل يناسب المصالح، وفي اللحظة التي يكون في الأطراف قد بذلوا كل عناية ممكنة ومع ذلك لم يتوصلوا إلى حل مقبول يمكن اللجوء إلى القضاء.

وفائدة هذا التفسير للمعقولية أنه يضفي على المصطلح " المرن" و" الواسع " صبغة موضوعية متمثلة بمعيار عملي هو بذل العناية العملية على أرض الواقع، وبالتالي يمكن للقضاء الاطلاع على تفاصيل وحيثيات التفاوض من خلال المستندات والأوراق وكل المسائل الموضوعية للقول بمدى بذل العناية اللازمة قبل اللجوء للمحكمة، فإن وجدت أن أحد الأطراف قد سارع إلى المحكمة ولم يراع المدة " المعقولة " قد تقضي بضرورة العودة إلى التفاوض تحت رقابتها وجزاءاتها.

وتجدر الإشارةإلى أن عدم إخطار الطرف الآخر بطلب إعادة التفاوض يمنع المتضرر من اللجوء للمحكمة أو هيئة التحكيم [328]، وهذا جزاء شديد على عكس حالة التأخر في الإخطار، ففي هذه الحالة يهمل المدين المتضرر في إرسال الإخطار من الأساس.

---

[325]Jean Yves , THOMAS , le 24 juin 2011 à Paris , avaiable at : http://www.arbitrage-maritime.org/fr/Misc/ClausehardshipJYT.pdf.

[326]انظر شرح المبادئ بالإنجليزية ، ص 221 . Yildirim , Ahmet Cemil , 152 , op.cit ,

[327]Bonell , Michael Joachim **: Commentary on the International Sales Law**, Giuffrè , Milan , 1987 , p. 81 – 82 , available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb7.html.

[328]ICC International Court of Arbitration , No. 10021 , 2000 , available : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=832&step=Abstract.

وتنص الفقرة الرابعة من المادة 6- 2 -3 على أنه " إذا توصلت المحكمة إلى توافر الظروف الشاقة، فيمكن لها أن تقضي – ما دام ذلك معقولا – بأي مما يلي:

أ- إنهاء العقد في التاريخ وفقا للشروط التي يتم تحديدها.

ب- تطويع العقد بالتعديل بهدف إعادة توازن الأداءات .

الفرع الأول: إنهاء العقد

بداية تقرر الفقرة 4 من المادة 6-2-3 سلطة المحكمة في إنهاء العقد إذا ما رأت الإنهاء أكثر فعالية لعدم إمكانية التوصل لاتفاق جديد بين الأطراف، أو أن تعديل العقد لن يفيد الأطراف في شيء [329]، والإنهاء هنا لا يؤسس على " عدم التنفيذ " المنصوص عليه في المادة (1-3-7) بل يؤسس على أن تنفيذ الالتزامات العقدية لن يحقق مراد الأطراف من العقد بعد وقوع الظرف الشاق وآثاره على توازن العقد، ولذا نصت الفقرة (4) على" إنهاء العقد في التاريخ وفقا للشروط التي يتم تحديدها " [330]، وقد تقضي المحكمة بالإنهاء بأثر رجعي أو الإنهاء بالنسبة للمستقبل فقط، أو تقضي بالإنهاء مع التعويض[331] .

وقد تقرر إنهاء عقد بسبب توفر شروط المشقة بحصول خلل جوهري في توازن العقد نتيجة الأزمة الاقتصادية عام 2008 في أوروبا التي تسببت في انخفاض حاد في العملة الأوكرانية وارتفاع الدولار الأمريكي مما ترتب عليه تكلفة كبيرة ومشقة تعرض لها المؤجر في دفع مبالغ الإيجار التي غدت باهظة، وبعد تحقق المحكمة من توفر شروط المشقة وبعد أن أشارت إلى مبادئ اليونيدروا أنهت العقد [332].

وبالنظر إلى الظروف الطارئة الوطنية " القوانين العربية والمدني في غزة " لا يحق للقاضي فسخ العقد [333]، باعتبار أن النظرية تجيز التعديل فقط، وبما أن الفسخ أشد وطأة على حياة العقد من التعديل فهو غير جائز في ظل النظرية.

---

[329]Gotanda , John Y **: Renegotiation and Adaptation Clauses in International Investment Contracts, Revisited** ,VANDERBILT JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW ,Vol. 36:1461 , August 2003 ,p . 1472 .

[330]انظر تعليقات المبادئ بالإنجليزية ، ص 221 .

[331]Dawwas , Amin , op.cit , p.19 .

[332]Cherkasy Regional Commercial Court , 02/2625 , 30.11.2009 available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1736&step=Abstract

[333] السرحان ، عدنان إبراهيم و خاطر ، نوري حمد : **شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية " الالتزامات " دراسة مقارنة** ، عمان – الأردن ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2000 ، ص 267 .

والمبادئ بإتاحتها خيار الفسخ للقضاء إلى جانب التعديل تكون قد تبنت الحل الذي نادى به بعض الفقه [334] في القوانين العربية من ضرورة تشريع الفسخ في حالة الظروف الطارئة، إذ إن التعديل قد لا يكون الخيار الأنسب للعقد، بل قد يزيد العبء على المدين ذي القدرة المتواضعة.

كما أن المبادئ بتقرير الفسخ توسع من نطاق النظرية لتشمل حالة " إحباط الغرض " التي سبق ذكرها في صور الاختلال، بحيث يتمكن القضاء الوطني في حالات إحباط الهدف من إعمال أحكام المشقة في المبادئ باعتبارها تتضمن الفسخ المعروف في هذه النظرية الوطنية.

وأما اتفاقية فيينا فلم تنص على انفساخ العقد بقوة القانون باعتبار أن أثر العائق هو الإعفاء من التعويض عن عدم التنفيذ، و إنما جعلت الفسخ خيارا للدائن بموجب الفقرة الرابعة من المادة 79 [335]، بحيث يتحقق أثره بمجرد تعبير الدائن عن رغبته بالفسخ، ويكون دور القضاء بعدئذ كاشفا ومؤكدا من توافر الشروط وليس منشئا للفسخ، أي لا يعد فسخا قضائيا، وبذلك تختلف عن المبادئ، إذ إن الأخيرة لم تجعل الفسخ خيارا للدائن، بل هو فسخ قضائي، وفي توجه المبادئ حماية لحياة العقد ورغبة في الحفاظ على العقود قدر الإمكان.

يتم اللجوء إلى الإنهاء في حالة فشل الأطراف في تعديل العقد وفقا للظروف الجديدة، أو حين يقرر الغير الموكل إليه أمر تولي شؤون العقد وإنهائه إن لم يتفق الأطراف، والغالب أن يتفق الأطراف على الفسخ إذا فشلوا في تعديل العقد، وقد يسكت الأطراف عن تقرير الفسخ.

ويعتقد الباحث أن اليونيدروا لا تقرر خيار الفسخ للأطراف حسب المتبين من نصوصها، إذ إن خيار الأطراف هو إعادة التفاوض بغية الوصول لاتفاق على تحقق الهاردشيب ثم التعديل لإعادة التوازن، وذلك بقولها " يحق للطرف المتضرر طلب إعادة التفاوض " الذي مبتغى الأطراف منه التعديل، وتركت خيار الفسخ للقضاء، ولربما يكون هدف النص عدم منح الأطراف سلطة الفسخ خوفا من تعسف أحدهم إذا كان هو الطرف الأقوى في العقد، وكأن النص يلح على الأطراف التوجه نحو إعادة التفاوض كحل وحيد إن صح التعبير لضمان غاية نظرية الهاردشيب الأسمى وهي إعادة التفاوض للحفاظ على العقد والبعد عن فسخه قدر الإمكان، ولهذا جعلت الفسخ خيارا في يد القضاء لمنع التعسف وليكون الخيار الأخير إذا لم يكن ثمة إمكان لتعديل العقد أو توجيه أطرافه للتفاوض .

---

[334] هذا الرأي قال به الدكتور محمد عبد الجواد والدكتور حسبو الفزازي ، مشار إلى رأييهما لدى بولحية ، جميلة : **نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري" دراسة مقارنة "** ، جامعة الجزائر – معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية ، الجزائر ، 1983، ص 132 .

[335] مروك ، أحمد ، مرجع سابق ، ص 116 .

ودليل عدم إجازة الفسخ كنتيجة للتفاوض أن المبادئ تعتبر فشل المفاوضات سببا للجوء للمحكمة للتعديل أو الفسخ، فإذا كان الفسخ الاتفاقي مسموحا فلم قد يلجأ الأطراف للمحكمة بعد ذلك ؟! إنما الفشل في المفاوضات معناه الفشل في تعديل العقد، لأنه السبب الذي يستدعي تدخل المحكمة لتقرير التعديل وإلا فالفسخ، أما فشل التفاوض على الفسخ فغير متصور، فلو فرضنا أن الطرفين اتفقا على الفسخ ثم نازع في ذلك أحدهما لدى القضاء، فإن القضاء وإعمالا للنظرية سينظر إمكانية التعديل أولا ومن ثم الفسخ خيارا أخيرا، مما يغدو معه التفاوض على الاتفاق على الفسخ غير ذي جدوى.

وهذا أفضل مما تنص عليه شروط إعادة التفاوض في بعض الأحيان التي تعتبر العقد مفسوخا تلقائيا أو إنهاء العقد من جانب واحد في حال فشل المفاوضات، مما قد يتيح التعسف وتمتع الطرف القوي بمزية غير مستحقة له[336]، وينذر بانتهاء العقد مما يفوت هدف الشرط الأسمى وهو الحفاظ على العقد، وهنا يكمن دور مبادئ اليونيدروا وتميزها عن الشرط في الرغبة في الحفاظ على العقد قدر الإمكان عن طريق توجيه الأطراف لإعادة التفاوض وحفظ توازن العقد من أجل استمراريته وتقليل الفسخ قدر الإمكان من خلال صياغة نصوصها [337].

ولا شك أن شرط إعادة التفاوض المتضمن حق الأطراف في الفسخ مقدم على المبادئ، ويجب احترامه أما إن لم يتفق الأطراف على الفسخ فتطبق نصوص الهاردشيب التي تجعل الفسخ بيد القضاء أو التحكيم.

وبخصوص نظرية الظروف الطارئة الوطنية، فيبدو أن من حق الأطراف الاتفاق على فسخ العقد كحل رضائي " التقايل "[338] قبل اللجوء للقضاء، فلو نظرنا إلى القانون المدني في غزة لوجدنا عبارة " ... **جاز للمحكمة تبعاً للظروف أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك** ".

وحسب النص يختص القضاء بالتعديل دون الفسخ، وبالتالي جواز اتفاق الأطراف على الفسخ خاصة أن القضاء لا يقضي به، وكأن الظروف الطارئة على خلاف نظرية الهاردشيب تنزع

---

[336]Cachard ,Olivier : **LES CLAUSES DE HARDSHIP DANS LES CONTRATS MARITIMES PREVISIONS ET IMPREVISION , Cet article, paru dans la revue « Le Droit Maritime Français »**, de mai 2011, est tiré d'une communication , présentée lors de la Journée Ripert 2010 , p.6.

[337]Alfredo, Ferrante : **A short dissertation on the Unidroit Principles and their future perspectives** , The European Legal Forum (E) 5-2007 , P. 215 ,available at :www.european – legal – forum.com .

[338]انظر بلقاسم ، زهرة ، مرجع سابق ، ص 53 .

سلطة الفسخ من القضاء لتجعلها خيارا للأطراف، وهو اتجاه لا يعتقد الباحث بجدواه، ذلك أن الفسخ وهو الخيار الأشد تأثيرا على حياة العقد إذ ينفي وجوده يفضل أن يكون بيد القضاء في حالة الظروف الطارئة، وذلك أدنى إلى تحقيق العدالة وخوفا من إملاء المتعاقد القوي شروطه على الطرف الضعيف، فيكون الطرف القوي قد حاز سلطة على العقد أكبر من سلطة القضاء نفسه.

وعلى أي حال، في النظرية الوطنية لا يحق للأطراف الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا " الشرط الفاسخ" في حالة الظروف الطارئة، وذلك لتعلق النظرية في هذه الأنظمة القانونية – العربية تحديدا – بالنظام العام، وعدم جواز مخالفة ما ورد بشأن ذلك من عدم جواز الفسخ وحصر أثر هذه الظروف بالتعديل حصرا للقضاء [339].

وبذا يكون ثمة اختلاف بين حالة التقايل وحالة الشرط الفاسخ، إذ إن التقايل بعد وقوع الظرف الطارئ جائز في ظل النظرية الوطنية لأنه يجيء بعد وقوع الظروف وتنتفي مظنة التعسف والضغط على المدين [340]، أما الشرط الفاسخ فغير جائز لأنه يكون وقت الإبرام مدرجا في العقد ويخشى معه التعسف.

وجدير بالذكر أن الدائن في الظروف الطارئة الوطنية غير مجبر على التعديل فله المطالبة بفسخ العقد دون تعويض، ودون توقف على رضاء المدين لأن الفسخ أصلح له إذ يدفع ذلك عنه كل آثار الظرف الطارئ مقابل فوات مصلحة أقل للدائن من العقد [341]، بينما في المبادئ لا يوجد مثل هذا الخيار، بل هو مجبر على التفاوض، ثم المحكمة تقرر التعديل وأخيرا الفسخ أن لم يكن ثمة حلول، ولا يحق له الامتناع عن تنفيذ قرار المحكمة بالتعديل.

وهذا التوجه للمبادئ محمود، إذ إنه لا يصح إلغاء إرادة المدين الذي رغم تعرضه للظرف الشاق قد تكون مصلحته الاستمرار في العقد وتعديله وليس فسخه، وعليه فإن السماح للدائن بطلب الفسخ إلى المحكمة وإعفاءه من السعي لتعديل العقد فيه منافاة لغرض النظرية التي تسعى بادئ الأمر إلى الحفاظ على العقود قدر الإمكان.

---

[339] جوهري ، سعيدة : **سلطة القاضي في فسخ العقد** ، جامعة أكلي محند أولحاج ، كلية الحقوق والعلوم السياسية – قسم القانون الخاص ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون – تخصص عقود ومسؤولية ، 2012 / 2013 ، البويرة – الجزائر ، ص 95 .

[340] لطفي ، محمد حسام محمود : **النظرية العامة للالتزام " المصادر . الأحكام . الإثبات " دراسة تفصيلية في ضور آراء الفقه وأحكام القضاء** ، بدون طبعة ، القاهرة ، بدون دار نشر ، 2007 ، ص184 .

[341] مرقس ، سليمان ، مرجع سابق ، ص 360 ، وانظر الزقرد ، أحمد ، مرجع سابق ، ص 144.

الفرع الثاني: تعديل العقد

أولا: التعديل وفقا للمبادئ

خولت الفقرة 4 (ب) من المادة 6 – 2 -3 المحكمة سلطت تعديل العقد بهدف إعادة توازن الأداءات، وهنا تعمل المحكمة على توزيع الخسائر بين الطرفين بحيث تحفظ توازن العقد مع أخذها بعين الاعتبار طبيعة الظرف الشاق ويشمل التعديل تعديل الثمن، مع ضروة التنبه أن التعديل لن يعكس بالضرورة وضع العقد إلى إعادة التوازن بشكل كلي بحيث يستفيد منه الطرف المتضرر، فليست وظيفة نظرية الهاردشيب أن ترجع العقد كما كان قبل وقوع الظرف الشاق، بل إعادة التوازن للعقد بالقدر الذي يبقى مفيدا للطرف المتضرر منه وإن لم يحقق له الغاية المنشودة التي كان يأملها قبل وقوع الظرف، كما أن المحكمة يجب أن تضع في حسبانها مدى المخاطر الذي تحمله أحد الأطراف، والتحقق فيما إذا كان ثمة فائدة لأطراف العقد من وجوده [342].

وتطبيقا لذلك قررت المحكمة العليا في لتوانيا توزيع الخسائر بين طرفي العقد، وذلك تطبيقا لقواعد المشقة التي توفرت شروطها بحدوث خلل جورهي في توازن العقد، إذ أدت أزمة اقتصادية إلى تخفيض بدل الإيجار من 50 ليتا / المتر المربع إلى 30 ليتا / المتر المربع، الأمر الذي اعتبرته المحكمة خسارة فادحة لحقت بشركتي الإيجار في مواجهة شركة للخدمات الفندقية، وعليه قررت المحكمة توزيع الخسائر بين الطرفين [343].

ونص اليونيدروا على تعبير" التعديل" أفضل من النصوص الوطنية التي تنص على خيارات محددة أحيانا مما قد يدفع القضاء في هذه الأنظمة الوطنية إلى تبني فهم النصوص فهما ضيقا بحصر التعديل في حالة واحدة حتى لو كان النص واسعا، أما النص في اليونيدروا على التعديل فهو نص عام شامل يمنح القضاء بسط سلطته التقديرية في اختيار أفضل الحلول لظروف كل عقد، كالتعويض أو توزيع التكاليف أو رد الحقوق [344]، ويبدو أنه لن يكون للقضاء أو التحكيم

[342] انظر تعليقات المبادئ بالإنجليزية ، ص 221 .

[343] Supreme Court of Lithuania , No: 3K-3-256/2011, 31.05.2011 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1898&step=Abstract .

[344] Baranauskas , Egidijus and Zapolskis , Paulius , op.cit , p.210.

مطالبا برفع كل الإرهاق الذي يعاني منه المدين، إذ إن هدف النظرية هو إزالة الحد غير المألوف من المشقة عن كاهل المدين [345].

وبخصوص سلطة المحكمة في التعديل، قد تكون مهمة القضاء صعبة في هذا السياق، وذلك لأن التعديل يحتاج معرفة فنية بالمعاملات التجارية والمالية قد لا تتوافر لدى القضاء [346]، في حين تكون خبرة هيئات التحكيم أكبر من القضاء في الخبرة الفنية المالية، في ظل إمكانية اختيار محكمين اقتصاديين أو ما شابه ذلك، ومن ثم يكون المحكم أقل ترددا من القضاء في التعديل[347].

ثانيا: التعديل في الظروف الطارئة الوطنية

بداية وقبل اللجوء إلى القضاء يمكن لطرفي الالتزام الاتفاق على تعديل العقد بينهم ليتكيف مع الظروف الجديدة بعد وقوع الظرف الشاق [348]، وهذا يدل على إمكانية إعادة التفاوض في ظل النظرية التقليدية، غير امتناع أحد الأطراف عن التفاوض لا يرتب مسؤوليته، إذ هو تفاوض اختياري.

إن سلطة القاضي أو المحكم في إعمال نظرية الظروف الطارئة من حيث الآثار محدودة فله التعديل، إما بإنقاص التزام المدين أو زيادة التزام الدائن أو وقف تنفيذ العقد .

أ- زيادة التزام الدائن ، ويقوم القاضي في هذه الحالة بزيادة التزام الدائن في الحالة التي تزيد فيه التكاليف على المدين، لكي يصبح ثمة تناسب بين الالتزامين ، ومثاله أن تزيد قيمة المبيع زيادة كبيرة على المدين، فيقوم القاضي بزيادة الثمن على المشتري بمقدار متناسب مع ما زاد على المدين، ومعنى ذلك أن القاضي يقوم – فيما يجاوز الخسارة المعقولة التي يتحملها المدين وحده _ بتوزيع الإرهاق بين طرفي العقد بحيث يصبح متوازنا، فمثلا اذا حدثت زيادة في سعر المحروقات بأن أصبح اللتر الواحد 10 دنانير بعد ان كان 5 فإن

---

[345]MUÑOZ, Edgardo : **Impossibility, Hardship and Exemption under Ibero-American Contract Law**, 14 Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration , 2010 , p. 188, available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/munoz1.pdf.

[346]Horn , Norbert : **Procedures of Contract Adaptation and Renegotiation in International Commerce, in: Horn (ed.), Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance**, Antwerp, Boston, London, Frankfurt a.M. , 1985, p . 189 available at : http://www.trans-lex.org/130400/highlight_hardship .

[347]van Houtte , Hans, **Les Principes UNIDROIT et lArbitrage Commercial International, in: ICC (ed.), The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts - A New Lex Mercatoria?**, Paris, 1995, p . 192 , available at : http://www.trans-lex.org/117400/highlight_hardship .

[348]انظر بلقاسم ، زهرة ، مرجع سابق ، ص 54 .

القاضي فيما يجاوز ال5 دنانير يوزع الالتزام بين المدين والدائن فيصبح السعر على شركة المحروقات 7.5 دنانير، وبذلك يصبح ارتفاعا معقولا للطرفين، هنا زاد القاضي من التزام الدائن بما يناسب الزيادة في سعر المحروقات [349].

ب- إنقاص التزام المدين، ويقوم القاضي في هذه الحالة بتخفيض التزام المدين الذي انخفضت قيمة ما يؤديه للدائن، كأن يكون المدين ملتزما بتوريد كمية من الطحين للدائن، ثم تتعطل مصانع الطحين مما يلحق بالمدين ضررا بحيث لا يعود قادرا على توريد كل الكمية المتفق عليها، فيسمح له القاضي بتوريد كمية أقل من المتفق عليه بما يرفع عنه الإرهاق، أو يكون خفض التزام المدين ليس كميا بل نوعيا، بأن يؤدي بضاعة من صنف أقل جودة للدائن [350].

ت- وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال الظرف الطارئ إذا ارتأى القاضي أن الظرف إلى زوال[351].

مع الإقرار بحق القضاء توجيه الأطراف لإعادة التفاوض لكنه حل مهجور وغير معتبر، في حين من آثار الظرف الطارئ في المبادئ: إعادة التفاوض، ووقف التنفيذ –باتفاق الأطراف مقدما – وتوجيه المحكمة الأطراف للتفاوض، وتعديل العقد بغير ضوابط أو شكل معين للتعديل وهو أوسع بالتالي من التعديل في الظروف الطارئة، وأكثر من ذلك الفسخ الذي لا تعرفه الظروف الطارئة، وهو خيار أخير في المبادئ إن كان هو الخيار الوحيد الأصلح للعقد.

وفي الظروف الطارئة الوطنية ينحصر رد الإرهاق في رفع القدر غير المألوف منه، أما القدر المألوف فيتحمله المدين، إذ ليست غاية النظرية رفع كل المشقة، وإنما القدر المتجاوز للحد المعقول [352]، أما في المبادئ فلم يحصر النص التعديل بطريقة معينة، مما يوفر مرونة أكبر في خدمة مصالح الأطراف ويعطي سلطة تقديرية أوسع للقضاء في اتخاذ شكل التعديل المناسب والذي قد يكون رفع كامل المشقة عن المدين.

و " المعقول " في نطاق إعادة التوازن يختلف في الظروف الطارئة الوطنية عن "المعقولية " في المبادئ التي سبق بيانها، ذلك أن المعقول في الأولى هو الحد الذي يتوجب على المحكمة أن

---

[349] الترمانيني ، عبد السلام : **نظرية الظروف الطارئة " دراسة تاريخية ومقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوروبية وتطبيقات النظرية في تقنينات البلاد العربية** ، بدون طبعة ، بدون مكان نشر ، دار الفكر ، 1971 ، ص 166 – 167.

[350] المرجع السابق ، ص 167 .

[351] المرجع السابق ، ص 166 .

[352] انظر نقض مصري ، الطعن رقم 502 لسنة 39 جلسة 09/06/1975 س 26 ص 1163 ق 223 . وانظر نقض مصري ، الطعن رقم 142 لسنة 37 جلسة 20/12/1973 س 24 ع 3 ص 1320 ق 227 .

ترد الإرهاق إليه، أي هو ذلك المقدار من تنفيذ الالتزام الذي يكون معه معقولا إلزام المدين بأدائه، وبالتالي يشير المعقول هنا إلى فحص موضوعي للإرهاق وتعديله ليصل إلى حد التنفيذ الطبيعي للالتزام.

هذا خلاف ما أشير سابقا بخصوص المعقولية الواردة في الفقرة الرابعة من المادة 6.2.3 من المبادئ والتي هي فحص خارج حدود الالتزام إن صح التعبير، فهو فحص المحكمة لجدوى الخيارات المختلفة في إعادة التوازن والمفاضلة بينها بحيث تختار الأولى إعماله منها، وليس الأمر متعلقا بمعقولية موضوعية في فحص الإرهاق.

في نهاية الحديث عن شروط وآثار المشقة ومقارنة نصوص اليونيدروا وغيرها من المبادئ الموحدة يتضح أن نصوص اليونيدروا هي الأكثر شمولية ودقة وحماية لتوازن العقد، ولذا إذا نظرنا إلى اقتراح الأستاذة Kalina Varbanova بشأن تعديل نص CESL بخصوص الهاردشيب [353]، فإن من الملاحظ أن التعديل المقترح لا يعدو أن يكون اقتباس نص اليونيدروا وإدراجه تحت لواء المادة 89، الأمر الذي يعني أفضلية مبادئ اليونيدروا وتفوقها على نظيرها عموما، وفي تنظيم الهاردشيب خصوصا .

وبخصوص معنى "if reasonable" أو "ما دام ذلك معقولا" تجدر الإشارة إلى أنه رغم تقرير اليونيدروا خيارين أمام المحكمة هما الإنهاء والتعديل، إلا أنه يستنبط ضمنا توافر حلول أخرى مثل توجيه الأطراف إلى التفاوض وفق رؤية تطرحها المحكمة أو التأكيد على بنود العقد التي يتوصلون إليها [354]. ولكن يجب فهم أولية إحدى هذه الخيارات على الآخر.

ويمكن القول إن المبادئ أرادت بتعبير" **المعقولية** " أنه يشترط لتوجه المحكمة إلى أحد الخيارين المطروحين أي الإنهاء أو التعديل أن يكون ذلك " **مجديا** " أي بمعنى ضرورة أن يكون أحد هذين الحلين هو الأنسب لحل النزاع ولتحقيق مصلحة الأطراف إما بالتعديل كونه يحافظ على العقد في الحالة التي ترى المحكمة أن العقد لا زال مفيدا للأطراف وأن إعادة

---

[353] Varbanova , op.cit , p. 33 - 34 .

[354] انظر تعليقات المبادئ بالانجليزية ، ص220 ، وانظر : Jenkins , Sarah Howard : **Exemption for Nonperformance: UCC, CISG, UNIDROIT Principles -- A Comparative** , Assessment , 72 Tulane Law Review , 1998 , p. 2029. available at :http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/jenkins.html .

التوازن ممكنة، وإما بالإنهاء لأنه لم يعد للأطراف فائدة مرجوة من العقد كأن ينتفي الغرض الذي من أجله تم التعاقد [355].

ويفهم من هذا التعبير أن خيار الإنهاء يجب أن يكون الخيار الأخير الذي ينبغي إعماله بعد فوات إمكانية التوجيه إلى إعادة التفاوض [356]، ولذلك يتعين على المحكمة بادئ الأمر أن توجه الأطراف إلى إعادة التفاوض بتوصية منها وبكيفية تراها مناسبة للوصول إلى حل، لأن أهم خيار تعتمده المبادئ هو إعادة التفاوض بغية الاتفاق على تعديل ملائم، مع إمكانية أن تقرر المحكمة وقف تنفيذ العقد أثناء التفاوض بغية تجنب إرهاق المدين من التنفيذ، خاصة أن المحكمة في هذه الحالة لن تخشى مناورات المدين أو سوء نيته ما دام تأكد لها توفر المشقة، أما إن لم تر المحكمة جدوى من إعادة التفاوض فتتوجه للخيار الآخر الذي يساهم في الحفاظ على العقد ألا وهو التعديل أو التأكيد على بنود العقد وإلزامهم بها حين ترى أن إعادة التفاوض لن يؤدي إلى نتيجة .

لذا فالخيار بين التعديل وتوجيه الأطراف لإعادة التفاوض يخضع لتقدير المحكمة حسب كل حالة، وأخيرا إن لم تجد مجديا إعادة التفاوض أو التعديل من تلقاء نفسها أو غيره من الحلول فسوف تتخذ خيار الإنهاء، فلا يصح فهم الفقرة (أ) و (ب) من المادة 6-2 -3 (4) بأن القضاء له سلطة الاختيار بينهما مطلقا، بل ينبغي فهم ذلك أن الإنهاء هو آخر الحلول ولا يلجأ إليه القضاء إلا إذا كان تعديل العقد مستحيلا وغير مجد، وهذا الفهم يتسق مع أهداف النظرية في الحفاظ على العقد.

وبناء عليه، ما دام إعادة التفاوض واجبا على الأطراف وواجبا على التحكيم أو القضاء حين يرى أولوية توجيه الأطراف للتفاوض، فإن هذا يكفل بدرجة كبيرة تلاقي الأطراف بحيث قديتفقون على حلول تحقق عدالة أكبر من نظرية الظروف الطارئة التقليدية التي لا تلزم القاضي برفع الضرر عن المدين، بل رد الالتزام المرهق للحد المعقول .

---

[355] Bonell , Michael Joachim : **An International Restatement Of Contract Law – The Unidroit Principles Of International Commercial Contracts** , 3rd ed incorporating the unidroit principles 2004 , transnational publishers , inc. Ardsley , New York , USA , p.120.

[356] Alfredo, Ferrante, op .cit .

وانظر في هذا الصدد : ICC International Court of Arbitration , No. 10021 , 2000 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=832&step=FullText

هذا الحكم أشار إلى أن إنهاء أحد أطراف العقد كان غير صحيح – حتى لو قيل بتوفر المشقة – وذلك لأن الإنهاء جاء فورا ودون اللجوء لإعادة التفاوض قبل الإنهاء، إضافة إلى مخالفة الفترة المعقولة في المادة 8.1.5 من المبادئ باعتبار أن الإنهاء الفوري لا يمكن أن يكون معقولا حسب فهم المادة .

ووفق مشروع قانون الالتزامات الفرنسي يظهر التأكيد على أسبقية خيار إعادة التفاوض والتعديل على خيار الفسخ، فيكون الفسخ إن لم تجد بقية الحلول [357]، وهو ما يعتقد الباحث بضرورة فهم نص المبادئ على ضوئه.

وأمر آخر قد يراه القضاء أو التحكيم وهو وقف تنفيذ العقد، أي تعليق الالتزامات لحين زوال الحادث دون مساس بجوهرها، وهذا يكون في الحالة التي تعتقد فيها المحكمة أن الحادث إلى زوال قريب، فتقرر وقف التنفيذ مدة محددة إلى أن يزول ثم يستأنف التنفيذ [358] .

ووقف التنفيذ هنا لا يتناقض مع تبني المبادئ مبدأ استمرارية تنفيذ العقد من قبل الطرف المتضرر وعدم جواز الوقف بمجرد طلب إعادة التفاوض، لأن تقرير المحكمة أو التحكيم للوقف إنما يكون بعد التحقق من توفر المشقة، وبالتالي إصدار قرار مع توفر اليقين القطعي بتحققها مما تنتفي معه العلة التي لأجلها منع المتضرر من الوقف وهي المناورات التكتيكية وإمكانية عدم صدقه بادعاء توفر المشقة.

كما تجدر الإشارة أنه لا يحق للمحكمة أن تتصدى لإنهاء العقد أو تعديله من تلقاء نفسها، وإنما يجب أن يكون ذلك بناء على طلب الأطراف [359]، وهذا يعني أن أحكام المشقة ليست من النظام العام، وقد سبق بيان إمكانية استبعاد أحكام المشقة من قبل الأطراف. ولا يحق للمحكمة كذلك أن تفرض على الأطراف عقدا جديدا [360] .

وقد تقضي المحكمة بعدم توافر حالة المشقة، وبالتالي إلزام المدين بتنفيذ العقد الأصلي كما اتفق عليه [361] .

كمثال على التفضيل بين الإنهاء والتعديل، لنفرض أن (أ) تعهد ل(ب) بتزويده بمشروبات كحولية لمدة 3 سنوات في بلد معينة، وبعد مضي سنتين من انعقاد العقد صدرت تشريعات في دولة الطرف (ب) تمنع استيراد المشروبات الكحولية والتعامل بها، وفور ذلك تمسك (ب) بتوافر الهاردشيب وطلب إعادة التفاوض مع (أ) إلا أن الأخير رغم إقراره بالهاردشيب إلا أنه لم يوافق على التعديل المقترح من قبل (ب) ، فلجأ الأخير للمحكمة ، وهنا للمحكمة سلطة

---

[357] الخصاونة، علاء الدين ، مرجع سابق ، ص 666 .

[358] مقبول، حنين أمين: **دور التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية** ، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة بيرزيت – كلية الحقوق والإدارة العامة ، 2014– 2015 ، ص 96 .

[359] Dawwas , Amin , op.cit , p.19 .

[360] Nassar , Nagla : **Sanctity of Contracts Revisited** , Dordrecht, Boston, London , 1995 , p.174 - 175 , available at : https://www.trans-lex.org/105700.

[361] Dawwas , amin , op.cit , p.19 .

التقدير، فإذا كان (ب) يستطيع توريد الشحنات إلى دولة مجاورة لدولته فقد تتمسك المحكمةبقاء العقد وتعديل الثمن المتفق عليه بينهما، وإن لم يكن بإمكان (ب) التوريد لدولة أخرى فقد تنهي المحكمة العقد وتلزم (ب) بدفع ثمن الشحنة التي لا تزال في الطرق ل(أ) [362].

المبحث الثاني: آفاق تطبيق نظرية الهاردشيب في القانون الوطني

يعالج هذا المبحث مدى إمكانية تطبيق نصوص المشقة وفق المبادئ في القانون الوطني وتحديدا هنا الحديث عن القانون الفلسطيني مثالا للقوانين العربية، بحيث يعالج المطلب الأول الوضع القانوني لنظرية الظروف الطارئة لمعرفة مدى توفر أرضية قانونية صالحة لتطبيق نصوص المبادئ، ولذا يأتي الفرع الأول ببيان الوضع القانوني لنظرية الظروف الطارئة في الضفة في ظل مجلة الأحكام العدلية، ومن ثم يتناول الفرع الثاني الوضع القانون للنظرية في ظل القانون المدني النافذ في غزة.

أما المطلب الثاني فيتناول إشكاليات تطبيق نظرية الهاردشيب من خلال التطرق في الفرع الأول إلى الصعوبات التي تواجه التطبيق، وفي الفرع الثاني الحلول الممكنة للتطبيق في ظل الصعوبات.

المطلب الأول: الوضع القانوني لنظرية الظروف الطارئة في ظل القانون الفلسطيني

يختص هذا المطلب بتوضيح وضع نظرية الظروف الطارئة في الضفة الغربية وغزة، حيث أنه لا يخفى اختلاف التنظيم القانوني للنظرية في كل من الضفة النافذ فيها مجلة الأحكام العدلية، وغزة النافذ فيها القانون المدني الفلسطيني، مما يعني ضرورة تمييز الفروق بين وضع النظرية في كل منهما وبيان أكثرها تقبلا لتطبيق النظرية.

الفرع الأول: الوضع القانوني في ظل مجلة الأحكام العدلية

بداية، إن مجلة الأحكام العدلية رغم عدم احتوائها نصا عاما شاملا يعالج الظروف الطارئة[363]،إلا أنها أوردت تطبيقات محددة تعالج حالات في ما تسمى "الأعذار الموجبة للفسخ"،فالمادة 443 كنص عام تنص على أنه "لو حدث عذر مانع لإجراء موجب العقد تنفسخ الإجارة " .

---

[362]مثال وارد في تعليقات المبادئ بالإنجليزية ، ص 221 .

[363]انظر حكم التمييز الأردنية رقم 1978/357 بتاريخ 1978/11/28 متوفر على الإنترنت :
http://www.lawjo.net/vb/showthread.php?8227 إذ قضت أنه "ليس في مجلة الأحكام العدلية ما يمكن أن يستفاد منه أن واضع القانون قد اخذ بنظرية الظروف الطارئة و اوجب تطبيقها، وإنما استحدثت هذه النظرية لأول مرة في المملكة بالقانون المدني الجديد كما هو واضح من المادة 205 من هذا القانون .. ".

هذه التطبيقات في مجال عقد الإيجار يمكن اعتبار بعضها مشابها لنظرية الظروف الطارئة من حيث الشروط، وأكثر هذه التطبيقات وضوحا ما ورد في شرح درر الحكام للمادة 441 في إيراد حالات نص عليها الشرح أحدها يقترب من الظروف الطارئة من حيث الشروط والآخر يقترب من القوة القاهرة،ومثال على الأولى "إذا أجر الوقف بأجرة مساوية لأجر المثل في وقت الإيجار ثم ارتفعت الأجرة ارتفاعا فاحشا وتزايدت تزايدا كبيرا عن ذي قبل في خلال مدة الإجارة انفسخت الإجارة"[364]. ومثال على الثانية ما ورد في متن شرح المادة 443 فيما يسمى الآفة السماوية أنه "إذا استأجر حصادين للحصاد فتلف الزرع بآفة سماوية كنزول برد واجتياح جراد انفسخت الإجارة"[365].

أما المالكية فقد عرفوا تطبيقا آخر يقضي بوضع الجائحة بمعنى الإنقاص من الثمن بقدر ما تلف من الثمار يقترب من مفهوم الظروف الطارئة من حيث الشروط والأثر إذ يتقرر تعديل العقد بإنقاص الثمن بقدر التلف وليس فسخ العقد كالتطبيقات السابقة[366]، وهذه الحالة غير واردة في المجلة إذ إن الحنفية لم يأخذوا بالجائحة.

ورغم أنه يمكن القول أن المجلة تضمنت أحكاما عملية تفصيلية وليس نظرية عامة، وإنه قد يقول قائل بإمكانية استخلاص قاعدة عامة من هذه التطبيقات باعتبار أن المجلة كثيرا ما تورد نصوصا تفصيلية لمعالجة حالات محددة دون وجود نظرية تنظم الموضوع، إلا أنه من الصعوبة البالغة توحيد هذه التطبيقات القليلة لصياغة نظرية عامة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى إن هذه التطبيقات أصلا ليس محسوما أنها الوجه الحقيقي لنظرية الظروف الطارئة، لأنها وإن تشابهت مع الظروف الطارئة في الشروط فهي تظل تتضمن الفسخ على غرار القوة القاهرة بالمفهوم التقليدي[367]، ونقصد بالفسخ هنا ليس الفسخ الذي قد يكون خيارا للقضاء وفق القوانين الوطنية، بل الانفساخ بتعبير أدق، أي أن المجلة تقرر الانفساخ بقوة القانون في حال تحققت شروط الأعذار، مما يبعد هذه التطبيقات عن نظرية الظروف الطارئة التي دائما ما تحرص على الحفاظ على العقد وليس فسخه أو انفساخه .

---

[364]حيدر، علي : **درر الحكام ، المجلد الأول " البيوع والإجارة والكفالة "** ، الرياض ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ، 2003 ، ص 483 .

[365]المرجع سابق ، ص489 .

[366]بلقاسم ، زهرة ، مرجع سابق، ص 13 .

[367]يقوتة ، مزوغ : **نطاق مبدأ نسبية العقد بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري** ، رسالة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة وهران أحمد بن بلة - كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية – قسم العلوم الإسلامية ، الجزائر ، 2014 – 2015 ، ص 132 .

وهنا تتشابه الحالة الأولى المذكورة المتعلقة بأجرة الوقف مع الظرف الطارئ إذ تشترك معه في عدة شروط هي:

1- حدوث الظرف الشاق بعد إبرام العقد، ويتضح ذلك من عبارة " ثم ارتفعت الأجرة ... عن ذي قبل".
2- عدم إمكانية التوقع، وذلك يفهم ضمنا ما دام كانت أجرت بثمن المثل الذي هو المعروف في عرف الناس للشيء من ذات القيمة ثم ارتفع ارتفاعا فاحشا مما يعني عدم توقع هذا الارتفاع بدليل وصفه بكونه " فاحشا ".
3- يؤدي إلى إرهاق المدين، فالمستأجر هنا سيتحمل إرهاقا كبيرا نتيجة الزيادة الهائلة في الأجرة، وقد ورد في شرح المادة في المجلة أن الزيادة الفاحشة هي التي تبلغ نصف البدل الأول[368]، وهذا المقدار من الزيادة يتشابه مع المقدار القيمي الذي يجري به العمل في مبادئ اليونيدروا للقول بتوافر مشقة.
4- العمومية، وذلك باعتبار أن الأجرة بشكل عام تزايدت تزايدا كبيرا وليس على المدين وحده[369].

إلا أن أثر هذا الحادث الاستثنائي مختلف عن آثار نظرية الظروف الطارئة لأن الحالة هذه توجب انفساخ العقد بقوة القانون، أي وكأن القاضي يعاملها معاملة القوة القاهرة التقليدية التي تؤدي لاستحالة التنفيذ، على الرغم من أن الحالة توحي بإرهاق المدين وليس استحالة التنفيذ، على غرار آثار الظروف الطارئة التي تجيز للقضاء تعديل العقد وليس الفسخ، مع العلم أن دور القضاء كاشف وليس منشئ لأن الانفساخ تم بموجب القانون.

أما الحالة الثانية وهي الآفة السماوية والجراد، فهي تتشابه مع القوة القاهرة في أنها تجعل تنفيذالالتزام مستحيلا، إذ الحالة تتحدث عن "تلف الزرع"، والتلف معناه استحالة تنفيذ الالتزام بالحصاد، وهنا يستحيل تنفيذ الالتزام مع توفر شروط العمومية وعدم إمكانية التوقع وحدوث الظرف بعد الإبرام، والجزاء هنا أيضا انفساخ الإجارة بقوة القانون.

ويبدو أن المجلة تساوي في الأثر المترتب على تطبيقات شبيهة بالظروف الطارئة وأخرى بالقوة القاهرة، فتجعل الحكم هو الانفساخ مما يبعد الحالتين عن الظروف الطارئة فيالقانون

---

[368] حيدر ، علي ، مرجع سابق ، ص 483 .
[369] علي ، سعيد السيد : **نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)** ، بدون طبعة ، القاهرة ، دار الكتاب الحديث ، 2006 ، ص 263.

المدني في غزة والقوانين العربية عموما، مما يمكن معه القول افتقار مجلة الأحكام لنص عام يعالج الظروف الطارئة ويضع شروطا محددة وأثرا محددا لحدوثها.

وإذا كانت المجلة لا تحتوي نصا عاما يشكل " نظرية " في الظروف الطارئة إلا أن القاضي يمكن أن يلجأ إلى المبادئ العامة فيها والتي تتضمن رفع المشقة وإزالة الضرر ومن أمثلتها المواد (17، 18 ، 20 ، 31 ، 82 ، 83) حتى وإن لم يدرج الأطراف شرط المشقة في العقد، وذلك استنادا إلى العدالة المستوحاة من مبدأ إلزامية العقد.

وتأسيسا على ذلك وفي ظل غياب نظرية للظروف الطارئة فإن إمكانية تطبيق نظرية الهاردشيب بموجب مبادئ اليونيدروا ستكون أكثر سهولة مقارنة بالقوانين التي تتضمن نصوصا يثار معها الجدل في إمكانية معالجة حالة ما بأكثر من نص، النص الوطني والنص الدولي ، ولذا ففي إطار المجلة وفي حال عدم وجود شرط المشقة في العقد، ما المانع من تطبيق مبادئ اليونيدروا بنصوصها المتعلقة بالهاردشيب استنادا إلى حالة من حالات تطبيقها المتمثلة في إكمال النقص أو سد ثغرة في القانون الوطني، وهو تماما حال مجلة الأحكام في غياب مواجهة الظروف الطارئة ، فهل يترك المدين – في حال عدم الاتفاق على شرط المشقة – بلا غطاء قانوني يكفل مواجهة الظروف الشاقة ؟

إذن الأجدر إعمال الهاردشيب في ظل غياب هواجس معارضة النظام العام، بل علاوة على ما ذكر سيكون هذا التطبيق مدعوما بنصوص المجلة العامة ذاتها التي تستند للعدالة والتخفيف ورفع المشقة .

الفرع الثاني: الوضع القانوني في ظل القانون المدني في غزة

نصت المادة (151) من القانون المدني في غزة على أنه " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، أصبح مرهقاً للمدين، يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعاً للظروف أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك ".

تجدر الإشارة مقدما إلى أن نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني في غزة - وهي تصلح مثالا للنظرية في القوانين العربية تحديدا - وإن كانت تختلف عن نظرية الهاردشيب، إلا أن ثمة عدة ملامح تشابه بين النظريتين خاصة وأن اليونيدروا كما سبق بيانه هي دمج لنظرية الظروف الطارئة بمضامين الشروط الموجودة في الممارسات العقدية أي " شرط إعادة التفاوض "،

وبالتالي ثمة تقارب في بعض الأمور، مثل إعادة التفاوض كخيار ضمني بيد القضاء – رغم عدم وجوبه بين الأطراف أنفسهم خلاف اليونيدروا التي تلزم بالتفاوض من غير تدخل القاضي –وكذلك وجود أرضية للقول بخيار الفسخ الموجود في عدة تطبيقات تشريعية خاصة بالعذر الطارئ في عقد الإيجار وإن كان الفسخ غير معترف به في النظرية العامة ، فالمادة 618(2) من القانون المدني في غزة تنص على أنه " إذا أصبحت العين المؤجرة في حالة من شأنها أن تعرض صحة المستأجر أو من يقيمون معه أو مستخدميه أو عماله **لخطر جسيم**، جاز للمستأجر أن يطلب **فسخ العقد** أو إنقاص الأجرة بقدر ما نقص من الانتفاع مع التعويض في الحالتين إذا كان لذلك مقتضى ".

وكذلك المادة 623 (2) من القانون المذكور"إذا كان هلاك العين جزئياً أو إذا أصبحت في حالة لا تصلح معها للانتفاع الذي أجرت من أجله، أو **نقص هذا الانتفاع نقصاً كبيراً** ولم يكن للمستأجر يد في ذلك جاز له إذا لم يقم المؤجر في ميعاد مناسب بإعادة العين إلي الحالة التي كانت عليها أن يطلب تبعاً للظروف، إما إنقاص الأجرة، **أو فسخ الإيجار**، دون إخلال بما له من حق في أن يقوم بنفسه بتنفيذ التزام المؤجر وفقاً لأحكام المادة السابقة " .

هذه التطبيقات الخاصة بالعذر الطارئ المرهق للمدين عرفت الفسخ وعرفت كذلك إسقاط شرط العمومية في ظروف خارجة عن سيطرة المدين وتعتبر حالات خاصة تطبق بدون توسع، وبالتأمل في هذه التطبيقات نجد أن الفسخ ليس خيارا مهجورا في التشريع في حالة الظروف الطارئة، ولكن بما أن النص العام هو الحاكم على النصوص الخاصة فحبذا لو ينص المشرع على الفسخ في النظرية العامة مستفيدا منه في التطبيقات الخاصة ونفس الأمر بالنسبة لشرط العمومية، مع وجود تطبيق تشريعي آخر في عقد المقاولة يتضمن خيار الفسخ مع اشتراط العمومية هنا في المادة 753من القانون المذكور" يجوز للمحكمة أن تقضي بزيادة البدل أو **بفسخ العقد** إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من صاحب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية **عامة** لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقرير المالي لعقد المقاولة".

وبالاطلاع على ما سبق يتضح أن الهاردشيب نظرية مميزة لأنها تقرر الفسخ الذي قد يكون الحل المناسب لتوازن العقد، وكذلك عدم اشتراط العمومية كما سبق شرحه مما يعني أن الهاردشيب وسعت نطاق نظرية الظروف الطارئة لتشمل حالات أكبر، فلو كانت نظرية الهاردشيب متبناة في القانون المدني في غزة على سبيل المثال لن يكون ثمة داع لكل التطبيقات

التشريعية الخاصة ما دامت ستكون معالجة في النظرية العامة الشاملة وبالتالي توحيد الحكم على كل الحالات المنطبقة عليها شروط النظرية بدلا من التشتت في تطبيقات مختلفة، وكذلك فإن نظرية الهاردشيب احتوت كل الخيارات التي من الممكن أن يتفق عليها الأطراف بحيث جمعت خلاصة ما في الممارسات العقدية من حلول ورسختها في نظرية.

وإلى حين تبني المشرع أحكام الهاردشيب سواء في ظل مجلة الأحكام أو القانون المدني في غزة، لا بد من العمل على إعمال الهاردشيب كونها تكمل القوانين الوطنية وذلك في حالات عدة يأتي بيانها تباعا في ظل الإشكاليات التي ترافق التطبيق.

المطلب الثاني: إشكاليات تطبيق أحكام الهاردشيب في القانون الوطني

تطبيق أحكام المشقة في القانون الفلسطيني يعتريه بعض الصعوبات التي يعالجها الفرع الأول، ويأتي الفرع الثاني ليعالج الحلول الممكنة لتطبيق أحكام المشقة رغم وجود الصعوبات على النحو التالي.

الفرع الأول: الصعوبات

ثمة بعض الصعوبات التي تحتويها نصوص قانون التحكيم الفلسطيني النافذ والتي تعيق تطبيق أحكام المشقة وفق المبادئ، والتركيز هنا على التحكيم باعتباره الوسيلة الشائعة لحل النزاعات التجارية الدولية أو المحلية في المجال التجاري، ونزوع الأفراد نحو التحكيم تجنبا لتعقيد القضاء التقليدي، وفيما يلي بعض المشكلات المذكورة.

أولا: عدم جواز اختيار الأطراف قانونا يحكم النزاع في التحكيم المحلي

حصر قانون التحكيم الفلسطيني حق الأطراف في اختيار قانون يحكم النزاع في حالة التحكيم الدولي فقط[370]، إذ نصت المادة 19 من القانون المذكور على أنه " 1- يجوز للأطراف في التحكيم الدولي الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن لم يتفقوا تطبق هيئة التحكيم القانون الفلسطيني. 2- ... " .

ولذا ستكون النظرية المطبقة في حالات الظروف الطارئة هي نظرية الظروف الطارئة في القانون الوطني حصرا .

---

[370] شندي ، يوسف : **التحكيم الداخلي والدولي في ظل قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 " دراسة مقارنة "** ، ط 1 ، بيرزيت – فلسطين ، كلية الحقوق والإدارة العامة – جامعة بيرزيت ، 2014 ، ص 275 .

ثانيا: عدم جواز اختيار الأطراف قواعد موضوعية تحكم النزاع في التحكيم الدولي

الأصل أنه من حالات تطبيق المبادئ في النظم الوطنية حالة اختيار مبادئ اليونيدروا كقانون يحكم العقد، إذ إن ديباجة المبادئ تتضمن هذه الحالة من حالات التطبيق، إذ إن هيئات التحكيم تتمتع بمرونة في تطبيق القانون الذي يحكم العقد، ومن ضمن هذه الحالات اختيار الأطراف " قواعد قانونية تحكم العقد " لأن المحكم يكون في وضع أسمى من الخضوع لقوانين وطنية، ففي هذه الحالة لن يكون ثمة عائق أمام تطبيق نصوص الظروف الشاقة[371].

وكذلك إمكانية اختيار الأطراف ضمنيا لمبادئ اليونيدروا وذلك عن طريق اختيار المبادئ العامة في القانون التجاري الدولي أو قانون التجار، مما يمكن معه للمحكم تطبيق اليونيدروا باعتبارها تشكل جوهر قانون التاجر lex mercatoria في الوقت الحاضر، وفي هذه الحالة أيضا سيكون ممكنا تطبيق نصوص اليونيدروا بخصوص الظروف الشاقة، باعتبار أن مبادئ اليونيدروا تمثل المرجعية العليا والأهم من ضمن lex merctoria فهي مقدمة على الاتفاقيات والقوانين الموحدة المعالجة لحالات مشابهة للظروف الشاقة كاتفاقية فيينا 1980 التي نظمت "العائق" كمصطلح في تعبيرها عن مشقة التنفيذ [372].

ولكن بالنظر إلى المادة 19 من قانون التحكيم الفلسطيني، نجد أنها تحدثت عن اختيار الأطراف "للقانون الواجب التطبيق"، دون التطرق لاختيار "قواعد قانونية"[373]، مما يعني حصر الاختيار في قانون دولة معينة، ولذا لن يتمكن الأطراف من اختيار مبادئ اليونيدروا لتحكم العقد، أو حتى اختيار " أعراف أو مبادئ قانونية " تسمح بتطبيق اليونيدروا ومن ثم أحكام المشقة[374].

ورغم ذلك فقد نصت المادة 36 من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه "يحق لأطراف النزاع تفويض هيئة التحكيم بإجراء الصلح بينهم وفقا لقواعد العدالة.. " .

---

[371]MARRELLA , Fabrizio : **Lex Mercatoria and the UNIDROIT Principles: a Shock or a New Chapter of Contemporary Private International Law** , p.80 , available at : http://www.trans-lex.org/bibliopdfs/fabrizio_marrella.pdf .

[372]Kyle, Winnick :**INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, ANTICIPATORY REPUDIATION, AND THE LEX MERCATORIA** , Trinity College, 2009; J.D.Candidate, Benjamin N. Cardozo School of Law, 2014. P. 887 .

[373]انظر كذلك قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري في المادة 198 / 2 إذ نصت على أنه " إذا تم الاتفاق على التحكيم في قطر ، كانت قوانين قطر هي الواجبة التطبيق على عناصر المنازعة ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك " ، وكذلك المادة 73 من قانون التحكيم التونسي الصادر لسنة 1993 التي أشارت إلى مصطلح " القانون " ولم تشر إلى مصطلح " قواعد قانونية " .

[374]شندي ، يوسف ، مرجع سابق ، ص 275 – 276 .

ويلاحظ التضارب في استخدام المصطلحات، ففي المادة 19 منع الأطراف من اختيار " قواعد قانونية "، في حين سمح لهم بموجب المادة 36 تفويض هيئة التحكيم بإجراء الصلح وفقا لقواعد العدالة مما يسمح لهيئة التحكيم باختيار قواعد قانونية لتطبقها على النزاع استنادا لسلطتها في الحكم ب "العدالة " .

وأمر آخر، نصت المادة 43 من قانون التحكيم التي تطرقت لأسباب الطعن بقرار التحكيم وتحديدا الفقرة الخامسة على أن من أسباب الطعن " إساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم أو مخالفتها لما اتفق عليه الأطراف من تطبيق قواعد قانونية على موضوع النزاع أو خروجها عن اتفاق التحكيم أو موضوعه " .

يلاحظ استخدام مصطلح " قواعد قانونية " في المادة، وهو ما لا يتسق مع نص المادة 19، فكيف يكون من أسباب الطعن مخالفة " قواعد قانونية " اختارها الأطراف إذا لم يكن جائزا أساسا وفق المادة 19 اختيار هذه القواعد القانونية؟!

يتضح أن المشرع لم يستقر على مصطلح موحد مما خلف مشكلة في التطبيق، وإن الحق والأقرب لروح العدالة أن يفسر هذا التناقض لصالح الأطراف، بمعنى جواز اختيار " قواعد قانونية لتحكم النزاع "، حيث يتسق هذا التوجه مع كثير من القوانين المقارنة[375] .

ثالثا: وجوب تطبيق القانون الفلسطيني في حال عدم اختيار الأطراف قانونا يحكم النزاع

كأصل عام يمكن تطبيق المبادئ في حالة عدم اختيار أطراف التحكيم قانونا يحكم العقد فهذه من ضمن الحالات التي تسمح للمحكم تطبيق مبادئ اليونيدروا وبالتالي نصوص الظروف الشاقة على العقد [376]، باعتبار المحكم يتمتع بسلطة أوسع من سلطة القاضي في تطبيق المبادئ الدولية والاتفاقيات والأعراف وغيرها.

ولكن في ظل نص المادة 19 من قانون التحكيم سواء في التحكيم الدولي الذي يجري خارج فلسطين، أو التحكيم الدولي الذي يجري داخل فلسطين، فإن من الواجب على هيئة التحكيم في الحالة الأولى إن لم يختر الأطراف قانونا يحكم النزاع تطبيق أحكام القانون الفلسطيني، وفي الحالة الثانية تلزم هيئة التحكيم بتطبيق القواعد الموضوعية التي تشير إليها قواعد الإسناد

[375]انظر على سبيل المثال المادة (36 / أ) من قانون التحكيم الأردني التي نصت على أنه " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان " ، وكذلك المادة (39) من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 على أنه " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان ... " .
[376]انظر ديباجة المبادئ .

الفلسطينية مع عدم تطبيق قواعد الإحالة إلا إذا أشارت إلى تطبيق القانون الفلسطيني، وهي إحالة على درجة واحدة [377].

وبالنسبة للفقرة الأولى من المادة فقط اشترط – بلا مبرر– تطبيق أحكام القانون الفلسطيني في حالة التحكيم الدولي الذي يجري خارج فلسطين حين عدم اتفاق الأطراف على قانون معين، وكان أجدر بالمشرع ألا يشترط هذا الشرط كون التحكيم خارج فلسطين وبالتالي لا مسوغ لتطبيق القانون الفلسطيني ما دام غير ذي صلة بالنزاع[378].

وثمة انتقاد شديد أيضا يوجه لنص الفقرة الثانية من المادة 19 التي تتطلب إعمال الإحالة من درجة واحدة رغم عدم وجود قواعد إسناد كافية لتعيين القانون الواجب التطبيق، وأيضا عدم إقرار مشروع القانون المدني الفلسطيني في الضفة إلى الآن، فلا يمكن والحالة هذه إعمال نص الفقرة المذكور[379].

وبالتالي حسب المادة 19 سيكون القانون الفلسطيني حصرا هو المطبق في حالة عدم اختيار الأطراف قانونا يحكم النزاع ومن ثم وجوب إعمال نظرية الظروف الطارئة في ظل عدم قدرةهيئة التحكيم اختيار قواعد قانونية كمبادئ اليونيدروا لتحكم النزاع.

وأخيرا، في ظل المشكلات في المادة 19 إما من حيث مخالفة السائد في النظم المقارنة أو من حيث تناقض المصطلحات بينها وبين نصوص أخرى في قانون التحكيم ولحين رفع هذا التناقض إما بتعديل النصوص أو بتفسيرها لمصلحة الأطراف بالسماح لهم "باختيار قواعد قانونية " والسماح قبله باختيار قانون يحكم النزاع في التحكيم المحلي، يجد الباحث حلولا في ظل الوضع الحالي للنص تسمح بتطبيق أحكام المشقة بموجب المبادئ، والتي تأتي تباعا.

---

[377] شندي ، يوسف ، مرجع سابق ، ص 281.
[378] المرجع السابق ، نفس الصفحة.
[379] المرجع السابق ، ص 281 – 282 .

الفرع الثاني: الحلول

ثمة بعض الحالات الممكنة لتطبيق أحكام المشقة في ظل مجلة الأحكام والقانون المدني في غزة على النحو التالي.

أولا : حالة الظرف الشاق الخاص بالمدين

1- في ظل القانون المدني في غزة

إذا كان النزاع في ظل القانون المدني في غزة فالمسألة أكثر تعقيدا، ذلك أنه توجد نظرية الظروف الطارئة التي تحكم موضوع النزاع، ولكن وبما أن إيراد شرط المشقة في العقد يجعله مقدما على تطبيق الظروف الطارئة– ما دام لا يعارض مقصدها ومضمونها – فإن غياب الاتفاق على هذا الشرط سيعني تطبيق نظرية الظروف الطارئة المتبعة في القوانين الوطنية، ولكن تطبيق هذه النظرية قد لا يكون هو الحل الأمثل، خاصة في ظل اشتراط هذه النظرية شرط العمومية الذي هو حقيقة شرط منتقد، فما دام أن هدف النظرية هو تحقيق العدالة بإعادة توازن الالتزامات في العقد بما يرفع الجور عن الطرف المتضرر، فما الحكمة إذن من اشتراط العمومية بأن يطال الظرف طائفة من الناس ما دام الإرهاق متحققا في الفرد الواحد [380] ؟

هذا عدا أن من القوانين الوطنية ما نص على تطبيقات تشريعية للظروف الطارئة لا تعتد بشرط العمومية كالقانون المدني في غزة، وهذا يوحي بتردد المشرع في اشتراط العمومية ويمكن مع هذا التردد القول بأنه يوجد نصير للمدين المتضرر بظرف خاص يتمثل في هذه التطبيقات، مما يدفع إلى الأمل في إسقاط القضاء شرط العمومية.

وفي ظل هذه الإشكالية، ما مصير المتضرر جراء ظرف شاق خاص أدى لإرهاقه في تنفيذ التزامه وتحققت شروط الظرف الشاق ولم يرد في العقد اتفاق على شرط المشقة؟

سيستبعد من نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة باعتبارها تشترط العمومية، ولن يستفيد من شرط المشقة بما أنه غير وارد في العقد، ولن تطبق أيضا مبادئ اليونيدروا باعتبارها مبادئ دولية يتقدم عليها القانون الوطني الذي ينظم ذات المسألة في هذا الصدد وهي الظرف الشاق.

إن الأخذ بما سبق فيه إجحاف بحقوق المدين المتضرر وإزهاق لروح العدالة، ولذا يرى الباحث أنه في هذه الحالة يمكن الاستفادة من مبادئ اليونيدروا ودون خروج عن نص المادة 19 في

[380] الترمانيني،عبد السلام ،مرجع سابق ، ص١٣٧ .

فقرتها الثانية التي توجب على هيئة التحكيم في أي حال مراعاة الأعراف في العلاقة بين الأطراف هذا من جهة، ومن جهة أخرى باعتبار أن القانون الوطني فيه ثغرة في هذا الصدد، واستنادا لديباجة مبادئ اليونيدروا والتي حددت أن من حالات نطاق تطبيقها سد الثغرات وإكمال النقص في القانون الوطني حين لا يمكن سد فجواته ذاتيا فيلجأ لليونيدروا لتكمل النقص بتأكيد معنى أو مبدأ عام فيه.

ولا شك أن موقف القضاء في ظل نظرية الظروف الطارئة سيكون أصعب، وذلك لأن مكنة تطبيق الأعراف الدولية والمبادئ العامة في القانون وقانون التاجر غير معروفة في مجال القضاء، مما قد ينحى بالقضاء نحو تطبيق نظريات قانونية مشابهة قد لا تخدم مصلحة المدين.

ومن الجدير ذكره أن بعض القوانين العربية لم تشترط العمومية في الحادث الاستثنائي كالقانون المدني السوري مما يقرب نظرية الظروف الطارئة في هذه الجزئية إلى اليونيدروا.

2- في ظل مجلة الأحكام العدلية

في ظل المادة 19 من قانون التحكيم الفلسطيني لا يختلف الأمر عن نظر النزاع أمام القضاء في هذه الحالة، فإذا كان النزاع منظورا أمام هيئة تحكيم وكان التحكيم دوليا فإنه طبقا للمادة 19 سيكون القانون الواجب التطبيق عندما لا يختار الأطراف قانونا هو القانون الفلسطيني، وبالتالي إذا كان النزاع في ظل مجلة الأحكام العدلية في الضفة فإن القانون الواجب التطبيق فيما يخص المشقة سيكون المجلة، وبما أنها لا تتضمن نظرية تعالج الظروف الشاقة، فإن هيئة التحكيم لن تكون قد خالفت المادة 19 إذا طبقت مبادئ اليونيدروا، وذلك لأنه إذا تعذر الوصول إلى حل موضوعي في القانون الفلسطيني فإنه يمكن لهيئة التحكيم اللجوء إلى المبادئ العامة والأعراف الدولية، والتي من بينها بل على رأسها مبادئ اليونيدروا ومن ثم أحكام المشقة، ومن المعروف عدم جواز تذرع هيئة التحكيم بعدم وجود قانون يحكم النزاع، وفي ظل الدور التكميلي للمبادئ وفق ديباجتها يكون تطبيقها على النزاع أمرا مطلوبا ومتفقا مع المادة 19.

ثانيا: إيراد شرط إعادة التفاوض في العقد

1- في ظل الظروف الطارئة في القانون المدني في غزة

يرى البعض[381] أن عبارة " ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك " تقرر بطلان أي اتفاق عقدي يحدد وسيلة إعادة التوازن للعقد بين الأطراف دون اللجوء للقضاء باعتبار أن نصوص الظروف الطارئة تحصر هذه الصلاحية للقضاء وتمنع تقرير وسائل لمواجهة الظروف الطارئة غير التي تضمنتها النصوص".

ولكن يرى الباحث أن هذا الفهم للنص غير سليم، حيث إن القوانين الوطنية ومنها العربية التي اعتبرت نظرية الظروف الطارئة من النظام العام بنصها على أنه " يقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك "، فإنها قصدت بذلك عدم جواز استبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة مقدما كما قال السنهوري " إن الجزاء قد يغدو صورياً لا قيمة له إذا سمح للمتعاقدين أن يتفقا مقدماً على ما يخالفه، فيستطيع المتعاقد القوي أن يملي شرط المخالفة دائماً على المتعاقد الضعيف، وهذا ضرب من الإذعان تفاداه القانون الجديد بهذا النص "[382] .

وإن التنازل عن تطبيق النظرية بعد وقوع الحادث الشاق جائز، وذلك لانتفاء مظنة خضوع الطرف الضعيف لضغط الطرف الآخر في العقد.

ولذلك فإن معنى عبارة " يقع باطلا ... " لا تعني عدم جواز اتفاق الأطراف على تنظيم شرط المشقة فيما بينهم ما دام لا يشكل خرقا للمبادئ التي تأسست عليها نظرية الظروف الطارئة، والأهداف الإجمالية التي تتوخاها وهي إعادة التوازن للعقد.

أضف إلى ذلك أن نظرية الظروف الطارئة وإن اختلفت عن مضمون شرط إعادة التفاوض وعن نظرية المشقة وفق المبادئ إلا أنها تقترب منهما في مسألة " إعادة التفاوض" بحد ذاته، فهل يمنع القضاء شيء من أن يوجه الأطراف إلى إعادة التفاوض، فإن كان من صلاحيات القضاء بموجب النظرية تعديل العقد أفلا يكون له صلاحية إلزام الأطراف بالتفاوض من باب أولى؟ فمن يملك الأكثر وهو التعديل الذي هو أشد أثرا على العقد يملك الأقل وهو الطلب إلى الأطراف بإعادة التفاوض، فيصبح القضاء في موقف " الغير" الذي يختاره الأطراف ليفحص لهم توفر اشتراطات إعمال الشرط ويوجههم وقتئذ للتفاوض، خاصة وأن نص الظروف الطارئة

---

[381] عبد اللطيف ، هني ، مرجع سابق ، ص 284 . وانظر الديب ، هبة محمد محمود : **أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية " دراسة تحليلية في مشروع القانون المدني الفلسطيني "** , رسالة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة الأزهر - كلية الحقوق ، غزة ، 2012 ، ص 78- 79 .

[382] السنهوري ، عبد الرزاق ، مرجع سابق ، ص 531 .

في القانون المدني في غزة وغالبية القوانين العربية يعتبر التعديل مسألة جوازية للقضاء بقوله "... يجوز للقاضي " مما يعني أن هذا الخيار ليس مفروضا عليه بل مقترحا من قبل المشرع مع إعطاء سلطة تقديرية للقضاء في إعمال هذا الخيار أو خيار آخر أقل تأثيرا في العقد وفقا لما يراه مناسبا لظروف النزاع .

وزد عليه أن الوسائل التي سيتخذها الأطراف لإعادة التوازن للعقد لن تختلف كثيرا عن تلك التي تقررها النظرية نفسها إذا حللناها في نطاق واسع، وهنا تقترب النظريتان إلى حد كبير مما يجعل من المستساغ القول بأن اشتراط الأطراف شرط إعادة التفاوض في ظل نظرية الظروف الطارئة لا يعد انتهاكا لمضمون النظرية ما دام الأساس التي تقوم عليه النظرية والشرط واحدا وهو نصرة المدين المرهق، هذا حتى وإن كان الاتفاق على تطبيق الشرط في حالة إرهاق المدين شخصيا دون عمومية الحادث، ذلك أن إرادة الأطراف محل اعتبار.

وتأكيدا على إمكانية إدراج الشرط في ظل نصوص النظرية فإن الشرط لا يلغي سلطة المحكمة في تطبيق نظرية الظروف الطارئة بل إنه غالبا يؤجل هذه السلطة إلى ما بعد سلطة الأطراف في إعادة التفاوض في حالة فشل التفاوض ورغبة أحد الطرفين في اللجوء للمحكمة لفض النزاع، إذ عندها يكون اختصاص المحكمة في تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

أضف إلى ذلك أن التقايل بعد وقوع الظرف الطارئ جائز في ظل النظرية الوطنية – كما سبق بيانه في الحديث عن آثار الظرف الطارئ، فإذا كان التقايل وهو فسخ العقد بالتراضي جائزا رغم أن النظرية تتبنى حلول الحفاظ على العقد، أفلا يكون شرط إعادة التفاوض جائزا وهو الذي مبتغاه نفس مبتغى النظرية في الحفاظ على العقد والنأي به عن الفسخ؟.

وما دام أن مسألة اعتبار النظرية نظاما عاما إنما يقع في نطاق عدم جواز استبعاد النظرية تماما من التطبيق في حال حدوث الظرف الشاق، فإن " النظام العام للنظرية " لا يطال منع الأطراف من الاتفاق على تطبيق " متفق عليه " للنظرية يراعي الإرهاق الشخصي للمدين، خاصة في ظل المبدأ الشهير الذي تقره كل القوانين الوطنية وهو " العقد شريعة المتعاقدين " والذي لا يتصور أن تخالفه نصوص الظروف الطارئة بل المفروض أن تنسجم معه وتخدمه كمبدأ أصيل

من مبادئ القانون، ولذا فالمفروض أن النظرية تطبق حين لا ينص الأطراف على شرط إعادة التفاوض، فإذا نصوا عليه وجب احترامه وتغطية النقص فيه بموجب النظرية [383].

ويرى الباحث أنه لا حاجة للقول بضرورة تعديل نص الظروف الطارئة في القانون المدني النافذ في غزة ليسمح النص باتفاق الأطراف خلاف النظرية، ذلك أن الفهم الأقرب للمنطق والعدالة وأساس نظرية الظروف الطارئة يستند للنص ذاته أنه من الجائز تضمين الأطراف شرط إعادة التفاوض في العقد بدلا من القول بتعديله. [384]

وإذا كان يجدر احترام شرط إعادة التفاوض في ظل الأنظمة التي تأخذ بنظرية الظروف الطارئة للأسباب المذكورة، إلا أنه في حال عدم وجود الشرط في العقد فإن القضاء غير ملزم بتوجيه الأطراف إلى إعادة التفاوض وذلك لسببين: الأول، أن نظرية الظروف الطارئة لا تنص على إعادة التفاوض كحل واضح للنزاع وإنما هو خيار ثانوي مستنبط ضمنيا مما يعني أولوية توجه القضاء لتعديل العقد إعمالا لنصوص النظرية الصريحة، والثاني، أن القضاء مخير في توجيه الأطراف إلى إعادة التفاوض بسبب عدم وجود شرط في العقد يلزمه به كحل رئيس .

---

[383] انظر حكم محكمة النقض المصرية ، طعن مدني رقم 269 لسنة 49 ، مكتب فنى 35 صفحة رقم 168 بتاريخ 9-1-1984"لما كان الحكم قد أخذ بنظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 147 من القانون المدني ، و انتهى من ذلك إلى تقرير ذات التخفيض تأسيساً على أن تطبيق هذه النظرية من النظام العام ، في حين أن النص في الشطر الأخير من المادة المشار إليها على أن " يقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك " يدل على بطلان الاتفاق مقدماً على استبعاد تطبيق هذه النظرية أما بعد وقوع الحادث الطارئ حيث تنتفى مظنة الضغط على المدين المرهق فيجوز له النزول عن التمسك بذلك التطبيق ، مما مؤداه ألا يكون للمحكمة تطبيق هذه النظرية بغير طلب ، لما كان ذلك و كان البين من أوراق الطعن أن المطعون ضده الأول لم= يتمسك بتطبيق هذه النظرية و لم يؤسس دعواه عليها ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون و أخطأ في تطبيقه و شابه قصور في التسبيب يوجب نقضه ".

وانظر حكم التمييز الأردنية رقم 1999/1102 بتاريخ 2000/2/10 الذي رأى ضرورة احترام الشرط الذي ينظم موضوع الحادث الطارئ ما دام لا يخالف النظام العام بقولها " •اذا تضمنت اتفاقية المقاولة في المادة 48 منها انه اذا حدث في البلاد عجز اقتصادي او خلل مالي فادح ينتج عنه تخفيض في قيمة العملة المتداولة في البلاد او قيود على اخراج العملة وادى ذلك الى زيادة ملموسة في كلفة الاعمال ففي مثل هذه الحالة تقوم الجامعة (صاحب العمل) بدفع الكلفة الزائدة التي لحقت بالمتعهد نتيجة هذه الازمة الاقتصادية في ضوء تقدير المهندس ، وعليه فان معالجة محكمة الاستئناف الدعوى على اساس احكام المادة 205 من القانون المدني الباحثة في اثر الحوادث الاستثنائية وليس على اساس العقد والشروط الواردة في المادة 48 منه يخالف القانون طالما ان المادة 48 من العقد ليس فيها ما يخالف القانون او النظام العام و لا يرد القول ان رفض المقاول التعويض الذي قدره المهندس يوجب تطبيق احكام المادة 205 من القانون المدني" .

[384]الديب، هبة محمود ، مرجع سابق ، ص 80 -82 ، إذ ترى أن نص الظروف لا يجيز الاتفاق على شروط إعادة التفاوض وترى تعديل النص ، ويرى الباحث- للأسباب المذكورة في المتن - عدم الحاجة للتعديل وأن النص لا يمنع أصلا إيراد شرط.

2- تطبيق الشرط في ظل مجلة الأحكام العدلية

في الضفة الغربية وفي ظل نفاذ مجلة الأحكام فلا يثور مثل هذا الجدل بخصوص تطبيق شرط إعادة التفاوض، لأن المجلة لا تتضمن نصا عاما للظروف الطارئة مما ينتقي معه مظنة الجدل بخصوص منع إيراد الشرط، ولذا يمكن للأطراف إدراج الشرط في العقد ولن يجد القضاء حرجا في تطبيقه.

ويحبذ أن يتجه الأطراف إلى هذا التوجه لمواجهة الظروف الطارئة بموجب الشرط أسوة بما كان يجري به العمل في فرنسا قبلا، إذ يلجأ الأطراف إلى شرط إعادة التفاوض حماية لتوازن العقد نظرا لعدم تبني القانون الفرنسي نظرية الظروف الطارئة [385] حسب الفقرة 2،1 من المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي.

ولكن مسودة مشروع إصلاح قانون الالتزامات الفرنسي تضمنت مادة واضحة تشير إلى تبني نظرية الهاردشيب وما يترتب عليها من أثر جوهري هو إعادة التفاوض، وهي المادة 1195 "إذا كان تغير الظروف غير المتوقعة في وقت إبرام العقد يجعل من أدائها عبئا مفرطا على طرف واحد، والذي لم يقبل تحمل مثل هذه المخاطر، فيمكن لهذا الطرف طلب إعادة التفاوض باتفاق مع الطرف الآخر، مع التزام الطرف طالب إعادة التفاوض بأداء التزاماته خلال فترة التفاوض. وفي حالة رفض أو فشل التفاوض، يجوز للطرفين أن يتفقا على إلغاء العقد، بناء على التاريخ والشروط التي يحددانها، أو يطلبان معا من القاضي المضي قدما في مراجعة العقد. وفي حال عدم الاتفاق في غضون فترة معقولة من الزمن، يجوز للقاضي بناء على طلب أحد الطرفين، إعادة النظر في الاتفاق أو إنهائه في الموعد وفقا للأحكام والشروط المحددين منه".

مما يعني أن القانون الفرنسي الجديد يأخذ بنظرية الهاردشيب وبنص مقتبس حرفيا تقريبا عن مبادئ اليونيدروا، الأمر الذي يعني رغبة المشرع الوطني في هذه الدولة المضي على خطى اليونيدروا وإدراج نصوصها في القانون الداخلي الأمر الذي يحقق الانسجام بين النصوص الوطنية والمبادئ الدولية، وحبذا لو يحذو المشرع الفلسطيني في الضفة الغربية تحديدا حذو

[385] Art.1134 Alé. 1 et 2 : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qu'ils ont faites.
Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.»

التشريع الفرنسي لينص على نظرية الهاردشيب في ظل غياب نظرية تعالج الظروف الطارئة في مجلة الأحكام العدلية النافذة.

ثالثا : ذكر " إعادة التفاوض " في العقد دون تفصيل لمدلوله وآثاره في نزاعات التحكيم

هنا في هذه الحالة هل سيكمل النقص بموجب القانون الوطني وفق نظرية الظروف الطارئة أم عن طريق مبادئ اليونيدروا؟

يرى الباحث أن إكمال النقص ينبغي أن يكون بموجب نصوص الظروف الشاقة في مبادئ اليونيدروا وذلك لسبب مهم، هو أن ذكر مصطلح " إعادة التفاوض " ينبئ ضمنيا عن نية الأطراف تبني القانون أو القواعد القانونية التي تدعم هذا المصطلح وتطبقه، وحيث إن نصوص اليونيدروا تخدم هذا الفرض وليس القانون الوطني الذي ليس الحل الواضح فيه إعادة التفاوض، فإنه يكون من العادل تطبيق مبادئ اليونيدروا، ويتم ذلك من خلال اللجوء لتفسير مصطلح " إعادة التفاوض " الذي يقود المحكم إلى تفسير المصطلح وفق المستقر في قانون التجارة الدولية، ومن خلال ذلك يجد الإجابة لدى مبادئ اليونيدروا، وبالتالي تطبيق المبادئ التي تضمنت التفسير المتداول للنص القانوني، مما يحدو بالمحكم إلى تطبيق مبادئ اليونيدروا استنادا للتفسير.

ويدعم ذلك أنه ما من شيء يمنع الأطراف تضمين عقودهم الوطنية في كل عناصرها نصوص مبادئ اليونيدروا [386]، مما يمكن فهمه من ذكر المصطلح أن الأطراف قد يضمنون نصوص المشقة للإشارة إلى تفسير النص وفق مبادئ اليونيدروا التي استخدمت المصطلح، وفي هذا الصدد قررت محكمة الشعب المتوسطة في شاوقوان/ الصين الاستعانة بمبادئ اليونيدروا في إنهاء عقد إيجار استنادا لتوفر مشقة في القضية، رغم عدم وجود ما يدل أن الأطراف أشاروا إلى المبادئ أو حتى المبادئ العامة في التجارة الدولية ورغم كون العقد وطنيا بين شركتين محليتين[387].

---

[386]انظر دواس ، أمين : **نطاق تطبيق مبادئ اليونيدروا لعام 2004 على عقود التجارة الدولية** ، مجلة الحقوق – الكويت ، مج32 ، ع 2 ، 2008 ، ص 403 .

[387]Shaoguan Intermediate People's Court , 28. 04. 2005 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1120&step=Abstract .

وقد ذهب قرار تحكيم إلى أبعد من ذلك [388]، حين قرر تطبيق نصوص المشقة في المبادئ رغم اختيار الأطراف قانونا داخليا يحكم العقد، و تتلخص وقائع القضية في إبرام عقد بين شركة نفط أمريكية وحكومة دولة كانت تابعة للاتحاد السوفييتي سابقا، بحيث تعمد الشركة الأمريكية إلى استثمار مبلغ كبير من المال وبناء محطة لتوليد الطاقة مقابل إبرام عقد طويل الأمد لتوريد الكهرباء للعملاء في تلك الدولة، وفي وقت لاحق فرض القانون في الدولة المعنية تغييرا أساسيا في نظام إمدادات الطاقة، مما جعل من المستحيل لمحطة توليد الكهرباء التي أقامتها الشركة الأمريكية تزويد الطاقة بأسعار مربحة، وكان العقد يتضمن اختيار القانون الداخلي في الدولة المعنية كقانون واجب التطبيق، ومع ذلك، وجدت هيئة التحكيم أن هذا القانون المحلي لم يتم بعد تطويره بالكامل بعد التحول إلى اقتصاد السوق، ويتضمن عددا من الثغرات والمسائل الغامضة التي تمس جوهر النزاع، ونتيجة لذلك، وجدت هيئة التحكيم أن القانون الداخلي لتلك الدولة يجب أن يستكمل مع الأخذ بعين الاعتبار المواد 1- 4 ، 6- 2 -2 ، 6-2 -3 و7- 1- 7 من المبادئ. ويستدل من هذا القرار الصفة التكميلية لمبادئ اليونيدروا في سد ثغرات القوانين المحلية.

رابعا: حالة التحكيم مع التفويض بالصلح بموجب المادة 36 من قانون التحكيم

بداية إن تدخل المحكم بإعادة التوازن المالي للعقد، وما قد يحمله هذا من تعديل وتغيير في شروط والتزامات العقد يستوجب اتفاقا صريحا من الأطراف، أو أن يخول القانون الواجب التطبيق على العقد هذه المكنة للمحكم.

ولكن يمكن القول أنه حتى في غيبة سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد وفقاً للاتفاق الصريح أو عدم وجود نص قانوني يكفل هذا، فإن هذا لا يمنع المحكم من أن يأخذ في اعتباره عند إصدار حكمه أثر الظروف الاقتصادية السيئة ،والتي ألقت بظلالها على العقود الدولية ،وخلفت أثاراً لم تنشأ عن خطأ الطرف المضرور، كما لم يكن له أن يتوقعها وهذا في إطار سعي المحكم إلى حسم النزاع بعدالة ،وهو ما يصبو إليه كل من القاضي والمحكم عند أداء مهمته[389] .

---

[388] Ad hoc Arbitration (Place unknown), arbitral award , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=757&step=Abstract.

[389] علي الدين ، رشا : **سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد " دراسة في ظل الأزمة المالية الراهنة "** ، ص 420 ، 422 .

وبذلك في ظل الصعوبات التي سبق تفصيلها يمكن اللجوء إلى التحكيم مع التفويض بالصلح وذلك للخروج عن تقييد النصوص القانونية الخاصة بتنظيم الظروف الطارئة، والحكم وفقا لقواعد العدالة باختيار تطبيق أحكام المشقة في المبادئ.

ولربما يكون دور المحكم في ظل مجلة الأحكام أكثر سهولة على أساس عدم احتوائها نظرية عامة في مجال الظروف الطارئة في مواجهة القانون المدني في غزة الذي يحتوي نظرية، إذ سيكون خروج المحكم عن النظرية في هذه الحالة أكثر حذرا وأشد تقييدا.

خامسا: أن يتضمن القانون الذي يختاره الأطراف أحكام المشقة في المبادئ

بما أن للأطراف حرية اختيار " قانون " يحكم النزاع، فستكون أحكام المشقة وفق المبادئ مطبقة على النزاع إذا كان هذا القانون المختار يحتوي أحكام المشقة وفق المبادئ بإدراجها في نصوص قوانينه.

سادسا: أن يكون القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد في حالة التحكيم الدولي الذي يجري في فلسطين - حين لا يختار الأطراف قانونا - يتضمن أحكام المشقة في المبادئ

هذه الحالة تشابه الحالة الرابعة المذكورة، بحيث إن المحكم حين يطبق القانون التي تشير إليه قواعد الإسناد حسب المادة 19 من قانون التحكيم الفلسطيني، فإذا كان هذا القانون يتضمن أحكام المشقة حسب المبادئ فإن أحكام المشقة ستكون منطبقة.

الخاتمة

بعد أن حاول الباحث في دراسته توضيح ملامح نظرية الهاردشيب وإسهاماتها في حماية العقود التجارية الدولية والحفاظ عليها من انهيار التوازن واختلاله، فقد ظهر للباحث نقاط جوهرية تشكل خلاصة ما توصل له من نتائج وتوصيات في هذه الدراسة على النحو التالي :

- **النتائج**

- نظرية الهاردشيب بوصفها قاعدة مادية يمكن تطبيقها بمنأى عن منهج قاعدة الإسناد، وهذا يحقق فائدة أكبر للمتعاملين في التجارة الدولية التي تتطلب سرعة في الوصول إلى الحل الموضوعي عوضا عن الدخول في تعقيدات منهج قاعدة الإسناد.
- إن نظرية الهاردشيب تتفوق على نظرية الظروف الطارئة التقليدية الوطنية – تحديدا في الدول العربية – من حيث الارتباط بمبدأ القوة الملزمة للعقد، فإذا كانت نظريات الظروف الطارئة الوطنية المذكورة تنظر لمبدأ القوة الملزمة بعين القلق كهاجس مضيق لتطبيق النظرية – رغم رحابة المبدأ وتلاقيه مع النظرية حسب رأي الباحث – فإن نظرية الهاردشيب خلعت عن نفسها هذا التنافر، بحيث احتوت على واجب إعادة التفاوض، هذا الواجب الذي يحيل الأطراف إلى الاتفاق بعيدا عن القضاء إلى حد ما، مما يقرب نظرية الهاردشيب من مبدأ القوة الملزمة الذي يحترم اتفاق الأطراف ويجعل كل تعديل على العقد مشروطا باتفاق الأطراف دون تدخل خارج عنهم .

هذا التآلف بين نظرية الهاردشيب ومبدأ القوة الملزمة للعقد أدى إلى تقبل النظرية لدى التشريعات الوطنية التي سرعان ما سعت إلى تضمين قوانينها الداخلية نصوص الهاردشيب اقتداء بمبادئ اليونيدروا .

- إن ما يميز نظرية الهاردشيب عن شرط إعادة التفاوض ، أن شرط إعادة التفاوض بوصفه شرطا قد يغيب عن العقد ، الأمر الذي يفقد الأطراف الأمان القانوني، وكذلك قد يرد في الشرط اشتراطات مقيدة، وبالتالي يخسر الأطراف ما توفره نظرية الهاردشيب من اشتراطات موسعة لتطبيق النظرية بدلا من تضييقات الشروط التي ترد عاجزة عن معالجة الواقع أو مقيدة باشتراطات يمليها طرف أقوى في العقد .
- تمتاز نظرية الهاردشيب عن نظرية الظروف الطارئة الوطنية – العربية تحديدا وغير العربية قبل أن تتأثر بالنظرية وتطبقها في قوانينها _ بأنها توجب إعادة التفاوض بين الأطراف وتجعله تحت رقابة القضاء أو التحكيم ، مما يتيح فعالية أكبر في الوصول إلى

حل ودي بعيدا عن إشكاليات القضاء وتعقيداته، أما نظرية الظروف الطارئة بشكلها التقليدي فحتى لو احتوت إعادة التفاوض بشكل ضمني وعلى استحياء فلا يصل مرتبة الواجب الملزم، ولا يخضع لسلطان القضاء، مما يجعل تدخل القضاء هو الأصل وما سواه هو استثناء .

- تبنت نظرية الهاردشيب معيارا مختلطا لتقدير الاختلال حسب ما توصل الباحث، وهو معيار يمزج بين التقدير الشخصي والموضوعي بغية الوصول إلى أعدل المعايير لتقدير الاختلال، فلا بد أن يصب الاختلال الشخصي في التأثير على توازن العقد موضوعيا للقول بتوفر الاختلال، أما النظريات التقليدية فقد عنيت بالمعيار الموضوعي ونسيت الاعتبار الشخصي الذي له إسهام مهم في تقدير وقوع الاختلال من عدمه .
- اختلال توازن العقد حسب نظرية الهاردشيب له مدلول أوسع من النظريات الأخرى التي عالجت تغير الظروف، حيث له عدة صور وفق نظرية الهاردشيب لم تعرفها النظريات التقليدية، مثل إحباط الغرض من العقد، والأرباح الفائتة غير المتوقعة، والإرهاق المتحقق من فعل الغير، في حين انحصرت النظريات التقليدية في الأصل العام وهو زيادة تكاليف التنفيذ، أو انخفاض قيمة ما يتلقاه أحد الأطراف، وكلاهما ضمن مفهوم ضيق تجاوزته نظرية الهاردشيب .
- تجاوزت نظرية الهاردشيب التقييدات المقيتة التي اشترطتها النظريات التقليدية – تحديدا التشريعات العربية – لتطبيق النظرية ، فلم تشترط لا استثنائية الحادث بدليل أخذها بالمرض الشخصي، ولا عموميته بدليل تطبيقات القضاء التي أشارت لها الدراسة والتي طبقت النظرية مع عدم توافر العمومية، وكذلك لم تشترط الهاردشيب وقوع الظرف الشاق بعد الإبرام، بل يكفي وقوعه بعد الإبرام ما دام العلم به لم يقع إلا بعد الإبرام .
- ثمة اتجاهات فقهية يؤيدها الباحث تدعم تطبيق نظرية الهاردشيب حين تعجز نظرية العائق وفق اتفاقية فيينا عن معالجة حالات المشقة، باعتبار أن أحكام العائق تتقارب والقوة القاهرة وتبتعد عن نظريات الظروف الطارئة والمشقة، لذلك تلعب نظرية الهاردشيب دورا مهما في تغطية هذا النقص حين تحكم اتفاقية فيينا للبيع الدولي النزاع .
- تتفوق نظرية الهاردشيب على نظريات تغير الظروف الوطنية المختلفة في شموليتها لهذه النظريات، بحيث إن الحلول التي أتت بها هذه النظريات الوطنية احتوتها نظرية الهاردشيب بأحكامها المرنة والشمولية فشملت نظريات إحباط الغرض وغيرها .
- مجال تطبيق نظرية الهاردشيب في الضفة الغربية في ظل مجلة الأحكام العدلية أوسع منه في غزة في ظل القانون المدني الفلسطيني، ذلك أن مجلة الأحكام لم تتضمن نصا

عاما حاكما للظروف الطارئة بل احتوت قواعد كلية تتيح المجال لتطبيق النظرية وتضع لها أرضية خصبة، خاصة المادة 17 من المجلة التي تنص على أن "المشقة تجلب التيسير"، مما يجعل إمكانية تطبيق القضاء لنظرية الهاردشيب أمرا واردا استنادا إلى طبيعة النظرية التكميلية في سد نقص التشريعات الوطنية، أما في غزة فوجود نص عام واضح لنظرية الظروف الطارئة يجعل من تطبيق نظرية الهاردشيب مقيدا، ومع ذلك يظل الباب مفتوحا لتطبيقها في حالات محددة قد تعجز عنها نظرية الظروف الطارئة، كما في حالات الظروف الطارئة التي تتوافر كل شروطها باستثناء العمومية، أو تتوافر شروطها باستثناء وقوع الحادث بعد انعقاد العقد، مما يجعل السؤال مشروعا حول إمكانية تطبيق الهاردشيب لتغطية هذه الحالات وهو ما تجيب عليه الدراسة بالإيجاب .

- إن نص المادة 19 من قانون التحكيم الفلسطيني يقف عائقا كبيرا أمام تطبيق نظرية الهاردشيب في ظل القانون المدني في غزة، لأنها تمنع هيئة التحكيم تطبيق قواعد قانونية لتحكم النزاع وإنما القانون الوطني مما يعني تطبيق القانون المدني في غزة الذي يتضمن نظرية الظروف الطارئة، ومعروف أن نظرية الهاردشيب تنطوي تحت مبادئ اليونيدروا التي تعتبر – الأخيرة – من صميم قانون التاجر lex mercatoria وبالتالي تعتبر قواعد قانونية .

أما في الضفة وفي ظل مجلة الأحكام العدلية فنص المادة 19 من المفروض ألا يكون عائقا، ذلك أن هيئة التحكيم ستطبق القانون الفلسطيني الذي هو المجلة ، والتي لا تحتوي نظرية للظروف الطارئة، ولذا لا تكون هيئة التحكيم قد خالفت المادة 19 إذا عمدت إلى تطبيق نظرية الهاردشيب في ظل قصور أحكام المجلة عن معالجة النزاع .

- رغم معيقات تطبيق نظرية الهاردشيب وطنيا سواء في ظل وجود نصوص نظرية للظروف الطارئة تستبعد تطبيقها، أو في ظل المادة 19 من قانون التحكيم الفلسطيني، إلا أن الباحث يعتقد بتوافر عدة حلول لتطبق النظرية رغم ذلك على النحو التالي :

- تطبيقها من خلال القضاء والتحكيم في ظل مجلة الأحكام العدلية التي لا تحتوي نصا عاما يحكم الظروف الطارئة .
- تطبيقها في ظل القانون المدني في غزة في حالات عجز النظرية التقليدية عن معالجة الواقعة، استنادا للصفة التكميلية لمبادئ اليونيدروا .
- حالة اختيار الأطراف مبادئ اليونيدروا لتكون القانون الذي يحكم العقد .
- حالة أن يكون القانون الذي اختاره الأطراف ليحكم العقد يحتوي نظرية الهاردشيب .

- حالة التحكيم مع التفويض بالصلح ، إذ يكون للمحكم وفق للمادة 46 سلطة تطبيق " قواعد قانونية " وبالتالي تطبيق نظرية الهاردشيب وفق المبادئ .
- حالة ذكر مصطلح " إعادة التفاوض " في العقد ، فهذا يوحي باتجاه الأطراف لتطبيق القواعد القانونية التي تكفل تطبيق المصطلح والتي هي نظرية الهاردشيب .

- عالج الباحث في دراسته وضع نظرية الظروف الطارئة في مجلة الأحكام العدلية، وآفاق تطبيق نظرية الهاردشيب في ظل المجلة، ومع ذلك يود الباحث الإشارة إلى إمكانية التأسيس على القواعد الكلية التي جاءت بها المجلة وتحديدا المادة 17 التي نصت على أن "المشقة تجلب التيسير" في التأسيس لوجود أرضية خصبة في المجلة للقول بسعة أحكامها وقابلية تطبيق مبادئ اليونيدروا في ظلها، ولذا يمكن أن تكون ثمة دراسات لاحقة تعنى بتحليل هذه القواعد، ومدى تقاربها وتقاطعها مع مبادئ اليونيدروا وإمكانية الاستفادة منها في تطبيق المبادئ، ولقد آثر الباحث التطرق إلى القواعد العملية التفصيلية التي تبنتها المجلة كتطبيقات للظروف الطارئة في ظل صعوبة القول بوجود نظرية للظروف الطارئة في المجلة حتى بالتأسيس على القواعد الكلية، وهذا لا يمنع من أن هذه القواعد قد تلقى أفهاما تطوعها لاستخلاص نظرية عامة، ثم تحديد موقف المجلة من نظرية الظروف الطارئة، ومن نظرية الهاردشيب وفق المبادئ.
- رغم أن الباحث حاول قدر المستطاع أن يبين ملامح نظرية الهاردشيب وفق المبادئ بشكل متكامل، إلا أن جزئية الحد الذي يظل معه إعادة التفاوض ممكنا دون تدخل المحكمة يظل محل بحث وتمحيص، وقد تطرق الباحث له بتوضيح أن تدخل المحكمة يتم حين فشل إعادة التفاوض تماما، ومع ذلك يمكن التأسيس على هذه الدراسة في معالجة هذه الجزئية في دراسات لاحقة ربما لم يجد الباحث مجالا للإسهاب فيها.

- **التوصيات**

خلص الباحث من دراسته إلى توصيتين جوهريتين :

- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني أن يسعى إلى تبني نظرية المشقة وفق المبادئ في القانون المدني، في الضفة بالأخذ بالحلول التي اقترحها الباحث لحين إقرار القانون المدني فيها الذي حبذا لو يتبنى النظرية حين يقر، وفي غزة من خلال محاولة تطبيق النظرية في المبادئ حين تعجز نصوص الظروف الطارئة في القانون المدني عن معالجة النزاع كما وضح الباحث في متن رسالته.
- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بتعديل نص المادة 19من قانون التحكيم الفلسطيني، بحيث يصبح جائزا اختيار قانون يحكم النزاع في التحكيم المحلي، وكذلك عدم قصر القانون المختار على قانون دولة معينة، بل إجازة أن يكون القانون المختار قواعد قانونية لكي يمكن الاتفاق على اختيار مبادئ اليونيدروا لتحكم العقد، وبالتالي الاستفادة من نظرية المشقة في ظلها، وكذلك عدم تقييد هيئة التحكيم بتطبيق القانون الفلسطيني في حال عدم اتفاق الأطراف على قانون مختار ليحكم العقد، وعدم النص على تطبيق القواعد الموضوعية التي تشير إليها قاعدة الإسناد في القانون الفلسطيني للأسباب التي شرحها الباحث في متن رسالته.

قائمة المصادر والمراجع

المصادر

1- مبادئ اليونيدروا 2010 .
2- مبادئ القانون الأوروبي المشترك للبيوع (CESL) .
3- مبادئ قانون العقود الأوروبي (PECL) .
4- مجلة الأحكام العدلية .
5- القانون المدني الفلسطيني في غزة .
6- القانون المدني الفرنسي .
7- القانون المدني الأوكراني .

المراجع

- **باللغة العربية**

1- إبداح ، محمد إبراهيم : **عقود المقاولات الدولية : الأسس القانونية والفنية لصياغة عقود المقاولات الدولية ضمن معايير عقود الفيديك FIDIC** ، ط1 ، عمان ، الأردن ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2014 .

2- أبو بكر ، محمد : **دور نظرية الظروف الطارئة في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري** ، منشور على الانترنت بتاريخ : الأحد 28 فبراير 2010 على الرابط التالي : http://draboubakr.blogspot.com/2010/02/blog-post.html . تاريخ الدخول : 31 / 7 / 2016 ، الساعة 11: 4 مساء .

3- أبوسعد ، محمد شتا:**مفهوم القوة القاهرة**،مجلةمصرالمعاصرة،ع٣٩٣ – 394 لسنة٧٤، القاهرة،١٩٨٣ .

4- اجبودة ، الحبيب خليفة : **القوة القاهرة بين القانون المدني الليبي وعقود ال FIDIC**، جامعة طرابلس – كلية القانون ، المجلة الجامعة ، مج 2 ، ع 16 ، 2014 .

5- انظر بارود ، حمدي محمود :**المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ومضمون الالتزام بها "مبدأ حسن النية ومقتضياته – دراسة تأصيلية تحليلية"**، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية) ، جامعة الأزهر – كلية الحقوق ، غزة ،مج 16،ع1 ،2008.

6- انظر علاق ، عبد القادر : **أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها – دراسة مقارنة** ، رسالة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة أبو بكر بلقايد - كلية الحقوق ، تلمسان - الجزائر ،2007 - 2008 .

7- بارود ، حمدي محمود : **الطبيعة القانونية للمسئولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد** ، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، جامعة الأزهر- كلية الحقوق ،غزة ،مج 20،ع2012،2.

8- باسود ، عبد المالك : **حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي** ، جامعة أبو بكر بلقايد – كلية الحقوق والعلوم السياسية ، تلمسان- الجزائر ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراة في القانون العام ، 2014 – 2015.

9- باقر ، محمد عدنان : **دور الأخلاق في تحديد مضمون العقد** ، مجلة جامعة بابل – العلوم الإنسانية ، مج 22 ، ع 4 ، 2014 .

10- بدر ، أسامة أحمد : **تكميل العقد " دراسة مقارنة "** ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية ، مصر ، ع 2 ، 2010 .

11- البكباشي ، سحر : **دور القاضي في تكميل العقد " دراسة تأصيلية تحليلية لأحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن** ، بدون طبعة ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 2008 .

12- بلاق ، محمد : **قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية** ، رسالة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة أبو بكر بلقايد – كلية الحقوق والعلوم السياسية ، تلمسان- الجزائر، 2010 – 2011 .

13- بلقاسم ، زهرة: **أثر نظرية الظروف الطارئة على العقود** ، رسالة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة أكلي محند أولحاج – كلية الحقوق والعلوم السياسية ،البويرة ، الجزائر ، 2013 – 2014 .

14- بن زروق ، فتيحة : **فسخ العقد طبقا لاتفاقية فيينا لسنة 1980 الخاصة بالبيع الدولي للبضائع** ، رسالة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة الجزائر - كلية الحقوق ، 2014 – 2015 .

15- بن يحي ، شارف : **ضرورة إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي** ،الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية ،ع 4 ، 2010 .

16- بن يوب ، هدى : **مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود** ، رسالة لنيل شهادة الماجستير ، ، جامعة العربي بن مهيدي – أم البواقي - كلية الحقوق والعلوم السياسية – قسم الحقوق ، الجزائر، 2012- 2013.

17- بوفلجة ،عبد الرحمن **: دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري** ، رسالة ماجستير ،– جامعة أبو بكر بلقايد - كلية الحقوق ، تلمسان ، الجزائر ، 2007- 2008 .

18- بوكماش ، محمد **: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي** ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراة ، جامعة الحاج الخضر – باتنة ، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية - قسم العلوم الإسلامية ، الجزائر ، 2011 / 2012 **.**

19- بولحية ، جميلة : **نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري" دراسة مقارنة "** ، جامعة الجزائر – معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية ، الجزائر ، 1983.

20- تناغو ، سمير عبد السيد : **نظرية الالتزام** ، بدون طبعة ، الاسكندرية ، منشأة المعارف ، بدون سنة نشر .

21- الترمانيني ، عبد السلام : **نظرية الظروف الطارئة " دراسة تاريخية ومقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوروبية وتطبيقات النظرية في تقنينات البلاد العربية ،** بدون طبعة ، بدون مكان نشر ، دار الفكر ، 1971.

22- جابر ، طلال حافظ **: عقد البيع الدولي للبضائع : تنازع الاختصاص – تنازع القوانين والقانون المادي الموحد بحسب اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع** ، بدون طبعة ، بيروت ، لبنان ، مكتبة صادر ناشرون ، 2007.

23- جاسم ، أسيل باقر ، **النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض " دراسة في عقود التجارة الدولية "** ، جامعة بابل ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، مج 3 ، ع 1 ، 2011.

24- الجم ، محمد مهدي :**نظرية الظروف الطارئة** ، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش ، المغرب ، ع 15 ، 1991 .

25- جواد ، محمد علي : **العقود الدولية : مفاوضاتها – إبرامها – تنفيذها** ، بدون طبعة ، عمان ، الأردن ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2010 .

26- جوهري ، سعيدة : **سلطة القاضي في فسخ العقد** ، جامعة أكلي محند أولحاج ، كلية الحقوق والعلوم السياسية – قسم القانون الخاص ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون – تخصص عقود ومسؤولية ، 2012 / 2013 ، البويرة – الجزائر .

27- حبيب ، عادل جبري محمد نقلا عن العيساوي ، صفاء تقي عبد نور : **القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية " دراسة مقارنة "** ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراة ، كلية القانون - جامعة الموصل ، 2005.

28- حسين ، ذكرى محمد و حمزة ، استبرق محمد : **التزامات أطراف التفاوض في عقود التجارة الدولية ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والإنسانية** ، مج 6 ، ع 4 ، 2014 .

29- حسين ، أكرم محمد و كاظم ، علي حميد : **دور المبادئ العامة للقانون في إطار التجارة الدولية ، مجلة كلية الحقوق – جامعة النهرين** ، مج 18 ، ع 1 ، 2016.

30- حيدر ، علي : **درر الحكام ، المجلد الأول " البيوع والإجارة والكفالة "** ، الرياض ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ، 2003 .

31- حيفري ، نسيمة آمال : **الحالات المستثناة لمسؤولية الناقل البحري في القانون الجزائري والقانون المقارن** ، رسالة لنيل شهادة الماجستير – مدرسة الدكتوراة – قانون الأعمال المقارن ، جامعة وهران – الجزائر ، 2010 -2011.

32- الخصاونة ، علاء الدين عبد الله : **الجوانب القانونية للالتزام بإعادة التفاوض** ، الكويت ، مجلة الحقوق – جامعة الكويت ، مج 23 ، ع 1 ، 2014 .

33- الخفاجي ، عزيز كاظم و نعمة ، نارمان جميل **: إعادة التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا** ، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية ، العراق ، مج 8 ، ع 23، 2015 .

34- الخفاجي ، محمد جعفر هادي وآخرون : **الالتزام بالسرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا " دراسة مقارنة "** ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة بابل - كلية القانون ، العراق ، مج 6 ،ع 2 ، 2014 م .

35- الدباغ ، أيمن : **منهج الفقهاء المعاصرين في تناول نظرية الظروف الطارئة (تحليل ونقد)** ،مجلة جامعة النجاح للأبحاث – العلوم الانسانية، مج 28، ع7، 2014.

36- دواس ، أمين : **اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1980 بشأن عقود البيع الدولي للبضائع في ضوء أحكام القضاء والفقه** ، جنين ، الجامعة العربية الأمريكية – جنين ، 2013 .

37- دواس ، أمين وآخرون :**شرح مبادئ اليونيدروا لعقود التجارة الدولية** ، ج 2 ، ط1 ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2017 .

38- دواس ، أمين : **نطاق تطبيق مبادئ اليونيدروا لعام 2004 على عقود التجارة الدولية** ، مجلة الحقوق – الكويت ، مج32 ، ع 2 ، 2008 .

39- الديب ، هبة محمد محمود : **أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية " دراسة تحليلية في مشروع القانون المدني الفلسطيني "** , رسالة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة الأزهر - كلية الحقوق ، غزة ، 2012 .

40- الزقرد ، أحمد السعيد:**أثر الظروف اللاحقة على تحديد مضمون الالتزام العقدي** ،مجلة البحوث القانونية والاقتصادية – كلية الحقوق جامعة المنصورة – مصر ، ع 32 ، 2002.

41- زمام ، جمعة : **العدالة العقدية في القانون الجزائري** ، جامعة الجزائر – كلية الحقوق ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراة ، 2013– 2014 .

42- سامي ، أسماء مدحت :**الإعفاء من المسؤولية في اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع (فيينا)** ، بدون طبعة ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2006 .

43- السرحان ، عدنان إبراهيم و خاطر ، نوري حمد : **شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية " الالتزامات " دراسة مقارنة** ، عمان – الأردن ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2000 .

44- السلماني ، عبد الرحيم : **شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية** ، مجلة القانون المغربي .

45- سليم ، محمد محيي الدين إبراهيم : **نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي " دراسة مقارنة "** ، بدون طبعة ، الإسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ، 2007 .

46- السنهوري ، عبد الرزاق : **شرح القانون المدني : النظرية العامة للالتزامات : نظرية العقد** ، بدون طبعة ، بيروت ، لبنان ، منشورات محمد الداية ، 1934 .

47- الشرقاوي ، جميل : **النظرية العامة للالتزام " الكتاب الأول مصادر الالتزام "** ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1995.

48- شليبك ، أحمد الصويعي : **نظرية الظروف الطارئة : أركانها وشروطها** ، كلية الشريعة – المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية ،مج 3 ،ع2 ، 2007، هامش 112 ، 110 ، متوفر على الإنترنت :
http://aliftaa.jo/Research.aspx?ResearchId=72#_edn110 ، تاريخ الدخول : 5/ 7 / 2016 ، الساعة : 13:20 .

49- شندي ، يوسف : **التحكيم الداخلي والدولي في ظل قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 " دراسة مقارنة "** ، ط 1 ، بيرزيت – فلسطين ، كلية الحقوق والإدارة العامة – جامعة بيرزيت ، 2014 .

50- الشواربي ، عبد الحميد : **فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه** ، بدون طبعة ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، دون سنة نشر .

51- طراد ، كامل خير الله : **نظرية الظروف الطارئة في القانون العراقي والقانون المقارن وأثرها على عقود التجارة الدولية ، مجلة كلية التراث الجامعة** ، ع 17.

52- طلبة ، أنور : **انحلال العقود** ، بدون طبعة ، بدون مكان نشر ، المكتب الجامعي الحديث ، ، بدون سنة نشر.

53- عبد الحسن ، حسين عيسى : **الضمانات العقدية للاستثمار دراسة مقارنة** ، المعهد التقني ، بابل .

54- عبد اللطيف، هني:**حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد – دراسة مقارنة -** ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراة ، جامعة أبو بكر بلقايد - كلية الحقوق والعلوم السياسية –، تلمسان ، الجزائر ، 2015- 2016 .

55- عبد المقصود ، محمد أبو بكر : **إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الأزمة المالية العالمية " نظرية الظروف الطارئة "** ، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر لكلية الحقوق – جامعة المنصورة ، في الفترة من 1-2 إبريل 2009 بقاعة السنهوري ، جامعة المنصورة - كلية الحقوق .

56- العدوي ، جلال علي : **أصول المعاملات الجزء الأول " محل المعاملات . أطراف المعاملات . أداة المعاملات** ، بدون طبعة ، بيروت - لبنان ، المكتب الشرقي للنشر والتوزيع ، بدون سنة نشر .

57- عربيات ، وائل محمد :**نظرية العذر عند الحنفية وأثرها في عقد الاستصناع** ، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ،كلية الشريعة - الجامعة الأردنية ، الأردن ،مج36، ع 2 ، 2009.

58- عسالي عرعارة : **التوازن العقدي عند نشأة العقد** ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراة ، جامعة الجزائر - كلية الحقوق ، 2014 – 2015 .

59- علوان ، أمية وآخرون : **المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية " الترجمة العربية عام 2014 لصيغة "يونيدروا " باللغة الانجليزية عام 2011 وباللغة الفرنسية عام 2011"** ، بدون طبعة ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2014 .

60- علي، احمد السيد لبيب إبراهيم :**الإخلال المبتسر بعقد البيع الدولي للبضائع "دراسة في اتفاقية فيينا 1980 و التشريعات المقارنة"** ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية – كلية الحقوق جامعة المنصورة ،مصر ، ع 55 ، 2014.

61- علي ، سعيد السيد : **نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)** ، بدون طبعة ، القاهرة ، دار الكتاب الحديث ، 2006 .

62- علي الدين ، رشا : **سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد " دراسة في ظل الأزمة المالية الراهنة " .**

63- عنوز ، عبد المنعم حسون : **شرط القوة القاهرة في العقود الدولية** ، بحث منشور على الإنترنت : http://www.s7aby.com/t22756.html ، تاريخ الدخول 15 / 6 ، 2016 ، الساعة 19:00 ، ص 17 .

64- غنام ، شريف : **أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية (أثر القوة القاهرة وال hardship على تنفيذ العقد الدولية)**، ط1 ، الإمارات العربية المتحدة ، أكاديمية شرطة دبي – إدارة الدراسات العليا ،2010 .

65- فرج ، توفيق حسن : **النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام (مع مقارنة بين القوانين العربية) ، ط3 ، بيروت – لبنان ، الدار الجامعة ، 1992**.

66- الفضل ، منذر : **النظرية العامة للالتزامات " دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية " الجزء الأول : مصادر الالتزام** ، بدون طبعة ، عمان ، الأردن ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 1996.

67- فياض ، محمود : **المعاصر في قانون التجارة الدولية** ، ط1 ، عمان ، الأردن ، الوراق للنشر والتوزيع ، 2012 .

68- كاظم ، حسن علي : **اشتراطات الهاردشيب وأثرها على تعديل العقود الدولية** ، مجلة رسالة الحقوق ، جامعة كربلاء - كلية الحقوق ، ، ع 2 ، السنة الثالثة ، 2011م .

69- كاظم ، حسن علي ، مرجع سابق ، ص 44 . وانظر في هذا الاتجاه العوجي ، مصطفى : **القانون المدني الجزء الثاني المسؤولية المدنية** ، ط4 ، بيروت – لبنان ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2009.

70- كزار ، عمار محسن : **نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد** ، العراق ، مجلة مركز دراسات الكوفة ، ع 38 ، 2015 .

71- لطفي ، محمد حسام محمود : **النظرية العامة للالتزام " المصادر . الأحكام . الإثبات " دراسة تفصيلية في ضور آراء الفقه وأحكام القضاء** ، بدون طبعة ، القاهرة ، بدون دار نشر ، 2007.

72- محسن ، منصور حاتم : **التغيير في جزء من أجزاء العقد وأثره في العدالة التبادلية " دراسة مقارنة "** ، مجلة جامعة بابل – العلوم الإنسانية ، العراق ، مج 23 ، ع 4 ، 2015 .

73- محمد ،أم كلثوم صبيح : **المفاوضات الممهدة للتعاقد " ماهيتها وأحكامها " (دراسة مقارنة بين الواقع العملي والفراغ التشريعي)**، جامعة النهرين - مجلة كلية الحقوق ، مج 16 ، ع 3 ، 2014.

74- مرقس ، سليمان : **موجز أصول الالتزامات** ، بدون طبعة ، القاهرة ، مطبعة لجنة البيان العربي ، 1961.

75- مروك ، أحمد : **شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية** ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراة في الحقوق ، جامعة الجزائر – بن يوسف بن خدة – كلية الحقوق ، 2014-2015.

76- المسدي ، أسامة حجازي : **القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية** ، بدون طبعة ، المحلة الكبرى – مصر ، دار الكتب القانونية ، 2010 .

77- معوض ، فؤاد محمود : **دور القاضي في تعديل العقد " دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري** ، ط1 ، بدون مكان نشر ، بدون دار نشر ، 1999 .

78- مقبول ، حنين أمين : **دور التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية** ، رسالة لنيل شهادة الماجستير ،جامعة بيرزيت - كلية الحقوق والإدارة العامة ، 2014- 2015 .

79- ملحم ، سعد حسين عبد : **التفاوض بالعقود عبر شبكة الإنترنت** ، جامعة النهرين - مجلة كلية الحقوق ،العراق ، مج 12، ع 8 .

80- مندي ، يسمينة آسيا : **النظام العام والعقود** ، رسالة لنيل شاهدة الماجستير ، جامعة يوسف بن خدة – كلية الحقوق ، 2008- 2009 .

81- منصور ، أمجد محمد **: النظرية العامة للالتزامات " مصادر الالتزام "دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز** ، ط 1 ، عمان – الأردن ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع .

82- موسى ، طالب حسن : **قانون التجارة الدولية** ، بدون طبعة ، الأردن ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2005.

83- ناصيف، إلياس :**العقود الدولية : عقد ال BOT** ، ط 2 ، بيروت ، مكتبة الحلبي ، 2011 .

84- نصرة ، أحمد سليم فريز : **الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري**.

85- النعيم ، رائف محمد : **الظروف الطارئة على الالتزام العقدي " دراسة تحليلية مقارنة في الفقه الإسلامي والقوانين العربية " في المضمون والآثار** ، **مجلة الساتل** ، الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية ، كلية الشريعة والقانون ، زليتن- ليبيا .

86- الهواري ، أحمد محمد : **عقود التجارة الدولية بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد** ، مجلة الأمن والقانون - أكاديمية شرطة دبي ، الإمارات ، مج 20 ، ع 2 ، 2012 .

87- وسمامعة ، خالد رضوان أحمد : **سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الأردني / دراسة مقارنة** ، الجامعة الأردنية – كلية الدراسات العليا ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، عمان- الأردن ، 1997 .

88- يقوتة ، مزوغ : **نطاق مبدأ نسبية العقد بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري** ، رسالة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة وهران أحمد بن بلة - كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية – قسم العلوم الإسلامية ، الجزائر ، 2014 – 2015 .

- باللغة الأجنبية

1- Alfredo, Ferrante : **A short dissertation on the Unidroit Principles and their future perspectives** , The European Legal Forum (E) 5-2007 , available at :www.european – legal – forum.com .

2- Allen and overy, **basic principles of english contract law , advocates for internnational deyelopment**.

3- Andersen , Camilla Baasch : **COMPARATIVE ANALYSIS : Selected Notice Requirements under CISG, PECL and UNIDROIT Principles: CISG Arts. 39 & 26; UNIDROIT Principles Arts. 1.9, 3.14, 7.3.2.; PECL Arts. 1.303, 3.304, 4.112, 9.303, 13.104** , November 2004 , available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/andersen2.html .

ational Trade , B:55 FACULTY OF L. UNIV. OF TURKU, No . 4.1 (2001),at n . 2.4, available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/southerington.html .

4- Audit , Bernard : **The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria** , Juris Publishing , 1998, available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/audit.html**.**

5- August , Ray : **international busniss law : text , cases, and readings** , 4th edition , Pearson Education , Inc., Upper Saddle River, New Jersey.

6- Backhaus , Richard : **the limits of the duty to perform in the principies of european contract law** , Electronic Journal of Comparative Law, vol. 8.1, March 2004 .

7- Baranauskas , Egidijus and Zapolskis , Paulius : **THE EFFECT OF CHANGE IN CIRCUMSTANCES ON THE PERFORMANCE OF CONTRACT** , Mykolas Romeris University, Faculty of Law,Department of Business Law , 2009, 4(118), p. 197–216 , avaiable at : https://www.mruni.eu/upload/iblock/b20/11_baranauskas.pdf, p. 202 , and available at : http://www.e-lawresources.co.uk/Davis-Contractors-v-Fareham-UDC.php.

8- Baron ,Gesa and Edinburgh , Bonn: Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new lex mercatoria? , June 1998, see the conclusion. available at :http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html .

9- Berger, Klaus Peter : **Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators**, 36 Vanderbilt J Trans'l L ,available at : https://www.trans-lex.org/100690.

10- bernardini , Piero : **Adaption of Contracts**, in: Sanders (ed.), ICCA Congress ser. no. 1, Deventer 1983, available at :http: //www.trans-

11- Bonell , Michael Joachim **: Commentary on the International Sales Law**, Giuffrè , Milan , 1987, available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb7.html.

12- Bonell , Michael Joachim : **An International Restatement Of Contract Law – The Unidroit Principles Of International Commercial Contracts** , 3rd ed incorporating the unidroit principles 2004 , transnational publishers , inc. Ardsley , New York , USA .

13- Bund , Jennifer M . : **Force majeure Clauses: Drafting Advice for the CISG Practitioner** , 17 Journal of Law and Commerce ,1998 , Available at : http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/bund.html .

14- Cachard ,Olivier : **LES CLAUSES DE HARDSHIP DANS LES CONTRATS MARITIMES PREVISIONS ET IMPREVISION , Cet article, paru dans la revue « Le Droit Maritime Français »**, de mai 2011, est tiré d'une communication , présentée lors de la Journée Ripert 2010 .

15- Carlsen , Anja*:* **Can the Hardship Provisions in the UNIDROIT Principles Be Applied When the CISG is the Governing Law?** , available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/carlsen.html.

16- CISG Advisory Council Opinion No. 7, **Exemptionof Liability for Damages Under Article 79 of the CISG, To be cited as CISG -AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG,** Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro, Columbia University School of Law, New York, N.Y., USA. Adopted by the CISG-AC at its 11th meeting in Wuhan, People's Republic of China, on 12 October 2007, Available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html.

Contracts , Bond Law Review ,Volume 16 , Issue 2 ,2004 .

17- Dawwas , Amin : **Alteration of the Contractual Equilibrium Under the UNIDROIT Principles** , Pace International Law Review Online Companion , school of law, 12-1-2010 .

18- Delebecque , Philippe : **Hardship clauses andexemptionclausesincharter-parties InternationalCongressofMaritimeArbitrators** , 13–18May2012.

19- Erikse ,Eivind : **Terrorism and Force Majeure in International.**

20- Evaldas , Klimas : **The Duty to Co-operate in Construction Contracts – an International Review** , Vilnius University, Law Faculty, Sauletekio al. 9-I, 10222 Vilnius , Lithuania .

21- Faria , Jose Angelo Estrella and Mazzoni , Alperto : **UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS 2010**, International institute for the unification of private law (UNIDOIT), ROME .

22- Flechtner ,Harry M. **: The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on "Hardship" Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court** , the University of Belgrade, Belgrade Law Review, Year LIX , 2011 , No. 3, available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flechtner10.html .

23- Fontaine, Marcel: **Les Clauses de Force Majeure dans les Contrats Internationaux**, DPCI ,1979, available at :http://www.trans-lex.org/122600 .

24- Frick ,Joachim g **. : Arbitration in Complex International Contracts** , The Hague , 2001.

25- Fucci , Frederick R . **: Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts Practical Considerations in InternationalInfrastructure Investment and Finance**, American Bar Association Section of International Law Spring Meeting , New York, April 2006 .

26- Girsberger , Daniel and Zapolskis , Paulius :**fundamental alteration of the contractual equilibrium under hardship exemption**,ISSN 1392– 6195 (print)ISSN 2029 –2058 , (online)JURISPRUDENCIJAJURISPRUDENCE , 19(1) , 2012 .

27- Gordley , James : **Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances** , 52 American Journal of Comparative Law (Summer 2004) , available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gordley1.html**.**

28- Gotanda , John Y **: Renegotiation and Adaptation Clauses in International Investment Contracts, Revisited** ,VANDERBILT JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW ,Vol. 36:1461 , August 2003 .

29- Guillemard , Sylvette **: A comparative study of the UNIDROIT Principles and the Principles of European Contracts and some dispositions of the CISG applicable to the formation of international contracts from the perspective of harmonisation of law**, so available at Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Kluwer Law International ,2000-2001 , Available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/guillemard1.html.

30- Guillemard, Sylvette : **Comparaison des Principes UNIDROIT et des Principes du droit européen des contrats dans la perspective de l'harmonisation du droit applicable à la formation des contrats**

internationaux , 23 mai 1999 , available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/guillemard.html.

31- Hanotiau , Bernard : **La Détermination et l'Evaluation du Dommage Réparable:** انظر **Principes Généraux et Principes en Emergence, in: Gaillard (ed.), Transnational Rules in International Commercial Arbitration** , (ICC Publ. Nr. 480,4), available at : http://www.trans-lex.org/112800.

32- Hartkamp, Arthur : **The UNIDROIT Principles For International Commercial Contracts and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in: Boele-Woelki/ Grosheide/ Hondius/ Steenhoff (eds.), Comparability and Evaluation**, Dordrecht, Boston, London 1994, available at : http://www.trans-lex.org/113000.

33- Hof van Cassatie [Cour de cassation: Supreme Court] Belgium Scafom International v. Lorraine Tubes S.A.S. , 19 June 2009 [C.07.0289.N] ,Translation by Kristof Cox , available at :http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html.

34- HONNOLD , John.O. **: Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention** , 3rd ed. , Kluwer Law and Taxation Publishers , 1999. Available at: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html.

35- Horn , Norbert : **Procedures of Contract Adaptation and Renegotiation in International Commerce, in: Horn (ed.), Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance**, Antwerp, Boston, London, Frankfurt a.M. , available at : http://www.trans-lex.org/130400/highlight_hardship .

36- Horn , Norbert: **Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in Some European Laws and in International Law, in: Horn (ed.), Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance** , Antwerp, Boston, London, Frankfurt a.M. , available at : http://www.trans- lex.org/113700.

37- ICC PUBLISHING S.A. , An affiliate of ICC: the world business organization , 38 Cours Albert 1er ICC **, FORCE MAJEURE CLAUSE**

2003 AND ICC HARDSHIP CLAUSE 2003, 75008 Paris, France, February 2003.

38- Ingeborg , Schwenzer : **FORCE MAJEURE AND HARDSHIP IN INTERNATIONAL SALES CONTRACTS**, available at:http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2008/39.pdf.

39- Jean Yves , THOMAS , le 24 juin 2011 à Paris , avaiable at : http://www.arbitrage-maritime.org/fr/Misc/ClausehardshipJYT.pdf.

40- Jenkins , Sarah Howard : **Exemption for Nonperformance: UCC, CISG, UNIDROIT Principles -- A Comparative** , Assessment , 72 Tulane Law Review , 1998, available at :http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/jenkins.html .

41- Kessedjian , Catherine :**Competing Approaches to Force Majeure and Hardship** , 25 International Review of Law and Economics , September 2005, available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kessedjian.html .

42- Kofod , Rolf :**Hardship in International Sales CISG and the UNIDROIT Principles**, Thesis- University of Copenhagen-Faculty of Law ,2011, Available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kofod.html .

43- Kyle, Winnick :**INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, ANTICIPATORY REPUDIATION, AND THE LEX MERCATORIA** , Trinity College, 2009; J.D.Candidate, Benjamin N. Cardozo School of Law, 2014.

44- Lando , Ole : **A Vision of a Future World Contract Law: Impact of European and UNIDROIT Contract Principles** , Uniform Commercial Code Law Journal, issue 2 , Fall 2004, available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lando3.html#82 . lex.org/110100/highlight_Hardship_and_Changed_Circumstances/.

45- Lindström , Niklas: **Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods** , Nordic Journal of Commercial Law ,2006/1 , see the conclusion of the research= available at :http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/lindstrom.html.

46- Liu , Chengwei ,Force Majeure : **Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law** , 2nd edition: Case annotated update ,April 2005, available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu6.html.

47- Lookofsky , Joseph : **Impediments and Hardship in International Sales: A Commentary on Catherine Kessedjian's "Competing Approaches to Force Majeure and Hardship"** , 25 International Review of Law and Economics , September 2005, available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky17.html .

48- Lookofsky , Joseph : The Limits of Commercial Contract Freedom ,

49- M. Perillo, Joseph : **Hardship and its Impact on ContractualObligations : A Comparative Analysis**, Roma , April 1996,available at :http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perillo4.html .

50- MacQueen , Hector L **: Change of circumstances: CISG, CESL and a case from Scotland** , Journal of International Trade Law and Policy ,2012 .

51- Magnus , Ulrich : **General Principles of UN-Sales Law** , Volume 59, Issue 3- 4 October , 1995,available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus.html .

52- MARRELLA , Fabrizio : **Lex Mercatoria and the UNIDROIT Principles: a Shock or a New Chapter of Contemporary Private International Law**, available at : http://www.trans-lex.org/bibliopdfs/fabrizio_marrella.pdf .

53- Maskow , Dietrich **:** **Hardship and Force Majeure**, 40 AM. J. COMP. L , available at : http://www.trans-lex.org/126400 .

54- Melis , Werner: **Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practices of the ICC Court of Arbitration**, 1 J.Int'l Arb. 1984, available at :http://www.trans-lex.org/126600/.

55- Michaels , ralf : **The UNIDROIT Principles as global background law** , Unif. L. Rev., Vol. 19, 2014 .

56- MUÑOZ, Edgardo : **Impossibility, Hardship and Exemption under Ibero-American Contract Law**, 14 Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration , 2010, available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/munoz1.pdf.

57- Nassar , Nagla : **Sanctity of Contracts Revisited** , Dordrecht, Boston, London , 1995, available at : https://www.trans-lex.org/105700.

58- NWAFOR , NDUBUISI AUGUSTINE : **Comparative and Critical Analysis of the Doctrine of Exemption/Frustration/Force Majeure under the United Nations Convention on the Contract for International Sale of Goods, English Law and UNIDROIT Principles** , A Thesis Submitted to the School of Law, University of Stirling for the Degree of Doctor of Philosophy (PhD), Stirling, Scotland , MARCH 2015.

59- Oppetit , Bruno : **L'Adaptation des Contrats Internationaux aux Changement de Circonstances: La Clause de Hardship**, 1974, available at : http://www.trans-lex.org/127600.

60- P. Flambouras , Dionysios**, The Doctrines of Impossibility of Performance and clausula rebus sic stantibus in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract La A Comparative Analysis** , 13 Pace International Law Review , Fall 2001,available at : http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/flambouras1.html .

61- Partner,Michael W. Galligan and Nizer , Phillips **Choosing New York Law as Governing Law for InternationalCommercial Transaction**s, : LLP, NewYork City, New York and Past Chair NYSBA International Section , 2009-2010.

62- Pereira , Raul H. de Fleury, Souza : **HARDSHIP: A REMEDY FOR CHANGED CIRCUMSTANCES IN INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS** , march 2015.

63- Perillo , Joseph M. : Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts , Universidad Nacional Autónoma de México - Universidad

Panamericana (1998) , available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perillo3.html .

64- PHILIPPE , Denis : **LES CLAUSES RELATIVES AU CHANGEMENT DE CIRCONSTANCES DANS LES CONTRATS A LONG TERME** , 27 janvier 2009.

65- RAPSOMANIKAS, Michael G. **: Frustration of Contract in International Trade Law and Comparative Law**, 18 Duquesne Law Review 1980 , p.555, available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rapsomanikas.html .

66- Rechtbank van Koophandel [Commercial Court] Tongeren Scafom International BV & Orion Metal BVBA v. Exma CPI SA ,25 January 2005 [A.R. A/04/01960], Translation byEdited by Kristof Cox. Thorsten Tepasse.

67- Rimke , Joern :**Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts , Reproduced with permission of Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, Kluwer ,1999-2000 , http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html.

68- RIVKIN , DAVID W **: LEX MERCATORIA AND Force majeure**, available at : http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=116100#fn1 .

69- ROBERTSON, DONALD **:Long-Term Relational Contracts and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts**,

70- ROBERTSON, DONALD **:Symposium Paper: Long-Term Relational Contracts and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts .**

71- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José , No : 05-000097-0004-AR , 23.03.2006 , available at : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1781&step=Abstract .

72- Slater , Scott D. : **Overcome by Hardship: The Inapplicability of the UNIDROIT Principles' Hardship** , 12 Florida Journal of International

Law , Summer 1998, available at : http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/slater.html.

73- Southerington Tom **: Impossibility of Performance and Other Excuses in Intern**

74- SPIVACK, Carla : **Of Shrinking Sweat suits and Poison Vine Wax: A Comparison of Basis for Excuse under U.C.C. § 2-615 and CISG Article 79** , 27 Pennsylvania Journal of International Economic Law , 2006 , available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/spivack.html .

75- Tallon , Denis : **Commentary on the International Sales Law (art . 79**) , Giuffrè , Milan , 1987, available at :http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html.

76- The UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods , A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/79 [8 June 2004], availale at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/anno-art-79.html#udfn11. Under the UNIDROIT "Restatement" and Danish Law , 46 American Journal of Comparative Law ,1998 , available at: http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky2.html .

77- Uribe , Rodrigo Momberg **: COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS: EL DEBER DE RENEGOCIACIÓN EN CASO DE EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVENIDA**, Revista Chilena de Derecho Privado, No.18, julio 2012 , available at : http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722012000100002 .

78- Vagts , Detlev F. : Arbitration and the UNIDROIT Principles , Contratación internacional, Comentarios a los principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit , Universidad Nacional Autónoma de México - Universidad Panamericana , 1998 , available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vagts.html#b1.

79- van Houtte , Hans, **Les Principes UNIDROIT et lArbitrage Commercial International, in: ICC (ed.), The UNIDROIT Principles**

for International Commercial Contracts - A New Lex Mercatoria?, Paris, 1995, available at : http://www.trans-lex.org/117400/highlight_hardship .

80- van Houtte, Hans : **Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda, in: Gaillard (ed.), Transnational Rules in International Commercial Arbitration** (ICC Publ. Nr. 480,4), Paris , 1993, availableat: http://www.trans-lex.org/117300.

81- van VUUREN, Elbi Janse : **Termination of International Commercial Contracts for Breach of Contract: The Provisions of [South African Contract Law, U.S. Contract Law, German Contract Law and] the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts** ,15 Arizona Journal of International & Comparative Law ,1998, available at : : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vuuren.html.

82- Varbanova , Kalina : **Hardship as one of the main principles of European contract law Proposing a just regulation of hardship in the Common European Sales Law)** , July, 2014 , see also Girsberger , Daniel and Zapolskis , Paulius , op.cit , p.125.

83- VENEZIANO, Anna : **UNIDROIT Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgian Supreme Court** , 2010, available at : http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2010-1-veneziano-e.pdf .

84- WEISZBERG, Guillaume : **Le « Raisonnable » en Droit du Commerce International (On "Reasonableness" in International Commercial Law)** , 7 novembre 2003 , footnote 763 , available at :http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/Reasonableness.html#chp31.

85- Yildirim , Ahmet Cemil : **Equilibrio Contrattuale Nei Principi UNIDROIT e Nel Diritto Turco** ,research paper, 2009, available at : https://www.trans-lex.org/850001.

86- Zakariya , Hasan **: Changed Circumstances and the Continued Validity of Mineral Development Contracts**, in: Hossain (ed.), Legal

Aspects of the New InternationalEconomic Order, London, New York 1980, available at :http://www.trans- lex.org/118400/.

87- ZELLER, Bruno : **Article 79 Revisited** , 14 Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration , 2010, available at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zeller17.pdf.

The role of "hardship" theory in maintaining contract equilibrium in international trade

By

Ibrahim Khalid Abed Yahya

Supervisor

Dr. Yosef Shandi

Abstract

Circumstances surrounding international trade contracts necessarily affect the obligations of the parties involved. Absence of such circumstances at the time of contracting can surprisingly make it hard for some or all of the parties to continue to abide by the obligations.

Although intra-national contracts might be exposed to such circumstances, international trade contracts are of an extraordinary importance because of their large scope and their substantial influence on national economy, making the impact of such circumstances even more significant. These contracts, therefore, require more careful handling.

Hence, parties to international trade contracts have introduced the “renegotiation” provision, which was later endorsed in the UNIDROIT Principles as part of what was then called the comprehensive “theory of hardship”. This theory has made renegotiation as a prerequisite upon the parties to a contract whenever there is a change in the circumstances creating a considerable hardship to one of those parties. As such, parties can seek to renegotiate the terms of the contract to alleviate hardship, regaining balance to the contract and making equal the obligations of both parties.

This, however, does not guarantee a complete “quid pro quo” for all the losses incurred by one of them. It rather aims to bridge gaps resulting from the changing circumstances and reconcile the party affected (debtor) to the extent

necessary for the contract to continue, thereby avoiding expiry of the contract; parties to international trade contracts do not tolerate expiry of these contracts when they are of a significant financial and legal impact.

What makes the hardship theory distinctive is that it delays any judicial proceedings so that both parties can arrive at a rebalance. Whereas judiciary has the main say in traditional disputes arising from the changing circumstances, in the hardship theory it is the contracting parties who have the main say in dispute resolution. Likely, these parties have a better understanding of the circumstances surrounding their international trade contract, and always strive for a just and satisfactory solution that keeps the contract balanced, achieving the intended justice.

In other words, the theory of hardship helps the contracting parties achieve a rebalance with least time and efforts, and can keep friendly relations among them away from the judiciary and its implications.

Arab American University – Jenin

Faculty of Graduate studies

The role of "hardship" theory in maintaining contract equilibrium in international trade

By

Ibrahim Khalid Abed Yahya

Supervisor

Dr. Yosef Shandi

This thesis was submitted in partial fulfillment of the requirements for the Master's degree in commercial law

July / 2017

©Arab American University – Jenin 2017. All rights reserved.