الالتزام بإعادة التفاوض في تكوين العقد المعدل

Commitment to renegotiate the composition of the amended contract

علي حسين دويح
ALI HUSSEIN DWAYYEH

Ali.hussen@sadiq.edu.iq

جامعة الأمام جعفر الصادق

IMAM JAAFAR AL-SADIQ UNIVERSITY

المستخلص

إن السبب الرئيسي لتكوين العقد المعدل هو تغير الظروف المحيطة بالعقد الأساسي، بحيث تجعل تنفيذ العقد لأحد أطرافه مرهقاً، وخاصة في العقود الطويلة الأمد التي يرغب أطرافها قدراً من الاستقرار في معاملاتهم، كما في عقود الامتياز وعقود التوريد وعقود المقاولات وعقود التامين، التي تكون عرضة لتغير الظروف المحيطة بها، مما سيؤثر على عناصر العقد وتتأثر تبعاً لذلك التزامات المتعاقدين.

إن تغير الظروف المحيطة بالعقد التي تكون متنوعة نتيجة لنوع العقد المبرم بين الأطراف، سواء كانت اقتصادية تتعلق بالمواد الأولية أو المواد المصنعة أو التنفيذ أو نتيجة لتغير في المستوى كما في عقود الاحتراف الرياضي، جميعها أسباب تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بين الأطراف التي تكون غايتهم الأساسية الاستفادة المتبادلة من خلال العقد، الذي تكمن وظيفته الأساسية في استقرار المراكز القانونية بين الأطراف خلال مدة تنفيذ العقد.

وبناءً على ذلك فإن تغير الظروف في مرحلة تنفيذ العقد، سيؤثر على التنفيذ، ويصبح مرهقاً لأحد أطرافه، ونتيجة لرغبة المتعاقدين في استمرار الرابطة العقدية بينهما، وتحقيقاً لقواعد العدالة، يقتضي إعادة النظر في العقد الأساسي وتعديله بمقتضى عقد معدل، يحقق التوازن بين أطرافه.

إما بعض العقود الطويلة الأمد التي يتنبأ أطرافها بتغير الظروف أثناء تنفيذ العقد، تتضمن وجود شرط إعادة التفاوض الذي يهدف إلى تعديل العقد في حالة تغير الظروف في مرحلة تنفيذ العقد، لم تكن موجودة عند تكوين العقد الأساسي، وبذلك يكون شرطاً من صناعة أطراف العقد لمواجهة التغيرات أثناء تنفيذ العقد، ويحدد أطراف العقد نوع الظروف والأحداث التي عند حدوثها يتم إعادة التفاوض، والتي تكون مستقلة عن إرادتهم وتوقعاتهم عند إبرام العقد الأساسي.

Abstract

The main reason for the formation of the amended contract is the change in the circumstances surrounding the basic contract, so that the implementation of the contract for one of its parties is cumbersome, especially in long-term contracts whose parties desire a measure of stability in their transactions, as in concession contracts, supply contracts, contracting contracts and insurance contracts, which are subject to change The surrounding circumstances, which will affect the elements of the contract and the obligations of the contractors will be affected accordingly.

The change of circumstances surrounding the contract that are diverse as a result of the type of contract concluded between the parties, whether it is economic related to raw materials, manufactured materials, implementation, or as a result of a change in the level as in sports professional contracts, all causes lead to a nodal imbalance between the parties whose primary goal is Mutual benefit through the contract, whose main function is to stabilize the legal positions between the parties during the term of the contract.

Accordingly, the change of circumstances at the stage of contract implementation will affect the implementation and become stressful for

one of its parties, and as a result of the contracting parties' desire to continue the contractual bond between them, and in order to achieve the rules of justice, the basic contract must be reviewed and amended under an amended contract that achieves a balance between its parties.

Either some of the long-term contracts whose parties predict a change in circumstances during the implementation of the contract, including the existence of a renegotiation clause that aims to modify the contract in the event of a change in circumstances during the implementation phase of the contract, it did not exist when the basic contract was formed, and thus it is a condition of the contract parties industry to meet the changes During the execution of the contract, the parties to the contract determine the type of circumstances and events that when they occur are renegotiated, which are independent of their will and expectations when the primary contract is concluded act

المقدمة

إن السبب الرئيسي لتكوين العقد المعدل هو تغير الظروف المحيطة بالعقد الأساسي، بحيث تجعل تنفيذ العقد لأحد أطرافه مرهقاً، وخاصة في العقود الطويلة الأمد التي يرغب أطرافها قدراً من الاستقرار في معاملاتهم، كما في عقود الامتياز وعقود التوريد وعقود المقاولات وعقود التامين، التي تكون عرضة لتغير الظروف المحيطة بها، مما سيؤثر على عناصر العقد وتتأثر تبعاً لذلك التزامات المتعاقدين.

إن تغير الظروف المحيطة بالعقد التي تكون متنوعة نتيجة لنوع العقد المبرم بين الأطراف، سواء كانت اقتصادية تتعلق بالمواد الأولية أو المواد المصنعة أو التنفيذ أو نتيجة لتغير في المستوى كما في عقود الاحتراف الرياضي، جميعها أسباب تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بين الأطراف التي تكون

غايتهم الأساسية الاستفادة المتبادلة من خلال العقد، الذي تكمن وظيفته الأساسية في استقرار المراكز القانونية بين الأطراف خلال مدة تنفيذ العقد.

وبناءً على ذلك فإن تغير الظروف في مرحلة تنفيذ العقد، سيؤثر على التنفيذ، ويصبح مرهقاً لأحد أطرافه، ونتيجة لرغبة المتعاقدين في استمرار الرابطة العقدية بينهما، وتحقيقاً لقواعد العدالة، يقتضي إعادة النظر في العقد الأساسي وتعديله بمقتضى عقد معدل، يحقق التوازن بين أطرافه.

إما بعض العقود الطويلة الأمد التي يتنبأ أطرافها بتغير الظروف أثناء تنفيذ العقد، تتضمن وجود شرط إعادة التفاوض الذي يهدف إلى تعديل العقد في حالة تغير الظروف في مرحلة تنفيذ العقد، لم تكن موجودة عند تكوين العقد الأساسي، وبذلك يكون شرطاً من صناعة أطراف العقد لمواجهة التغيرات أثناء تنفيذ العقد، ويحدد أطراف العقد نوع الظروف والأحداث التي عند حدوثها يتم إعادة التفاوض، والتي تكون مستقلة عن إرادتهم وتوقعاتهم عند إبرام العقد الأساسي.

أهمية البحث:

تأتي أهمية البحث من تعاظم أهمية المحافظة على العلاقات العقدية واستمراريتها، وخاصة في العقود الطويلة الأمد أو المتعاقبة التنفيذ، التي تتعرض عادة إلى تغير الظروف أثناء تنفيذها، مما يؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد مع رغبة أطراف التعاقد في استمرار العلاقة العقدية، لذلك يتم اللجوء إلى إعادة التفاوض بينهم، يكون الغاية منها إعادة تقييم الالتزامات المتبادلة بين المتعاقدين، نجد ذلك خاصة في عقود الامتياز التجاري وعقود الاحتراف الرياضين التي عادة ما يتنبأ أطرافها بتغير الظروف أثناء التنفيذ، لذلك يضمنون عقودهم شرط إعادة التفاوض، التي تقسم إلى ثلاثة اقسام وهي أما شروط تلقائية أو نصف تلقائية أو غير تلقائية، يتم مخ خلالها إعادة التوازن الاقتصادي للعقد.

إشكالية البحث:

تتلخص إشكالية البحث في التساؤل ما هو التصرف الذي يتطلب القيام به من قبل أطراف التعاقد عند اختلال التوازن العقدي، بحيث يكون تنفيذ مرهقاً إلى أحد اطرافه، تعد آلية إعادة التفاوض من أهم الوسائل التي يمكن من خلالها إعادة العقدي بين الطرفين وذلك بتعديل الالتزامات المتبادلة على أن يستمر الطرف المرهق في تنفيذ العقد، وفي ذات الوقت الطلب من الطرف الآخر في العقد إعادة التفاوض على بنود العقد الأساسي.

نطاق البحث:

يتحدد نطاق البحث في إعادة التفاوض على العقد الذي يكون إما من خلال شرط مدرج في العقد الأساسي أو عن طريق طلب أحد أطراف التعاقد بإعادة النظر في الالتزامات المتبادلة التي تكون مرهقة له بسبب تغير الظروف أثناء التنفيذ عنها عند إبرام العقد، إما إذا كان إعادة التفاوض تنفيذاً لشرط مبرم في مدرج في العقد الأساسي، بذلك يكون ملزماً إلى أطراف التعاقد لآن الشرط يعد جزء لا يتجزأ من العقد وتنفيذه هو تنفيذ للعقد، إما إذا لم يكن هناك شرط مدرج في العقد الأساسين يكون إعادة التفاوض باتفاق جديد بين المتعاقدين على إعادة النظر في الالتزامات المتبادلة.

منهجية البحث:

اتخذت الدراسة منهجاً علمياً تحليلياً للقوانين المقارنة التي كانت محلاً للبحث وهي القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري والقانون المدني العراقي، لتحديد آلية إعادة التوازن الاقتصادي للعقد عند اختلال التوازن نتيجة تغير الظروف بواسطة إعادة التفاوض على العقد الأساسي سواء من خلال شرط في العقد الأساسي أو من خلال رغبة الأطراف.

خطة البحث:

المطلب الأول: مفهوم إعادة التفاوض.

الفرع الأول: تعريف إعادة التفاوض.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لإعادة التفاوض.

الفرع الثالث: قبول إعادة التفاوض.

المطلب الثاني: إعادة التفاوض بمقتضى شرط في العقد الأساسي.

الفرع الأول: خصائص شرط إعادة التفاوض.

الفرع الثاني: صور شروط إعادة التفاوض.

المطلب الأول
مفهوم إعادة التفاوض

إعادة التفاوض وسيلة بين أطراف العقد لتبادل الآراء والمقترحات حول تعديل أحكام العقد الأساسي الذي يربط بينهم، بمقتضى عقد معدل وتعد إعادة التفاوض طريقة فعالة، لتسويات الخلافات بيت أطراف العقد في مرحلة التنفيذ وتستمد أساسها القانوني من إرادة الأطراف، ويمكن إن يكون إعادة التفاوض تطبيقاً لمبدأ حسن النية بين أطراف العقد، أو استنادًا إلى شرط في العقد الأساسي يفرض إعادة التفاوض على المتعاقدين عند تغير الظروف، لذا ندرس في هذا المطلب في الفرع الأول تعريف إعادة التفاوض، وفي الفرع الثاني الأساس القانوني لإعادة التفاوض، وفي الفرع الثالث قبول إعادة التفاوض.

الفرع الأول
تعريف إعادة التفاوض

إعادة التفاوض على العقد هو التزام أطراف العقد بإعادة النظر في العقد، إذا ما كانت هناك ظروف أدت إلى تغيير في المسائل الجوهرية للعقد، مما يؤدي إلى اختلال في التوازن العقدي بين المتعاقدين، وقد عرف الفقه الالتزام بإعادة التفاوض بأنه " شرط يدرجه الأطراف في العقد يتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم، بقصد تعديل أحكام العقد عندما تحدث أحداث معينة يحددها الأطراف من شانها الأخلال بتوازن العقد، وإصابة أحد المتعاقدين بضرر جسيم"[١].

قد نشأت فكرة إعادة التفاوض في الفقه الانكلوسكسوني، على شكل شروط عقدية تسمى شروط إعادة التفاوض، وعرفها الأستاذ (OPPETIT) على أنها " أتفاق الأطراف على إمكانية التعديل في حالة تغير الظروف بشكل يمس بالعناصر الأساسية للعقد عما تم الاتفاق عليه عند التعاقد، مما يخل بتوازنه ويسبب ضررًا جسيمًا لأحد المتعاقدين"[٢].

---

(١) أحمد عبد الكريم سلامه، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٦٧.

(٢) Oppetit,(B),L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la chausse de hardship . J.D.I, 1974, p798

مشار إلية في هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص٢٢ .

كذلك تم تعريفه بأنه " الشرط الذي يدرجه الأطراف في العقد ويلتزمون بموجبه بالتفاوض لتعديل إحكام العقد، إذا ما طرأت ظروف غير متوقعة من شأنها أن تؤثر في التوازن الاقتصادي للعقد"[١].

لذا فأن إعادة التفاوض هي السماح لأطراف العقد بمراجعته عندما يؤدي تغير الظروف إلى تعديل جوهري في توازن الأداءات العقدية[٢]، والغرض الأساسي من إعادة التفاوض هو المحافظة على الرابطة العقدية والاستمرار بتنفيذ العقد، وأن إعادة التفاوض تفترض وجود عقد صحيح تم إبرامه بمقتضى القانون وفي اغلب الأحيان يكون من العقود طويلة الأمد وفي مرحلة التنفيذ، يتفق أطرافه في حالة حصول تغيير في ظروف العقد، تؤدي إلى حدوث اختلال في توازن العقد، بأنهم يلتزمون بإعادة النظر بإحكام العقد، عن طريق إعادة التفاوض لتعديل العقد بما يتناسب مع الظروف الجديدة سواء في عناصر العقد أو الشروط الملحقة به، أو استبدال عناصر العقد بأخرى أكثر ملائمة مع الظروف الجديدة[٣].

وقد أولت الاتفاقيات الدولية الالتزام بإعادة التفاوض الأهمية الكبيرة، حيث نصت عليه الأونسترال الخاص بصياغة العقود الدولية لتشييد المنشئات الصناعية لسنة ١٩٨٨، ومبادئ العقود الأوربية (PECL) لسنة ٢٠٠٢، في المادة (١١١١٦)[٤]، وتقرير غرفة التجارة الدولية (ICC) لسنة ٢٠٠٢، وتقرير مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (UNCTAD) لسنة ١٩٨٤.

إما في القوانين المقارنة، إن القانون الفرنسي الذي يعطي أهمية كبيرة لسلطان الإرادة، والقوة الملزمة للعقد، ورغبة المشرع في صيانة استقرار المعاملات، وعدم تعريضها إلى أي اضطراب، بذلك يعدُ

---

(١) عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مكتبة النصر، القاهرة، ١٩٩١، ص١٠٣.

(٢) شريف محمد غنام، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥، ص١١٠.

(٣) محمد حسن علي، الالتزام بإعادة التفاوض في عقود النفط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٩، ص١١٠.

(٤) المادة ٦ ١١١١ من مبادئ العقود الأوربية نصت على أن " ١-الطرف المتعاقد ملزم بالوفاء بالتزاماته، وإن اصبح الأداء أكثر تكلفة، سواء بارتفاع الأداء، أم قيمة مقابل الأداء قد انخفضت. ٢- على الأطراف الالتزام بالدخول في مفاوضات، بهدف تكيف عقدهم أو إنهائه، إذا صار الأداء باهظاً للغاية لأحدهم، بسبب تغير الظروف..... ٣- في حالة عدم اتفاق الأطراف خلال فترة معقولة يجوز للمحكمة، أ- فسخ العقد...ب- تكيف العقد من حيث توزيع الخسائر والأرباح الناشئة من تغير الظروف بين أطراف العقد، بعدل وإنصاف.

من القوانين المعارضة لفكرة تعديل العقد أو مراجعته قضائيًا، إلا أنّ التعديل الأخير لقانون العقود الفرنسي بقانون ١٣١ لسنة ٢٠١٦، في المادة (١١٩٥)[١] ، قد إتاحة لأطراف العقد إعادة التفاوض في حالة حدوث ظروف طارئة، بناءً على طلب أحد أطراف العقد، على أن يستمر بتنفيذ العقد، حيث قررت " لو تغيرت ظروف لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، بحيث جعلت التنفيذ مرهقًا بدرجة كبيرة لأحد أطراف العقد الذي لم يكن قد قبل تحمل المخاطر فإن الأخير يستطيع المطالبة بإعادة التفاوض بشأن العقد مع المتعاقد الأخر ويستمر بتنفيذ التزاماته طول فترة إعادة التفاوض" إما في حالة فشل إعادة التفاوض، يمكن فسخ العقد، أو الطلب باتفاق مشترك من القاضي التوفيق بينهما[٢].

أما المشرع المصري أشار بشكل واضح إلى الالتزام بإعادة التفاوض، في قانون التجارة المصري (رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ المادة ٨)، الخاصة بعقود نقل التكنلوجيا، التي تنص على أنه " يجوز لكل من أطراف عقد التكنلوجيا، بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ العقد، أن يطلب إنهاء العقد أو إعادة النظر في شروطه، بتعديلها بما يلائم الظروف الاقتصادية العامة القائمة....."[٣]، أضافة لما نصت عليه (المادة ١٤٧ الفقرة ٢)، من القانون المدني المصري، في حالة حدوث ظروف طارئة غير متوقعة.

أما القانون العراقي، فقد خلا من أي نص تشريعي يشير إلى الالتزام بإعادة التفاوض سوآ ما نصت عليه (المادة ١٤٦ الفقرة ٢)، من القانون المدني العراقي، والخاصة بالظروف الطارئة.

أما على مستوى الإحكام القضائية، فقد عرفت محكمة النقض الفرنسية في الحكم الصادر في ٣٠ أذار ١٩٨٢، إعادة التفاوض على أنه "التزام الأطراف بمناقشة وتبادل الاقتراحات في ظروف معينة،

---

(١) Art 1195," Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation, En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elle déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dons un délai= raisonnable le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe".

(٢) محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص٤٥٨.

(٣) قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ المادة ٨٦.

نتيجة لتغيرات خارجه عن إرادتهم، والتي اعترضت العقد أثناء تنفيذه بما يؤدي إلى إعادة تنظيمه، مثلما يحدث للاتفاقيات الجماعية للعمل"[١].

لذا نرى أن القوانين المقارنة لم تعطي إعادة التفاوض الأهمية المطلوبة، كونه يعد الوسيلة المهمة والفعالة في المحافظة على الروابط العقدية، واستمرار تنفيذ العقد، وآثره على استقرار التعاملات التجارية والأمان القانوني للعقد، وخاصة في العقود الطويلة الأمد، التي تشهد تغير الظروف أثناء تنفيذ العقد، فكلما طالت مدة تنفيذ العقد ازدادت مخاطر تغيير الظروف، واختلال التوازن العقدي بين أطراف العقد، فإن إعادة التفاوض هي تكريس لسعي المتعاقدين إلى الحفاظ على العلاقة العقدية، والابتعاد عن الحلول القضائية، من خلال السعي إلى تعديل العقد بمقتضى عقد معدل، لذا يمكن تعرف إعادة التفاوض أنه الوسيلة الفعالة لأطراف العقد إلى إعادة تقييم الالتزامات المتبادلة بينهم عند تغير الظروف، بما يحقق التوازن العقدي بينهم، ويحافظ على استمرارية تنفيذ العقد.

الفرع الثاني
الأساس القانوني لإعادة التفاوض

يختلف الأساس القانوني في الالتزام بإعادة التفاوض في حالة وجود شرط مدرج في العقد الأساسي بإعادة التفاوض في حالة تغير الظروف، وإذا لم يكن هناك شرط لإعادة التفاوض، ندرسها على النحو الآتي.

أولاً–الأساس القانوني عند وجود شرط لإعادة التفاوض:

يكون الأساس القانوني في حالة وجود شرط إعادة التفاوض مرتبط بصورة أساسية بإرادة أطراف العقد الأساسي، عندما يتوقعون حدوث تغير في الظروف يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي يتم إدراج شرط إعادة التفاوض في العقد الأساسي، وغالباً ما يحددون نوع الظروف التي توجب الالتزام بإعادة

---

(١) Cass, 30 Mars, 1982, Bull, civ, no 232.

مشار إليه في: خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠٠٢، ص٥٥.

التفاوض، إذ أن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد محتوى الشرط، الذي يجعل تنظيمه يختلف من عقد لأخر[١].

إن وجود شرط إعادة التفاوض في العقد الأساسي، يعد أفضل وسيلة ينظم بمقتضاها المتعاقدين مراجعة العقد تبعاً لما يستجد من ظروف، وهو شرط مسموح به وتأخذ به المحاكم حتى في الدول التي يرفض نظامها القانوني الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، ويعد شرط إعادة التفاوض أفضل ما توصل إليه الفن التعاقدي لتنظيم عملية مراجعة العقد[٢].

إن الطبيعة العقدية لشرط إعادة التفاوض، تسمح للمتعاقدين الاقتراب بشكل مرن لإيجاد حل مناسب لتعديل الالتزامات العقدية المتبادلة، نتيجة لتغير الظروف غير المتوقعة، وكذلك يعطي فرصة لاستمرار الرابطة العقدية ووجود الشرط يفرض على أطراف العقد التزاماً بإعادة التفاوض متى ما تغيرت الظروف، فإن الالتزام الأساسي في الشرط هو جلوس الأطراف لإعادة التفاوض، وبذلك يفرض التزامات متقابلة لأطراف العقد، يكون التزام الطرف المتضرر من تغير الظروف، أخطار الطرف الآخر بنطاق وآثار التغيير على تنفيذ العقد، ويمثل الإخطار نقطة البداية لعملية إعادة التفاوض، ويفرض التزام على الطرف الآخر بالتفاوض بحسن نية في إمكانية تعديل العقد تماشياً مع الظروف الجديدة[٣].

إن إعادة التفاوض إذا تمت تنفيذًا لشرط إعادة التفاوض الذي أدرج في العقد الأساسي بإرادة المتعاقدين، تكون بذلك الإرادة هي الأساس القانوني لإعادة التفاوض عند اختلال التوازن العقدي، نتيجة لتغير الظروف عن ما كان عليه عند إبرام العقد، ويكون إعادة التفاوض وسيلة لتكوين العقد المعدل.

ثانيًا–الأساس القانوني عند عدم وجود شرط لإعادة التفاوض:

إن الأساس القانوني للالتزام بإعادة التفاوض في حالة غياب الشرط في العقد، لا يجد أساسه في إرادة المتعاقدين، وإنما في مبدأ حسن النية الذي يفرض على المتعاقدين التعامل به[٤]، أي الالتزام ليس

---

(١) خالد مصطفى فهمي، التنظيم القانوني للالتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٩، ص٦٠.

(٢) شريف محمد غنام، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص٧٣.

(٣) شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص٤٣.

(٤) عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص٢.

بما نص علية العقد فقط، وإنما الالتزام بما تقتضي العدالة والأنصاف أو القانون، لذلك على المتعاقدين أن يسعوا إلى تنفيذ الالتزامات العقدية بحسن النية وتجاوز المشكلات التي تعترض تنفيذ العقد نتيجة تغير الظروف، إذ أنَ مبدأ حسن النية يفترض أن يكون تنفيذ العقد طبقًا لروحه وليس وفقًا لشروط العقد فقط، حيث تظهر التزامات ضمنية جديدة أثناء تنفيذ العقد، إضافة إلى الالتزامات التي تم الاتفاق عند إبرام العقد الأساسي[١]

لذلك على المتعاقدين أن يسعوا إلى تنفيذ الالتزامات العقدية بحسن نية، ويكون سعيهم إلى تجاوز المشاكل التي تحدث عند تنفيذ العقد نتيجة لتغير الظروف، وتمكن أهمية مبدأ حسن النية في حكمه على مرحلة تنفيذ العقد، الذي يفرض على المتعاقدين كالتزام ضمني لتحقيق هدف التعاقد، وكما جاء في القرار الصادر من غرفة التجارة الدولية بباريس سنة ١٩٨٩، الذي أكدت فيه على ارتباط مبدأ حسن النية بالتعاون بين أطراف العقد، حيث قضت " أن العقود يجب أن تنفذ بحسن نية، يتمثل في وجوب تعاون أطراف العقد بحسن نية من اجل تحقيق الأهداف التي من أجلها ابرم العقد...."[٢].

لذا فإن حسن النية يفرض على كل متعاقد أن يسهل تنفيذ المتعاقد الأخر لالتزاماته، وهذا ما نصت عليه القوانين المقارنة المادة (١١٩٤) مدني فرنسي والمادة (١٤٨) مدني مصري والمادة (١٥٠) مدني عراقي التي تؤكد على وجوب تنفيذ العقد بحسن نية.

لذلك نجد أن الأساس القانوني لإعادة التفاوض يكون بالدرجة الأساس إلى إرادة المتعاقدين، في إدراج شرط إعادة التفاوض في العقد الأساسي يضاف إلى ذلك أن تتوفر حسن النية بين أطراف العلاقة العقدية في مرحلة تنفيذ العقد، لغرض استمرار الرابطة العقدية بينهما، وتمثل تقنية إعادة التفاوض، أفضل وسيلة لاستمرار العقد من خلال تعديله بمقتضى عقد معدل له، كنتيجة لإعادة التفاوض.

---

(١) ميثاق طالب، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، ٢٠١٥، ص٣٨١.

(٢) C.C.I, N 9539, BILL, CC, 1999, N2, P107.

مشار إليه في: هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، رسالة دكتوراه، جامعة ابي بكر بلقيد، كلية الحقوق، الجزائر، ٢٠١٥، ص٣٠.

الفرع الثالث

قبول إعادة التفاوض

إن إعادة التفاوض تتطلب من الطرف المتضرر نتيجة تغير الظروف أخطار الطرف الأخر، كونه صاحب المصلحة الأولى من إعادة التفاوض والوسائل التي يتم بها معالجة نتائج تغير الظروف، في أقرب وقت ممكن وإذا تم الأخطار نكون أمام فرضيتين، أما رفض الطرف الأخر لإعادة التفاوض، أو القبول على إعادة التفاوض من خلال الأخطار الذي وجه إليه من الطرف الأول المتضرر من تغير الظروف[١].

الفرض الأول: رفض التفاوض.

إن رفض إعادة التفاوض من قبل الطرف المستفيد من تغير الظروف، لا يخرج عن الحلول التي استخلصتها مجموعة الفقهاء، التي ترأسها الأستاذ (FONTAINE)، في دراستها " التعديل الاتفاقي للعقود طويلة المدة"[٢].

الحل الأول يتمثل في استمرار تنفيذ العقد الأصلي عندما لا يمتلك الطرف المتضرر من تغير الظروف، وسيلة مناسبة لإجبار الطرف الأخر على إعادة التفاوض، لأن هذا الحل يعتمد بصورة أساسية في تطبيقه على سلوك المتعاقدين أو أن يكون مطابقًا لحسن النية والأمانة، لأن الطرف المستفيد من تغير الظروف الذي يرغب في استمرار تنفيذ العقد، لا يمكن أن يرفض الدخول في إعادة التفاوض[٣].

الحل الثاني يتمثل في اتفاق المتعاقدين في أن يجوز لأي منهما أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة، إذا رفض الطرف الآخر الدخول في إعادة التفاوض، على الرغم من سهولة هذا الحل إلا أنه يخالف روح التعاون التي يفترض توافرها لدى المتعاقدين عند إبرام العقد الأساسي.

---

(١) شريف محمد غنام، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص٣٨٥.

(٢) Fontaine,(M), Droit des contrats internationaux, Aynalyse et rédaction de clauses, FEC, 1989, p267

مشار إليه في شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص١٩١.

(٣) شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية المرجع السابق، ص١٨٧.

أما الحل الثالث يتمثل في لجوء المتعاقدين إلى الغير، ليقرر إذا ما كان تغير الظروف يتطلب إعادة التفاوض، وقد يكون الغير خبيراً أو وسيطاً أو حكماً، ويكون اللجوء إلى التحكيم، هو أيسر الطرق التي يمكن تطبيقها[١].

الفرض الثاني: قبول التفاوض.

باعتبار الطرف المتضرر من تغير الظروف صاحب المصلحة في مراجعة العقد، لذا عليه أخطار الطرف الآخر، بأقرب وقت من تغير الظروف، بالحاجة إلى إعادة التفاوض والوسائل التي يمكن بها معالجة التغير في التوازن العقدي بين الطرفين، ولمدة قبول الطرف الأخر أهمية كبيرة، لأن إعادة التفاوض بسرعة تتفادى حدوث تغيرات كبيرة تؤدي إلى قلب توازن العقد، وإن التباطؤ في الرد يؤدي إلى تفاقم الأضرار ولا يؤثر في ذلك إذا كان القبول صريحاً أو ضمنياً، فإن اتفاق الأطراف على موعد معين لغرض الالتقاء، لدراسة التغيرات التي حدثت في توازن العقد، بعني ضمنياً الموافقة على إعادة التفاوض[٢].

أما من ناحية شكل القبول يتوقف بصورة أساسية على مدى العلاقة بين المتعاقدين، إذا كانت هناك علاقة حسنة تربطهم لفترة طويلة ولا يشوبها التوتر وعدم الثقة، يمكن أن يكون القبول على شكل خطاب عادي أو اتصال تلفوني، وخاصة إذا كان المتعاقدين ينتمون إلى وسط مهني واحد، إما إذا كانت العلاقة بين المتعاقدين مضطربة، في هذه الحالة يجب أن يتخذ قبول إعادة التفاوض شكلًا معينًا يسهل معه الإثبات لضمان الجدية في إعادة التفاوض[٣].

المشكلة التي تثار في حالة التزام الطرف الآخر، السكوت على طلب إعادة التفاوض، وهل يعتبر السكوت في هذه الحالة موافقة على إعادة التفاوض أم رفض الطلب، الرأي السائد في الفقه أن هذا

---

(١) المرجع نفسه، ص ١٩٢.

(٢) أحمد مروك، شرط إعادة التفاوض في العقود الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ١، ٢٠١٥، ص٢١٥.

(٣) شريف محمد غنام، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص٣٨٩.

السكوت في هذه الحالة يعد قبولاً، وذلك بافتراض وجود إرادة ضمنية من قبل الأطراف في إعادة التفاوض في حالة اختلال التوازن العقدي بين الطرفين، فإذا اعتبر طلب المضرور إلى إعادة التفاوض أيجابًا مقدم للطرف الأخر، فأن الإرادة الضمنية توجب فهم السكوت على أنه قبول، ويسمى السكوت في هذه الحالة السكوت الموصوف ويعد قبولاً؛ لأن الالتزام بإعادة التفاوض هو التزام بتحقيق نتيجة، يلزم الأطراف بإعادة التفاوض، والطرف الذي يرفض إعادة التفاوض يعد مرتكبًا لخطا تعاقدي يوجب المسئولية[١].

أما إذا كان إعادة التفاوض بمقتضى شرط في العقد، فإن عدم الالتزام به يعد إخلالاً بالعقد، التي ندرسها في المطلب التالي، إعادة التفاوض بمقتضى شرط في العقد.

المطلب الثاني
إعادة التفاوض بمقتضى شرط في العقد الأساسي

يتميز شرط إعادة التفاوض (Hardsipe)[٢]، بأنه شرط اتفاقي محض يستمد مضمونه من إرادة المتعاقدين، وليس له مضمون محدد، إنما الهدف منه إعادة التفاوض لتعديل عناصر العقد عند تغير

---

(١) أن بعض الفقه يميل إلى أن الالتزام بإعادة التفاوض، وأن لم يكن التزام بتحقيق نتيجة، ألا أنه يحمل بعض خصائصه، مبرراً ذلك في أن المبادئ التي تحكم العقد ليس فقط لحظة إبرامه، وإنما في جميع مراحله، إذ أن مبادئ حسن النية والتعاون وإن كانت هي التي تدفع المتعاقدين للتعاون من أجل استمرار الرابطة العقدية، فإنها هي التي تحكم إعادة التفاوض، وبالتالي يجب أن يقضي التزامهم بإعادة التفاوض لغرض المحافظة على استمرار الرابطة العقدية.
AL ACHKAR (R,) Clause de hardsipe et clause d'amiable composition, thèse Doctorat, Paris 2010, p157 .

مشار إليه في هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص١٢٨.

(٢) بالنظر لمنشائه الانجلوسكسوني وأجهه الفقه بشي من التحفظ، ونتيجة لذلك أختلف ألفقه في ترجمته، فقد ترجم بشروط عدم التوقع l'imprévision وشرط الحماية clause de sauvegarde، وشرط المرجعة،clause de révision، شرط العدالة clause de l'équité، ومن الفقه الفرنسي احتفظ بالمصلح la clause de hardship شرط المشقة .

Fontaine,(M), OP,CIT,P253: Pellet,(S), OP, CIT, N234, p232;

الظروف في مرحلة التنفيذ، وقد تم تعريفه على أنه " شرط يدرجه الأطراف في العقد ويتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم عندما تقع أحداث معينة يحددها الأطراف في العقد"[١].

وإن تكون تلك الأحداث ذات تأثير على توازن العقد ومستقلة عن إرادة المتعاقدين وتوقعاتهم عند إبرام العقد، وبذلك يكون الهدف الذي يحققه شرط إعادة التفاوض تعديل أحكام العقد عن طريق إعادة التفاوض، عندما يكون الالتزام مرهقاً إلى أحد أطراف العقد، التي قد تجبر الطرف المتضرر التوقف عن التنفيذ، حتى لو أدى إلى دفع الشرط الجزائي في العقد أو دفع التعويض بدلاً من التمسك بالعقد، وبذلك يفتح شرط إعادة التفاوض طريقاً للمحافظة على الرابطة العقدية، عندما يرغب المتعاقدين، بإعادة تنظيم العقد بوسائل قانونية، وخاصة في العقود الطويلة الأمد، وتجنب الحلول القضائية[٢]، لذا نقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع ندرس في الفرع الأول، خصائص شرط إعادة التفاوض، وفي الفرع الثاني أنواع شرط إعادة التفاوض، وفي الفرع الثالث مصير العقد أثناء التفاوض.

كذلك الفقه العربي اختلف في ترجمة هذا الشرط إذ ترجمه الأستاذ ثروت حبيب بشرط المشقة، وترجمه الأستاذ محمود كيلاني بشرط الطوارئ، وترجمه الأستاذ شريف محمد غنام بشرط إعادة التفاوض. محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنلوجيا، بدون دار نشر، ١٩٨٨، ص٤١٨. شريف محمد غنام، شروط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص٢٠. لاحظ الأستاذ ULLMANN أن الاختلاف في ترجمة هذا الشرط يعود لنشأته حيث يقول" أنه ليس مصطلحاً قانونياً وإنما عبارة عن وصف لحدث يتعرض له أحد اطراف العقد" وهذا ما أدى ببعض الفقه الأمريكي إلى تسمية هذا الشرط بشرط الاختلال الكبير gross inequity . ULLMANN, (H,) Droit et pratique des chausses de hardship dans le système juridique américain R. D. L .N, 1988, P890.

مشار إليه لدى: هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص٢٤

(١) شريف محمد غنام، شروط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص٢٣.

(٢) Pellet, (S,),OP; CIT, N232, P230.

الفرع الأول

خصائص شرط إعادة التفاوض

يتصف شرط إعادة التفاوض (Hardship)، بانه شرط تعاقدي وله خصائص تميزه عن باقي الشروط، نبينها على النحو الآتي.

أولاً–أنه شرط اتفاقي أو تعاقدي:

يعد من الشروط المقبولة في كل الأنظمة القانونية، لأن مضمونه يتوقف على ما أتفق عليه المتعاقدان في عقدهم، لذا نجد أن شروط إعادة التفاوض تدرج في العقد بشكل مفصل حيث يضع المتعاقدين مفهومهم للشرط والأحداث التي تواجههم وآثرها على العقد، ونظراً للأهمية الكبيرة التي تمثلها الإرادة في صياغة أحكام الشرط، يرى جانب من الفقه إن شرط إعادة التفاوض فكرة اتفاقية خالصة[١]، ليس لها مفهوم مستمد من قانون معين، ويحتاج في تطبيقه إلى حسن النية والمناقشة والعدالة، ويمكن أن يتسم بالسهولة إذا تم تنظيمه من قبل المتعاقدين بشكل جيد ودقيق في عقدهم.

إن المفهوم الاتفاقي لشرط إعادة التفاوض يفرض على المتعاقدين أن يحددوا مقصدهم من مختلف عناصر الشرط، التي يدرجونها في عقدهم، لأن فعالية هذا الشرط مرتبطة بصورة وثيقة بوضوح تحريرها، إذ أن الغموض في هذا الشرط يثر المزيد من الخلافات بين المتعاقدين، ولا أجل أن يؤدي الشرط غرضه يجب أن يتضمن العناصر الأتية.

١. إن يحدد المتعاقدين بدقة الأسباب التي تؤدي إلى اختلال التوازن في العقد، التي تستوجب تطبيق الشرط، على أن تكون تلك خارج إرادة الأطراف، وقد تكون متوقعة أو غير متوقعة[٢].
٢. إن يبين المتعاقدين ماهية اختلال التوازن العقدي على أن يكون ضرر أحد المتعاقدين كبير، واختلال خطير في اقتصاد العقد، كشرط ضروري لتطبيق إعادة التفاوض.
٣. إن يبين المتعاقدين مصير العقد إثناء فترة التفاوض وكذلك مصير العقد في حالة فشل المفاوضات.

---

(١) شريف محمد غنام، شروط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص٢٥.
(٢) شريف محمد غنام، المرجع نفسه، ص٢٨.

ثانيًا- اختلاف صوره باختلاف العقود والظروف:

إن الطابع الاتفاقي لشرط إعادة التفاوض (Hardship)، يجعل مضمونه غير موحد في كل العقود، فهو خاضع لاتفاق المتعاقدين ورغباتهم في كل عقد، لهذا تتغير صورة الشرط من عقد لآخر، نجده في عقد يواجه الظروف الاقتصادية وفي عقد آخر ظروفًا قانونية، وقد يكون الاتفاق تطبيق الشرط لمجرد حدوث ضرر إلى أحد أطراف العقد، ويمكن أن يكون الاتفاق على نوع معين من الضرر، وقد يكون الاتفاق على مناقشة بسيطة بين المتعاقدين تقوم على أساس حسن النية بينما يكون الاتفاق في عقد أخر، لا تتم إعادة التفاوض إلا عن طريق مختصين، أو يكون بإحالة العقد للتحكيم، إلا أنّ الأساس في تطبيق الشرط أن يكون هناك اختلال بالتوازن العقدي ما بين المتعاقدين[١].

ولتنوع صور شرط إعادة التفاوض آثر كبير في صياغة الشرط، حيث أصبحت صياغة الشرط أكثر تحديدًا ودقة، لأن الصياغات العامة تؤدي إلى مزيد من الاختلاف.

لذا نجد إن تطبيق شرط إعادة التفاوض بالدرجة الأساس هو اختلال التوازن العقدي بين المتعاقدين، نتيجة لتغير الظروف سواء متوقعة أو غير متوقعة، وأن أدراج الشرط في العقد هو نتيجة لتوقع الأطراف حدوث اختلال في التوازن العقدي، والتأثير على اقتصاد العقد، ومثال ذلك تطور الأداء من قبل صاحب الامتياز الحصري، يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي.

الفرع الثاني

صور شروط إعادة التفاوض

في أطار العقود التي يتنبأ أطرافها باضطراب علاقاتهم التعاقدين نتيجة لتغير الظروف، تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي، ومن اجل إدارة المخاطر الخارجية التي تهدد استمرارية تنفيذ العقد، قد يلجأ

---

(١) شريف محمد غنام، اثر تغير الظروف على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص٢٨ وما بعدها.

المتعاقدين لأدراج شروط معدلة لعقدهم الأساسي، التي يمكن حصرها في ثلاث صور وهي الشروط التلقائية، وشروط شبه تلقائية، وشروط غير تلقائية[١].

أما الشروط التلقائية والتي تسمى كذلك شروط الفهرسة التي هي خارج نطاق دراستنا، كونها تسمح فقط بمراجعة كمية الالتزام أو تعديل السعر استنادًا إلى مؤشر سعري محدد عند إبرام العقد وتمتاز هذه الصورة من الشروط بالطابع الآلي، الذي يمنع المتعاقدين من التدخل عند حدوث الظروف الطارئة[٢]، حيث يتم اعتماد آلية مسبقة عند إبرام العقد لمعالجة التغيير في الظروف إثناء مرحلة تنفيذ العقد، لذا ندرس الشروط شبه التلقائية في أولاً، والشروط غير التلقائية في ثانياً.

أولاً–الشروط شبه التلقائية:

وتسمى الشروط نصف التلقائية، وكذلك تسمى شروط المراجعة التي تحتاج إلى تفعيلها من قبل الطرف المستفيد، تبعاً لتغير الشروط المطبقة على عمليات تجارية مشابه، وتختلف عن الشروط التلقائية في عدم وجود مؤشر يتم على أساسه التعديل عند تغير الظروف، ويذهب رأي آخر إلى أن تفعيل هذه الشروط لا يتطلب إلا تدخل طرف واحد، وظهور إرادة واحدة لا يمكن تكيفه كعقد معدل للعقد الأساسي، في حين يذهب رأي أخر أن الشروط شبه التلقائية، لا يكفي لتفعيلها إرادة واحدة، بل توجب الدخول في تفاوض بين المتعاقدين، مما يسمح بتكوين عقد جديد معدل لمضمون العقد الأساسي[٣].

إن تفعيل الشروط شبه التلقائية من قبل الطرف المستفيد الذي يؤدي إلى تكوين العقد المعدل يكون بصورتين، إما باتفاق المتعاقدين عند التعديل، أو باتفاقهم عليه عند إبرام العقد الأساسي من خلال إعطاء الحق لأحدهما[٤]، والحق الذي أعطي لأحد الطرفين عند إبرام العقد الأساسي في تعديل العقد، لا يعد عملاً قانونيًا منفرداً بل هو عمل قانوني ثنائي، وهو عقد ملزم لجانب واحد، وهو المتعاقد مع المستفيد من شروط التعديل شبه التلقائية، هذه الشروط لا تؤدي إلى إعادة التفاوض مباشرة، إنما تخلق الظروف

---

(١) Pellet, (S,), op, cit, N232, P234.

(٢) Perrouin,(J), la hiérarchie des conventions en droit prive, thèse Toulouse, 2000, N535; P243.

(٣) Mennier,(L), OP, CIT, N164, P98.

(٤) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص٦٩٨–٦٩٩. محسن عبد الحميد البيه، مصادر الالتزام الإرادية، المرجع السابق، ص . حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص١٧٤.

المناسبة لإعادة التفاوض وهي من أكثر الشروط شيوعاً في التعاملات التجارية[١]، ويندرج ضمن الشروط شبه التلقائية عدد من الشروط أهمها شرط العرض المنافس، وشرط العميل الأولى بالرعايا.

١. شرط العرض المنافس:

يتيح هذا الشرط للمتعاقد (المشتري)، مطالبة الطرف الأخر (البائع)، بتعديل وإعادة التفاوض على العقد في حالة وجود عرض أكثر تنافسية، من حيث الكمية والنوعية والسعر المقدم من الغير (طرف ثالث)، إثناء تنفيذ العقد وفي هذه الحالة يكون على الطرف الأول (البائع)، أن يعدل من السعر لكي يتناسب مع العرض التنافسي، أو إعادة التفاوض، ويتم الاستمرار بتنفيذ العقد وفقاً لسعر العرض التنافسي أو عدم رضا الطرف الأخر (البائع)، بتعديل السعر أو مراجعة العقد، جاز للطرف الأول فسخ العقد والتعاقد مع الغير[٢].

إلا أنّ تطبيق هذا الشرط يتطلب وجود عرض تنافسي من الغير أفضل مقارنة بجميع عناصر العقد محل التنفيذ، حيث يؤكد الأستاذ (FONTAINE)، يجب أن تكون جميع عناصر العقد والعرض التنافسي متجانسة متشابهة إلا فيما يخص السعر، الذي يجب أن يكون أقل في العرض التنافسي مقارنة بالعقد، أي أن تفعيل الشرط يتطلب مقارنة بين جميع عناصر العقد والعرض التنافسي[٣].

ولغرض أن يتم تفعيل شرط العرض المنافس، أن يكون العرض المنافس جدياً، وتقع مسئولية إثبات الجدية في العرض على الطرف الأول (المشتري)، كونه الطرف المستفيد من العرض المنافس، وكذلك

---

(١) " les clauses de réadaptation semi automatiques, A la différence des clauses de force majeure, la seconde catégorie de clauses favorisant la renégociation de l'accord ne fait pas naitre directement le devoir de renégocier, Elles se contentent de créer des circonstances propices à la renégociation, ll s'agit des clauses de réadaptation semi automatiques, Les plus fréquentes," Pellet,(S,) op, cit, N°237,P238.

(٢) موكه عبد الكريم، شرط العرض التنافسي لمراجعة العقد الدولي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، الجزائر، العدد١١ لسنة٢٠١٩، ص٥٨.

(٣) Fontaine, (M,) les clauses de l'offre concurrente de client le plus favorisé et al clause de premier refus dans les contrats internationaux, Revue, DPCI, tom, 4, n2, Paris, 1978, p189

عليه أخطار الطرف الآخر (البائع)، بعد تحققه من جدية العرض المنافس، بوجود عرض منافس ورغبته في تعديل العقد، بما يتلأم مع العرض المنافس أو إعادة التفاوض على العقد وفقاً للعرض المنافس الجديد أو وقف أو فسخ العقد.

ويترتب على تفعيل شرط العرض المنافس المراجعة شبه التلقائية للعقد، إذا كان هناك تقارب كبير بين عناصر العقد والعرض المنافس ويتم الاستمرار في تنفيذ العقد وفقاً لما ورد في العرض المنافس، وبذلك يكون تعديل شبه تلقائي للعقد وعلى الطرف الآخر (البائع)، أن يتعامل مع العقد كما في العرض المنافس من تاريخ إخطاره، وموافقته على العرض المنافس، أما إذا كان هناك اختلاف كبير بين عناصر العقد والعرض المنافس ورغبة الطرفين في استمرار الرابطة العقدية، وتجسيداً لحسن النية، يمكن لهم مراجعة العقد من خلال إعادة التفاوض على العقد بناءً على العرض المنافس، إذا تم الاتفاق على تعديل العقد بمقتضى عقد جديد يعدل العقد الأساسي، نكون أمام تكوين عقد معدل للعقد الأساسي، أما إذا لم يتم الاتفاق يكون الحق للطرف الأول التحرر من العقد، شريطة إخطاره من الطرف الثاني بعدم القبول[1]

نرى إن المراجعة وإعادة التفاوض بمقتضى شرط العرض المنافس لا تتم بسهولة وإنما تخضع لتقديرات عديدة، وأسس يتم بموجبها الموازنة بين عناصر العقد الأساسي وعناصر العرض المنافس المقدم من الغير، خارج العلاقة العقدية الأصلية على نفس السلعة والكمية والجودة، إلا أنه من الوسائل الفعالة لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد عند تغير الظروف، وتكوين العقد المعدل للعقد الأساسي وعادة ما يقترن هذا الشرط مع شرط أخر وهو شرط العميل الأولى بالرعاية.

٢. شرط العميل الأولى بالرعاية:

وهو شرط يعد كترتيب تعاقدي بين المتعاقدين (البائع والمشتري) يضمن للطرف الأول (المشتري)، الحصول على أفضل سعر يعرضه الطرف الأخر (البائع)، على أي مشتري آخر أي طرف ثالث، إذا تم الاتفاق من قبل البائع مع أي طرف آخر بسعر افضل، على الطرف الأول (المشتري)، إخطار الطرف الثاني (البائع)، بتعديل العقد أو إعادة التفاوض على العقد، على أساس شرط العميل الأولى بالرعاية، ويسمى كذلك شرط الزبون الأكثر تفضيلاً، ويكون التعديل أو آثر العقد المعدل من تاريخ إبرام العقد مع الطرف الثالث، وليس من تاريخ إبرام العقد المعدل للعقد الأساسي.

([1]) موكة عبد الكريم، المرجع السابق، ص٦٣.

إلا أنّ هذا الشرط يتعارض مع المادة (١٠١) من معاهدة العمل الأوربي (TEU) والمادة (١١٤٢٠) من قانون التجارة الفرنسي التي عدت شرط العميل الأولى بالرعاية من الشروط المانعة للمنافسة، لأنها لا تشجع الموردين على تخفيض الأسعار، كذلك يسمح هذا الشرط للطرف المستفيد الاطلاع على أسعار المنافسين[١].

ثانياً-الشروط غير التلقائية:

وهي الشروط التي تفرض على المتعاقدين عند تغير الظروف في مرحلة تنفيذ العقد إعادة التفاوض لتعديل عقدهم الأساسي، إن الدخول في المفاوضات يعد التزاماً بنتيجة، إذ يقع لازماً على أطراف العقد الأساسي الدخول في هذه المفاوضات، أما الوصول إلى اتفاق من عدمه هو التزام ببذل عناية وتسمى كذلك بشروط المراجعة العامة، كونها تسمح للأطراف بإن يتقابلوا لمناقشة الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد وعادة ما تخص هذه الشروط كل عناصر العقد، وابرز هذه الشروط هو شرط إعادة التفاوض، وشرط القوة القاهرة ويختلف الشرطان تبعاً لتغير الظروف التي تواجه مرحلة تنفيذ العقد، فشرط إعادة التفاوض يواجه تغير الظروف التي تجعل الالتزام مرهقاً لأحد أطراف العقد، إذا ما قام بتنفيذ العقد الأساسي كما اتفق علية، أما شرط القوة القاهرة يواجه الشرط الذي يجعل تنفيذ الالتزام لأحد أطراف العقد مستحيلاً بصورة كلية أو جزئية[٢]، كنا قد درسنا إعادة التفاوض في بداية المبحث، ندرس شرط القوة القاهرة كشرط من الشروط غير التلقائية.

---

(١) " Classically, the most favored client clauses may fall under the prohibition of anti-competitive agreements, prohibited by article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union ("TEU") and by article L. 420 -1 of the Commercial Code. They can also constitute an abuse of a dominant position, if the company benefiting from them is dominant in the market (s) concerned, and therefore be prohibited by Articles 102 of the TEU and L. 420-2 of the Commercial Code"
Condomines, (A,) Most favored client clauses; prohibition and circumvention, Aramis publication, 2020,
متاح على الإنترنت aramis. Law. Com. تاريخ الزيارة ٢٩ /٥/ ٢٠٢٠

(٢) خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص٧٧.

شرط القوة القاهرة:

يمثل شرط القوة القاهرة استثناءً لمبدأ القوة الملزمة للعقد وترتب أثارها بصورة استثنائية، ويتصف بها الحادث أنه مستقل عن إرادة المدين، وغير متوقع وليس نتيجة خطأ المدين، وتكون فيها الاستحالة مطلقة فهي تعني عدم إمكانية استمرار العقد، إلا أن بعض المختصين في التجارة الدولية وضعوا مصطلح مختلف للقوة القاهرة وهو استحالة التنفيذ أو حالات الإعفاء من التنفيذ، حيث يعفى المدين من تنفيذ التزامه في حالة استحالة التنفيذ، ويخطر الطرف الأخر في العقد بعدم قدرته على التنفيذ[١]، لذا فأن القوة القاهرة نتيجة لتغير الظروف الخارجة عن إرادة الأطراف أو تأثيرهم التي من شانها عرقلة تنفيذ العقد، يتم أرجاء تنفيذ العقد لحين زوال السبب، ولمدة معقولة ومقبولة دون إنهاء العقد، حيث يتم العودة إلى تنفيذ العقد بعد التوقف نتيجة للقوة القاهرة على أسس جديدة يتم التفاوض بشأنها[٢]، وتكوين عقد جديد كنتيجة للتفاوض، معدلاً للعقد الأساسي، الذي اصبح تنفيذه مستحيلاً.

لذا نجد أتجاه المختصين في ميدان التجارة الدولية، يوفر للمتعاقدين إمكانية تعليق تنفيذ العقد، عندما يصبح مستحيلاً بصفة مؤقته، فإن إعادة التفاوض تسمح بتنفيذ العقد بعد زوال الاستحالة المؤقتة، كما حدث عند انتشار وباء كرونا وأصبح تنفيذ بعض الالتزامات مستحيلاً، يتم إعادة التفاوض بعد انحسار الوباء وتعديل الالتزامات نتيجة تغير الظروف.

الخاتمة

عندما يكون هناك اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد ويقترن برغبة أطراف التعاقد في استمرارية الرابطة العقدية بينهما وخاصة في العقود طويلة الأمد أو المتعاقبة التنفيذ، يكون هناك إعادة تفاوض ما بين الطرفين لغرض تعديل الالتزامات المتبادلة بينهما، وذلك من خلال تعديل التزامات الطرف المرهق في العقد، الذي لا بد أن يستند على أساس قانوني سواء كانت إعادة التفاوض بمقتضى شرط فب العقد الأساس أما رغبة الأطراف على عقدهم الذي اختل فيه التوازن.

---

(١) هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص٤٧.

(٢) " la clauses de force majeure …elle vise la plupart du temps, dans de tels contrats, à assurer la continuité de la convention et à adapter celle _ci à la situation criée par la survenance de l'évènement exonératoire, ainsi une telle clause prévoit souvent, en pratique, qu'après une période de la suspension, le contrat recommence à développer sec effets sur de nouvelles bases négociées dans l'intervalle" Oppetit, (B,), op, cit, p797

اولا: النتائج

- يكون الدور الأساسي لإعادة التفاوض إلى إرادة أطراف التعاقد سواء من خلال ادراج شرط إعادة التفاوض كبند أساسي في العقد أو شرط ملحق بالعقد، او بإعادة التفاوض بدون وجود شرط ملزم لأطراف التعاقد بإعادة التفاوض.
- يمثل حسن النية أساس في إعادة التفاوض لتحقيق غاية المتعاقدين في استمرارية الرابطة العقدية بينهما، كذلك المحافظة على التوازن الاقتصادي للعقد الذي يؤدي إلى تحقيق المنفعة المتبادلة من العقد.
- يمكن لأطراف التعاقد اللجوء إلى الغير، ليقرر ما إذا كان تغير الظروف يتطلب إعادة التفاوض بين المتعاقدين، ويمكن أن يكون الغير وسيطاً أو خبيراً أو حكماً، ويعد اللجوء إلى التحكيم من أيسر الطرق.

ثانيا: التوصيات

- إن يكون شرط إعادة التفاوض من البنود الرئيسية في العقود الطويلة الأمد التي يحتاج تنفيذها إلى فترات زمنية طويلة حيث تتغير فيها الظروف باستمرار سواء كانت ظروف خاصة بالتعاقد أو ظروف صحية أو اجتماعية أو سياسية.
- إن يكون الاستمرار بتنفيذ العقد شرطاً إلى إعادة التفاوض لأنه يعبر عن حسن نية الطرف المرهق في استمرار الرابطة العقدية بين الطرفين.
- تحديد سقف زمني محدد لإعادة التفاوض حتى لا يكون وسيلة للتسويف والمماطلة من قبل الطرف المستفيد من تغير الظروف، والدخول في مفاوضات دون تحقيق هدف.

المصادر والمراجع

٣. أحمد عبد الكريم سلامه، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٦٧.
٤. أحمد مروك، شرط إعادة التفاوض في العقود الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ١، ٢٠١٥، ص٢١٥
٥. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص١٧٤.

٦. خالد مصطفى فهمي، التنظيم القانوني للالتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٩، ص٦٠.

٧. خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠٠٢، ص٥٥.

٨. شريف محمد غنام، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥، ص١١٠.

٩. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مكتبة النصر، القاهرة، ١٩٩١، ص١٠٣.

١٠. عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص٢.

١١. محمد حسن علي، الالتزام بإعادة التفاوض في عقود النفط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٩، ص١١٠.

١٢. محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص٤٥٨.

١٣. موكه عبد الكريم، شرط العرض التنافسي لمراجعة العقد الدولي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، الجزائر، العدد١١ لسنة٢٠١٩، ص٥٨.

١٤. ميثاق طالب، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، ٢٠١٥، ص٣٨١.

١٥. هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، رسالة دكتوراه، جامعة ابي بكر بلقيد، كلية الحقوق، الجزائر، ٢٠١٥، ص٣٠.

المصادر الأجنبية:

1. AL ACHKAR (R,) Clause de hardsipe et clause d'amiable composition, thèse Doctorat, Paris 2010, p157 .
2. Condomines, (A,) Most favored client clauses; prohibition and circumvention, Aramis publication, 2020,
3. Fontaine, (M,) les clauses de l'offre concurrente de client le plus favorisé et al clause de premier refus dans les contrats internationaux, Revue, DPCI, tom, 4, n2, Paris, 1978,
4. Perrouin,(J), la hiérarchie des conventions en droit prive, thèse Toulouse, 2000, N535; P243.
5. ULLMANN, (H,) Droit et pratique des chausses de hardship dans le système juridique américain R. D. L .N, 1988, P890.