



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية-قسنطينة-



قسم: الشريعة والقانون

كلية الشريعة والاقتصاد

الرقم التسلسلي:

رقم التسجيل:

أثر القوة القاهرة على عقود التجارة الدولية

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه لـ م د في شعبة العلوم الإسلامية -شريعة-

تخصص: الشريعة والقانون.

إشراف الأستاذ:

إعداد الطالبة:

سعاد قصعة

آمنة جباري

لجنة المناقشة:

الصفة	مؤسسة العمل	الرتبة	الاسم واللقب
رئيسا	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية-قسنطينة	أستاذ	أ.د. كمال لدرع
مشفرا ومحررا	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية-قسنطينة	أستاذ	أ. د سعاد قصعة
عضووا مناقشا	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية-قسنطينة	أستاذ	أ.د. دليلة شايب
عضووا مناقشا	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية-قسنطينة	أستاذ محاضر-أ	د. هشام عليواش
عضووا مناقشا	جامعة الحاج لخضر- باتنة 1	أستاذ	أ.د. الخامسة مذكور
عضووا مناقشا	جامعة الإخوة متوري- قسنطينة 1	أستاذ	أ.د. الكاهنة زواوي

السنة الجامعية: 1446-1447هـ/2025-2026م

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيْمِ

قال عز وجل:

﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾

سورة البقرة: الآية 286.

شكر واعتنان

لطالما أجابني ربِّي وزادني منه فضلاً ولطفاً، وسبقني بالتيسير والجبر
واللطف،

ما خطوت له حمداً واحداً إلا وأسبغَ عليَّا وفاقني بالنعم فالحمد لله حمداً
كثيراً طيباً مباركاً فيه، والصلة والسلام على نبينا وحبيبنا محمد المبعوث رحمة
للعالمين وآلِه وصحبه والتابعين.

كل الشكر الخاص لأستاذتي المشرفة الأستاذة الدكتورة "سعاد قصعة" على
تفانيها الكبير في تأطير هذه العمل.

الشكر موصول للسادة الأساتذة أعضاء اللجنة العلمية الذين قبلوا مناقشة
هذه الأطروحة، وتقربوا بتقديم آرائهم وملاحظاتهم القيمة.

الشكر الجزيل موصول لمن أسهمت وقدمت يد المحبة والوفاء قبل العون،
صديقتني: مطRFي نور الهدى، ولكل من ساعدني وساندني في إنجاز هذا العمل،
من قريب أو من بعيد.

الباحثة: آمنة جباري

إهداء

أهدى ثمرة جهدي إلى:

من علمني العطاء من دون انتظار إلى من أحمل اسمه بكل افتخار إلى روح

والدي الطاهرة رحمة الله عليه

أسأل الله أن يجعل هذا العمل زيادة في حسناته ورفعه لدرجاته.

إلى من غرست في نفسي قيم الإصرار والاجتهد إلى التي قاسمتي مشقة
هذا العمل وكانت الحافز والمشجع كلما توانيت أو فشلت. أمي الغالية أطال

الله في عمرها وألبسها لباس الصحة والعافية.

إلى الذي كان الرفيق والسندي والمعين، إلى من شاركني التضحيات في سبيل
إتمام هذا البحث زوجي حفظه الله ورعاه.

إلى إخوتي سر بسمتي أدام الله ودنا:

عبد الرحمن، محسن، صفية.

إلى قرة العين وحبة الفؤاد "تسنيم" ابنتي الغالية التي نشأت في كنف هذا البحث
وبيّن أحضان الكتب.

حفظها الله وفتح عليها فتوح العارفين.

مقدمة

الحمد لله الذي خلق السماوات والأرض وجعل لكل شيء قدرًا، وأمدنا بنعمة العقل واللغة لنفكر ونتعلم، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله، بلغ الرسالة، وأدى الأمانة، ونصح الأمة، وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد...

أولاً: التعريف بالموضوع

تعد العقود التجارية الدولية في الوقت الحاضر من أهم الآليات القانونية التي تنظم حركة التبادل التجاري بين الدول والأفراد، وتسهم بفعالية في تحقيق التنمية الاقتصادية وتدعم العلاقات الدولية. وقد أفرز التطور الهائل في التجارة العالمية وتزايد الترابط الاقتصادي بين الدول واقعًا جديداً يتسم بتعقد المعاملات وتشعّبها، مما أوجب على الأطراف المتعاقدة إحكام تنظيم علاقتهم التعاقدية بما يضمن تنفيذ الالتزامات وتحقيق الاستقرار القانوني في التعاملات. غير أن طبيعة الحياة الاقتصادية، وتقلبات الأوضاع السياسية والاجتماعية والبيئية، تجعل هذه العقود عرضةً في كثير من الأحيان لظروف استثنائية خارجة عن إرادة الأطراف، تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزامات أو صعوبتها البالغة، فيتعذر تحقيق مقاصد العقد أو يختل توازنه احتلالاً جسيماً.

في هذا الإطار، يبرز مفهوم القوة القاهرة كأحد أهم المفاهيم القانونية التي تناولت معالجة هذه الإشكالية، إذ تُعد وسيلة لتحقيق العدالة العقدية في مواجهة الأحداث غير المتوقعة التي تحول دون تنفيذ الالتزام أو تجعله مستحيلاً. وقد أولت الأنظمة القانونية الوضعية لهذا المفهوم عناية كبيرة، فنصت عليه القوانين المدنية والتجارية، ونظمته الاتفاقيات الدولية، وعلى رأسها اتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، التي أرست مبدأ الإعفاء من المسؤولية في حال تحقق حدث خارج عن الإرادة لا يمكن توقعه أو دفعه.

وفي المقابل، نجد أن الفقه الإسلامي – بعمق رؤيته وشموليته – لم يغفل هذا الجانب، بل عالجه معالجة دقيقة في إطار ما يُعرف بالأعذار الطارئة أو الجوائح، مستنداً إلى أصول وقواعد شرعية عظيمة، من أبرزها: قاعدة الضرر يزال، وقاعدة المشقة تجلب التيسير، وقاعدة إذا ضاق الأمر اتسع. وهذه القواعد تمثل الأساس النظري لما يُعرف اليوم بالقوة القاهرة في الفقه القانوني الحديث، وترى مدى مرونة الشريعة الإسلامية وقدرتها

على مواكبة التطورات القانونية والاقتصادية، واستيعاب المستجدات المعاصرة في عالم التجارة الدولية.

ومع تعدد المذاهب الفقهية وتنوع التشريعات الوضعية في تحديد مدى تأثير القوة القاهرة على الالتزامات العقدية، وما يترتب عنها من آثار قانونية، سواء بالإعفاء من المسؤولية، أو تعليق الالتزام، أو فسخ العقد، أو تعديله لتحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة للأطراف. كما تبرز الحاجة إلى دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية، لبيان أوجه الاتفاق والاختلاف، واستجلاء قدرة كل منهما على التوفيق بين مبدأ الإلزام العقدي ومبادئ العدالة في توزيع المخاطر.

ولذلك، تأتي هذه الدراسة محاولةً تسلیط الضوء على هذا الموضوع من خلال رؤية تحليلية مقارنة تجمع بين الأصول الشرعية والقواعد القانونية الحديثة، بهدف الكشف عن الأسس التي يقوم عليها مبدأ القوة القاهرة في كلا النظامين، واستبيان مدى توافق أحكام الفقه الإسلامي مع المعايير القانونية الدولية المعاصرة.

ومن هنا تبرز الإشكالية الرئيسية التي تسعى هذه الدراسة إلى معالجتها، والمتمثلة في الآتي:

– فيما تتجلى آثار القوة القاهرة على عقود التجارة الدولية في كل من الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية؟

وخدمة للإشكال الرئيسي فقد وضعنا جملة من الأسئلة الفرعية وهي كالتالي:

- ما هو التعريف الصحيح للقوة القاهرة حتى يتمكن أطراف العقد من الإلمام بها في العقد؟
- ماهي معايير تحديد أحداث القوة القاهرة؟
- كيف يتم التنسيق بين القواعد الفقهية والقانونية المتضاربة في تفسير القوة القاهرة؟
- هل ثمة بدائل لتنفيذ العقود التجارية الدولية في ظل وجود قوة قاهرة؟

وكلها أسئلة ستحاول الإجابة عنها من خلال هاته الدراسة.

ثانياً: أهمية الدراسة

يتمتع موضوع "أثر القوة القاهرة على عقود التجارة الدولية" بقيمة وأهمية علمية وعملية حيث تعد العقود التجارية ذات الطابع الدولي:

- محركا رئيسا للنمو الاقتصادي والتنمية المستدامة.
- تعزز من الابتكار ونقل التكنولوجيا.
- أداة فعالة في فتح أسواق جديدة وجلب العملة الصعبة بالإضافة تحقيق الاستثمار وتحريك رؤوس الأموال.

في حين أن القوة القاهرة تؤثر على التجارة العالمية وتؤدي إلى عدم استقرار السوق.

ثالثا: حدود الدراسة

إن طبيعة موضوع الدراسة المتمثل في "أثر القوة القاهرة على عقود التجارة الدولية بين الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية" يقتضي منا أن تكون حدود الدراسة مقصورة في الفقه الإسلامي بمذاهبه الأربعة : الحنفي والمالكى، والشافعى والحنبلى، أما التشريعات الوضعية-المشرع الجزائري والعراقي والمصري والفرنسي، وذلك نظرا لصعوبة إلمام والحصول على المادة العلمية في غيرها من التشريعات- وأن تكون الدراسة حول نظرية القوة القاهرة دون غيرها من الأسباب الأجنبية الأخرى وذلك في مجال العقد التجارى الدولى دون غيره من أنواع العقود الدولية الأخرى وبالتفصيل في مرحلة التنفيذ دون مراحل العقد الأخرى وهذا من أجل القدرة على التحكم أكثر في موضوع البحث.

رابعا: أسباب اختيار الموضوع

-الدافع الذاتية:

تعود الأسباب الأولى والذاتية للبحث في هذا الموضوع إلى ميول الباحثة للمواضيع ذات الطابع التجارى كونها مستمدة من الواقع المعاش، بالإضافة إلى كونها تتصل بطبيعة تخصص الباحثة.

-الدافع الموضوعية:

لعله من أهم أسباب اختيار هذا النوع من الموضوعات المتعلقة بعقود التجارة الدولية وتخصيصه بالبحث أن ابرام العقود عمل متكرر وجزء لا ينفصل عن الحياة اليومية للأشخاص فهو ذو صلة بالواقع الاجتماعى لهم، وقد تطرأ عليه ظروف يستحيل معها تنفيذ الإلتزام، فيتحمل المدين خسارة فادحة إنما تنفيذ العقد وفق الشروط الأولية المتفق عليها تقيدا بالقاعدة العامة " العقد شريعة المتعاقدين "، ماجعلنا

نبحث عن أثر القوة القاهرة في تنفيذ بنود العقد وفق مراعاة أحوال جميع أطراف العقد، من بين الأسباب كذلك صعوبة تقبل نظرية القوة القاهرة كونها تمثل خروجاً عن القاعدة العامة " العقد شريعة المتعاقدين " التي أقرتها جميع التشريعات المدنية، وكذلك من أهم أسباب اختيار هذا الموضوع هو أنه لم يحظى بالدراسة الكافية والملمة بجميع جوانبه فقهاً وقانوناً من قبل الباحثين في الجزائر رغم ازدياد حاجة هذه الأخيرة إلى إبرام هذا النوع من العقود باعتبارها دولة نامية تزخر بالعديد من الثروات الباطنية والموارد الطبيعية كالبترول، والغاز وغيرها....

خامساً: أهداف الدراسة

- محاولة تحديد مفهوم القوة القاهرة وتحديد خصائصها وكيفية تطبيقها تفاصياً لحدوث الإشكالات والنزاعات.
- تقييم مدى ملاءمة الحلول القانونية المعاصرة لمتطلبات العدالة العقدية وحماية استقرار المعاملات الدولية.
- اقتراح معالجات فقهية وقانونية تحقق التوازن بين مصالح المتعاقدين وتتضمن استمرارية التجارة الدولية رغم الظروف الطارئة.
- إبراز أحکام الجوائح ومبادأ القوة القاهرة في كل من الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية.
- بيان موقف المشرع الجزائري من إعمال وتطبيق نظرية القوة القاهرة في مجال عقود التجارة الدولية.
- الخروج عن تطبيق المفهوم التقليدي للقوة القاهرة والانتقال إلى تطبيق المفهوم الحديث للقوة القاهرة باللجوء إلى المفاوضات لتسهيل تنفيذ العقد بعد زوال القوة القاهرة أو حتى مع استمرار قيامها.

سادساً: الدراسات السابقة:

لا تعتبر دراستنا للموضوع أول دراسة وإنما كان السبق له من قبل العديد من الدراسات والتي اقتصرت أغلبها على تناول الموضوع في ظل الأنظمة القانونية فحسب ولعل من أهم الدراسات التي وقفت عليها الباحثة واستفادت منها بشكل مباشر في إثراء بحثها ما يلي:

- "أثر تغير الظروف على الالتزام العقدي في التجارة الدولية" وهي أطروحة دكتوراه للباحث طيار

محمد السعيد، حيث تناول من خلالها الإطار القانوني لعقود التجارة الدولية بالعرض إلى مفهومها، ومعايير دوليتها، ثم انتقل إلى تعريف الظروف الطارئة والقوة القاهرة باعتبارهما قيوداً على مبدأ: "العقد شريعة المتعاقدين"، ليختتم دراسته بذكر الآثار المترتبة عن تغير الظروف الطارئة في عقود التجارة الدولية، المتمثلة في وقف تنفيذ العقد وإعادة التفاوض، بالإضافة إلى ذكر أهم الالتزامات المترتبة عن تغير الظروف وهم: الالتزام بالإخطار، والالتزام بتحقيق الضرر.

- ومع هذا فإن هذه الدراسة قد تناولت القوة القاهرة بشكل مقتضب جداً بالاقتصار على تعريفها وتمييزها عن الظروف الطارئة، كما يلاحظ على الدراسة أنها لم تتعرض إلى أحد أهم آثار الظروف المتغيرة وهي حالة انفساخ العقد مع معالجة جزئيات البحث من زاوية قانونية بحثية، وهو الشق الذي استفادت منه الباحثة في معالجة بعض جزئيات بحثها.

- **القوة القاهرة وأثرها على عقود التجارة الدولية** رسالة ماجستير للباحث: عبد النور العيساوي، وقد تطرق الباحث من خلالها إلى مفهوم القوة القاهرة في سياق عقود التجارة الدولية ومدى تأثيرها على تنفيذ الالتزامات التعاقدية بين أطراف العقد وذلك من خلال تعريف القوة القاهرة وتحديد أركان قيامها، وكيفية تنظيمها على مستوى التشريعات الوطنية والدولية، بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية، ليتطرق بعدها الباحث إلى مناقشة كيفية تأثير القوة القاهرة على العقد التجاري الدولي والمتمثلة في: الإعفاء من المسؤولية، تأجيل العقد، أو إنهائه.

تحتفل هذه الدراسة مع بحثنا من حيث نطاق البحث حيث تقتصر على الجانب القانوني دون الشرعي وهو ما سيكون مضموناً في دراستنا للموضوع، ومع أن الدراسة كانت دقيقة نوعاً ما ومحيطة بجملة الجوانب غير أن الباحثة لم تستفيد منها كثيراً ويرجع ذلك إلى عدم القدرة على تحصيل الدراسة كاملة لأسباب تتعلق بحقوق النشر.

أما بالنسبة إلى الدراسات التي عالجت متغيرات الدراسة الأساسية والثانوية بالمنهج المقارن بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي فقد وقفت الباحثة على:

- أطروحة دكتوراه معنونة بـ: "انقضاء الالتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقه الإسلامي" للباحثة بن ددوش نصرة، وقد عالجت الدراسة ابتداءً عنصر تنفيذ الالتزام الذي يكون إما بالوفاء، أو

ما يعادله من الوفاء بمقابل، أو التجديد والإنابة، أو المقاصلة، ثم فصلت في أحكام الإبراء، لتنتقل في آخر فصل منها إلى الحديث عن استحالة التنفيذ من حيث عواملها، وشروطها وأهم آثارها المتمثلة في الانفصال وتحمل تبعه الملاك في كل من القانون الوضعي والفقه الإسلامي، وهي الجزئية الوحيدة في الدراسة التي تتفاوت مع موضوع الدراسة التي نحن بصدده معالجتها، ما جعل الاستفادة من هذه الدراسة تكون في حدود ضيقة.

- أثر العذر والجوانح على الالتزامات العقدية في الفقه الإسلامي مقارنة بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، للباحث عبد الرحمن هزري.
- أحكام الجوانح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، للباحث عادل مبارك المطيرات.

سابعاً: منهج البحث

لتغطية جوانب هذا الموضوع فسنعتمد على منهجين أساسين:

● **المنهج الوصفي والمقارن:** وذلك أن دراستنا للموضوع تتطلب وصف النصوص الشرعية والفقهية وكذا القانونية مع بيان أحكام تطبيق القوة القاهرة على العقد التجاري الدولي وأهم آثاره، كما أن دراستنا لا تقتصر على الجانب الفقهي فحسب، أو على نظام قانوني معين وإنما ستتناول حيثياته وجزئياته بالتحليل في الفقه الإسلامي، ثم ننتقل إلى التشريعات الدولية والأنظمة القانونية المختلفة لنخلص في الأخير إلى مقارنة النتائج المتوصلا إليها في كل من الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية.

بالإضافة إلى الاستعانة بـ:

● **المنهج التحليلي:** وذلك من خلال تحليل جزئيات الموضوع في الفقه الإسلامي اعتماداً على النصوص الشرعية والآثار وأراء الفقهاء، ثم في التشريعات الدولية لنصل بذلك إلى وضع نظرية عامة لتطبيق القوة القاهرة على عقود التجارة الدولية.

ثامناً: صعوبات البحث

تخلل إنجاز هذا البحث جملة من الصعوبات التي واجهت الباحثة أثناء معالجة ودراسة هذا الموضوع والتي تتمثل في:

ارتباط موضوع البحث بالجانب الشرعي والذي لم يتطرق بشكل صريح إلى نظرية القوة القاهرة بهذا الاصطلاح على الرغم من إعمالها من خلال الفروع تحت مسميات أخرى، الأمر الذي استدعي تبع واستقراء أحکامها من خلال الفروع وتأصيلها.

ارتباط الدراسة كذلك بالعديد من الفروع القانونية، كالقانون التجاري، والمدني، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية، والإسلام بجميع هاته الفروع في أكثر من تشرع يشكل صعوبة.

تاسعاً: خطة البحث

لتغطية جوانب هذا الموضوع فقد اعتمدت على تقسيم المادة العلمية إلى مقدمة وثلاثة فصول وختمة:

تناولت في الفصل التمهيدي: الإطار المفاهيمي للقوة القاهرة وعقود التجارة الدولية وذلك من خلال مباحثين، المبحث الأول: مفهوم القوة القاهرة في مطلبين، المبحث الثاني: مفهوم عقود التجارة الدولية في مطلبين كذلك.

أما الفصل الأول فقد تعرضت فيه إلى: الآثار الشرعية والقانونية للقوة القاهرة على تنفيذ عقود التجارة الدولية بتقسيمه إلى ثلاثة مباحث: المبحث الأول: الالتزامات المترتبة على إعمال القوة القاهرة الدائمة والمؤقتة في عقود التجارة الدولية من خلال تقسيمه إلى مطلبين. أما المبحث الثاني: النتائج المترتبة على إعمال القوة القاهرة الدائمة والمؤقتة في عقود التجارة الدولية كذلك في مطلبين، لنتقل إلى المبحث الثالث: تطبيقات القوة القاهرة في مجال عقود التجارة الدولية وتحدياتها العملية وقد جاء في مطلبين.

لآخر الفصل الثاني بمعالجة: آليات تسوية منازعات عقود التجارة الدولية في ظل القوة القاهرة، وقد عمدت إلى تقسيمه لثلاثة مباحث، تناولت في البحث الأول: إعادة التفاوض في ظل القوة القاهرة في مطلبين، أما البحث الثاني: فقد خصصته للتفصيل في أحكام التحكيم التجاري الدولي وقد ورد في مطلبين، بالنسبة للمبحث الثالث فقد وقف على أحكام الوساطة الإلكترونية، وذلك من خلال تقسيمه إلى مطلبين.

لأخلص في نهاية هذا البحث بأهم النتائج المتوصل إليها، وكذا بعض التوصيات التي تفتح آفاقاً مستقبلية في هذا الموضوع محل الدراسة.

الفصل التمهيدي:

الإطار المفاهيمي للقوة القاهرة وعقود التجارة

الدولية

في ظل التطورات الحاصلة وكذا انتشار الأزمات والظروف الاستثنائية التي يشهدها العالم، والتي جعلت التعاون الدولي عموما في جميع الحالات يواجه جملة من التحديات والمشكلات ونخص بالذكر المجال التجاري، حيث يؤدي هذا الأخير دورا هاما وحيويا في تحقيق التنمية المحلية والدولية بالإضافة إلى تعزيز النمو الاقتصادي واستقراره.

تمييز عقود التجارة الدولية بأنها عقود ذات طابع تنفيذي غير فوري، كما أنها تختلف عن العقود الداخلية بطول مدها، ويعود طول مدة هذه العقود إما إلى اتفاق الأطراف ورغبتهم في تحقيق استقرار طويل الأمد في معاملاتهم، كما هو الحال في عقود الامتياز وعقود التوريد، أو إلى طبيعة العقد نفسها ومتطلبات الأعمال الكبيرة التي تحتاج إلى وقت طويل لتنفيذها. مثال على ذلك عقود نقل التكنولوجيا وعقود إنشاء المصانع الجاهزة والطرق الدولية، حيث تتطلب هذه الأنشطة الكبيرة وقتاً ممتداً لتحقيق الالتزامات المنصوص عليها. وهو ما يجعلها أكثر عرضة للتأثير بالظروف والمتغيرات المتجددة مما يؤثر على تنفيذ الالتزامات العقدية وانفساخ العقد في بعض الحالات كحلول قوة قاهرة مثلا، وفي هذا الفصل سنتطرق للحديث أكثر والتفصيل في موضوع القوة القاهرة وعقود التجارة الدولية، من خلال تقسيمه إلى مباحثين، مفهوم القوة القاهرة (المبحث الأول)، مفهوم عقود التجارة الدولية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم القوة القاهرة شرعا وقانونا

تتأثر عقود التجارة الدولية بمختلف الاضطرابات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأمنية وكذا التكنولوجية، مما يؤثر تبعا على تنفيذ التزامات هذه العقود فيترتب عليها استحالة التنفيذ وعدم قدرة أحد الأطراف على أداء التزامه بسبب وقائع غير متوقعة ولا دخل للمدين في حدوثها ولا يستطيع دفعها أو مقاومتها وهو ما يعبر عليه بمصطلح القوة القاهرة.

لتحديد مفهوم القوة القاهرة بشكل دقيق، يجب استعراض تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية ثم الانتقال إلى التعريفات الفقهية، وكذا التعريفات الواردة في التشريعات المقارنة، وصولاً إلى التعريفات التي قدمها القضاء كما يتعين دراسة الشروط المترتبة على القوة القاهرة وتمييزها عن الأوضاع المشابهة لها.

في هذا المبحث ستنطرق للحديث عن القوة القاهرة وذلك من خلال تقسيمه إلى مطلبين، حقيقة القوة القاهرة (المطلب الأول)، تمييز القوة القاهرة عن المصطلحات المشابهة (المطلب الثاني)

المطلب الأول: حقيقة القوة القاهرة

تعتبر القوة القاهرة من أهم النظريات والوسائل الطبيعية التي تعفي المدين وتحد من مسؤوليته اتجاه مختلف الالتزامات سواء بالنسبة للمسؤولية التعاقدية أو التقصيرية. وللوقوف على حقيقة هاته النظرية لابد من تقسم تعريف لها.

في هذا المطلب ستنطرق للحديث عن حقيقة القوة القاهرة من خلال تقسيمه إلى ثلاثة فروع: تعريفها (الفرع الأول)، شروطها (الفرع الثاني)، خصائصها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف القوة القاهرة

في هذا الفرع سنحاول عرض مختلف التعريفات المقدمة حول القوة القاهرة وذلك من خلال الجانب اللغوي، الفقهي، والقانوني كالتالي:

أولاً: تعريف القوة القاهرة في اللغة

القوة القاهرة مصطلح مركب من كلمتين:

(القوة) وهي نقىض الضعف والجمع ثُوى وقوى⁽¹⁾.

(القاهرة) وهي قاهر من جمع قواهر أي الشامخ⁽²⁾

ثانياً: التعريف الفقهي

اهتم كل من الفقه الإسلامي وكذا القانوني بضبط تعريف القوة القاهرة كل بأسلوبه، ومن جملة هاته التعريف المقدمة من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية، وكذا فقهاء القانون ما يلي:

أ-تعريف الفقه الإسلامي:

في الفقه الإسلامي لم يستعمل الفقهاء القدامى مصطلح القوة القاهرة في مدوناتهم الفقهية، وذلك راجع إلى أسلوب الفقهاء في التعامل مع الواقع والمسائل كل على حدى بالبحث إما استنباطاً من النص الشرعي، أو اجتهاداً بالرأي، ولهذا فالرجوع إلى الفروع الفقهية يمكننا الوصول إلى الأصول والنظريات العامة باعتبار أن الفروع متضمنة ومبنية على قواعد عامة⁽³⁾.

وبالتالي فإن مصطلح القوة القاهرة وإن كان من ابتداع رجال القانون غير أن معناها قد ورد في بعض النصوص القرآنية كما جاء في قوله تعالى: ﴿قَالَ لَنَّ أَرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تَرْتُونَ مَوْقِعًا مِّنْ أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْقِعَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَى مَا فَنَقُولُ وَكَلِيلٌ﴾⁽⁴⁾

وقد فسر السعدي في كتابه "الإحاطة" هنا بقوله: إلا أن يأتيكم أمر لا قبل لكم به، ولا تقدرون دفعه⁽⁵⁾.

كما أن فروعه وتطبيقاته قد وجدت في العديد من مظان الفقهاء، حيث عالج الفقه الحنفي مسألة القوة القاهرة من خلال تعرضه لأحكام فسخ الإجارة بالعذر، وتغير قيمة النقود، كما نجد في المذهبين المالكي والحنفي وضع الجواب في الزروع والشمار، وبالتالي فقد استعملوا المفهوم وعبروا عنه بعدة تسميات

⁽¹⁾ أبو الفضل جمال الدين محمد مكرم، لسان العرب، مج: 11، ط6، دار صادر، بيروت، لبنان، 2008، ص326.

⁽²⁾ محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1981، ص554.

⁽³⁾ فتحي الدرني، النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق، ط4، 1998، ص139، 144.

⁽⁴⁾ سورة يوسف، آية (66).

⁽⁵⁾ عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 2002، ص402.

كالآفة السماوية والعذر وتحمل التبعة والجائحة وسنتي على ذكر بعض من تعريفات أصحاب المذاهب

الفقهية للجائحة والعذر:

الحنفية: عرفت الجائحة في المذهب الحنفي بأنها: "الشدة التي تحتاج المال من سنة أو فتنة."⁽¹⁾

كما اختص الحنفية بالتوسيع في تطبيق نظرية العذر وعرفوها بـ: "عجز العاقد عن المضي في موجبه، إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به، كمن استأجر رجلا ليقلع ضرسه فسكن الألم، أو ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت زوجته، أو حانوتا ليتجر فأفلس...".⁽²⁾

ومما يظهر من تعريف الأحناف للأعذار أنها تكون في مجال العقود طويلة المدى وكذا في مجال المعاملات، كما يتحد مع القوة القاهرة من حيث النتيجة التي يفضي إليها كلاهما وهي فسخ العقد⁽³⁾.

أما المالكية فقد توسعوا في أحكام الجوائح وعرفوها بـ: "هو مالا يستطيع دفعه كالبرد والريح والجيش"⁽⁴⁾

وعرفوها كذلك بأنها: "كل شيء لا يستطيع دفعه، لو علم به، كالبرد والحر والسحوم والثلج والمطر والفأرة والغبار والنار ونحو ذلك"⁽⁵⁾

وقد استدل فقهاء المالكية على الجائحة بما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم: "لو بعث من أخيك ثموا فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق"⁽⁶⁾

ويلاحظ على المالكية أنه خصصوا وحصروا تطبيق نظرية الجوائح في الحضر والمقاتي كالبطيخ وما أشبهه، وفي الشمار دون غيرها.

⁽¹⁾ الغياثي، محمود بن حسين، البناء شرح المهدية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان- ج 8، ص 155.

⁽²⁾ الرياعي، تبيان الحقائق في شرح كنز الدقائق، ج 5، باب فسخ الإجارة، المطبعة الكبرىالأميرية، مصر، ط1، 1313هـ، ص 145.

⁽³⁾ محمود ناسم الحضر، احتلال تنفيذ عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017، ص 202.

⁽⁴⁾ أبو الحسن العدوي، كفاية الطالب الرياني حاشية العدوي، تحقيق: يوسف محمد البغاعي، دار الفكر، ج: 02، ص 129.

⁽⁵⁾ ابن عرفة الدسوقي المالكي، محمد بن احمد، دون تاريخ، حاشية الدسوقي على الشر الكبير، دار الفكر، ، 3 ص. 185.

⁽⁶⁾ البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، حديث رقم 2198، دار ابن كثير، ط 5، دمشق- سوريا، 1414هـ-1993م، ج: 02.

أما الشافعية فقد جعلوا الضمان على المشتري في بيع الشمار دون اللجوء إلى تطبيق أحكام الجوائح عليها، واقتصرت على تطبيق نظرية العذر ولكن في إطار ضيق⁽¹⁾.

وأما الحنابلة فقد طبقوا أحكام الجوائح في فروعهم وعرفوها بأنها: "كل آفة لا صنع للأدمي فيها كالريح والبرد والجراد، والعطش"⁽²⁾

وقد استخلص مضمون النظرية من تطبيقات الفقهاء على أن ثمة حادث أو ظرف أو عذر خاصاً أو عاماً، قد طرأ بعد ابرام العقد، وقبل تنفيذه أو أثناءه، سواءً كان لاحقاً بشخص أحد طرفي العقد، أو بمحل العقد، مما لم يكن متوقعاً، ولا يمكن الدفع غالباً، جعل تنفيذ الالتزام التعاقدية مستحيلاً لا مرهقاً فحسب فيتعذر استيفاء منفعة المعقود عليه حساً أو شرعاً⁽³⁾.

يوضح التعريف أن القوة القاهرة تعتمد على عناصر وأركان معينة تؤثر على موضوع العقد وينتج عنها استحالة الأداء والإنهاء التلقائي للعقد.

بـ_ تعريف الفقه القانوني:

تجدر الإشارة إلى أحد أهم التعاريف الفقهية للقوة القاهرة الذي وضعه الفقيه الفرنسي ديفور مانيل: كل حادث ينشأ بعزل عن إرادة طرفي العقد، ولا يمكن توقعه أو منعه من قبل المدين ما يجعل من أداء الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة.⁽⁴⁾ وفقاً للفقه القانوني الفرنسي، فإن مفهوم القوة القاهرة بسيط: فهو يشير إلى استحالة الأداء أو التنفيذ للالتزامات العقدية بسبب ظروف لا يمكن للمدين توقعها مع غياب العلاقة السببية بينه وبين الخطأ.

فيما عرفها بعض الفقهاء بتعريف آخر: "حدث مجهول غير منسوب إلى المدين ويشمل بالمعنى الضيق تلك الأحداث التي تقع من قوى الطبيعة وحدها، كالعواصف والفيضانات والزلزال، ولكن في ظل

⁽¹⁾ ينظر: الأم للإمام الشافعي، ج3، دار المعرفة، بيروت، 1990، ص242.

⁽²⁾ ينظر: مغني المحتاج لابن قدامة المقدسي، دار الكتب العلمية، بيروت، ج3، ص484.

⁽³⁾ فتحي الدربي، النظريات الفقهية، ص147-148.

⁽⁴⁾ محمد الكشبور، نظام التعاقد، ونظريات القوة القاهرة والظروف الطارئة، دراسة مقارنة (من وحي حرب الخليج)، الطبعة الأولى، 1993م، 25 ص

المعنى الواسع أصبحت تعني كل حدث اجتمع في خصائص القوة القاهرة ولو رجع إلى عمل الإنسان، ويقع بين عمل الطبيعة وعمل الإنسان العديد من الأحداث التي تشكل دون شك قوة قاهرة بالمعنى الدقيق، كإضراب أو الحرب أو عمل الأمير⁽¹⁾.

وما يؤخذ على أصحاب هذا التعريف هو فتح المجال لأكبر عدد من الأحداث لاعتبارها قوة قاهرة وتوسعوا في ذلك دون مراعاة انعكاسات ذلك على مدى استقرار المعاملات والعقود التجارية الدولية.

وقد عرف السنهوري القوة القاهرة باعتبارها: " كل أمر غير متوقع الحصول وغير ممكن الدفع يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا دون أن يكون هنالك خطأ من جانب المدين"⁽²⁾.

ويلاحظ عليه أنه من أكثر التعريفات الفقهية القانونية ضبطا لمفهوم القوة القاهرة حيث حدد الشروط الخاصة التي يمكن إسقاطها على الأحداث التي يمكن اعتبارها قوة قاهرة ومنه الدفع بعدم القدرة على تنفيذ الالتزامات.

ثالثا: التعريف التشريعي:

لم يعرّف المشرع الجزائري القوة القاهرة من خلال القانون المدني، بل أشار إليها كسبب معفي من المسئولية، مثل المواد 127 و138 و139... إلخ. حيث جاء في نص المادة 127 من القانون المدني: "إذا ثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث فجائي، أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، مالم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك"⁽³⁾.

ليتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف القوة القاهرة من خلال القانون رقم 05_07 المتعلق بالمحروقات، حيث نصت الفقرة التاسعة عشر (19) من المادة 05 من نفس القانون على الآتي: "القوة القاهرة: كل حدث مثبت غير متوقع لا يمكن مقاومته وخارج عن إرادة الطرف الذي يثيره والذي يجعل تنفيذ هذا الأخير

⁽¹⁾ إشراق نور الدين عبد الرحمن، آثار القوة القاهرة في القانون المدني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2015، ص.6.

⁽²⁾ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط.2، 1998، ص.963.

⁽³⁾ ج.ر، الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، ع: 78، 1975م.

لأحد التزاماته التعاقدية أو العديد منها آنياً أو نهائياً غير ممكن⁽¹⁾.

كما تشير المادة 322 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى الاستثناء من سقوط الحق أو حق الاستئناف لعدم اللتزام بالمهلة الزمنية التي حددها القانون لممارسة الحق أو حق الاستئناف.

أما المشرع المصري فلم يعرف هو الآخر القوة القاهرة فقد ورد في الفقرة الأولى من المادة 217 من القانون المدني على أنه: "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين نتيجة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة" ، كما جاء في المادة 165 من ذات القانون: "إذا ثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك"⁽²⁾.

ويتبين من خلال هتين المادتين أن المشرع المصري هو الآخر لم يعرف القوة القاهرة من خلال مواد القانون المدني مكتفياً بذكرها والإشارة إليها كسبب للإعفاء من المسؤولية.

على الرغم من أن المشرع العراقي لم يعرّف القوة القاهرة في القانون المدني ولم يضع أحكاماً محددة تتناول هذه المسألة، إلا أنه في النص الرئيسي لل المادة 168 من القانون المدني يشار إلى القوة القاهرة على أنها شكل من أشكال الأسباب الخارجية و"حيث يستحيل على الملتم بعقد ما أن يؤدي التزاماته عيناً، فإن الحكم في حالات تأخر الملتم في أداء التزاماته وبالمثل، ما لم يثبت المدين أن استحالة الأداء نشأت عن سبب خارجي خارج عن إرادته، يجوز الحكم عليه بدفع تعويض عن عدم أداءه لللتزام"⁽³⁾.

حيث يظهر من خلال هاته المادة وغيرها من المواد التي أوردها المشرع في نفس السياق وجود قصور تشرعي لدى المشرع العراقي في تناول مفهوم القوة القاهرة وشروط إعمال هاته النظرية على الرغم من وضع العديد من المواد القانونية.

⁽¹⁾-المادة 05 من القانون رقم 05_07 مؤرخ في 28 ابريل 2005 المتعلق بالمحروقات، ج.ر، ع: 50 الصادرة بتاريخ 19 يوليو 2005 .

⁽²⁾-القانون رقم: 131 من القانون المدني المصري، ج.ر، ع: 108 مكرر، المؤرخ في 16 يوليو 1948 م.

⁽³⁾-منير القاضي، شرح الجملة، الجزء الأول، مطبعة التفيس الاهلية، بغداد، 2020، ص 15.

أما بالنسبة للتشريعات الغربية فقد عرَّف المشرع الفرنسي القوة القاهرة منذ صدور القانون المدني عام 1804، ليورد عليه بعض النصوص القانونية حول القوة القاهرة وشروطها خلال تعديل عام 2016، حسما للجدال والاجتهاد الفقهي، إذ تنص المادة 1218 على: " تعد قوة قاهرة في المسائل التعاقدية، تمنع المدين من تنفيذ التزامه، خروج حدث معين عن سيطرة المدين، لم يكن متوقعا بشكل معقول وقت إبرام العقد ولم يكن من الممكن تجنب آثاره بالتدابير المناسبة " ⁽¹⁾.

وبالتالي يلاحظ على المشرع الفرنسي معالجة واستدراك موضوع القوة القاهرة من حيث المفهوم وتحديد شروطه وإظهار خصائصه من خلال التعديل الوارد سنة 2016م.

كما اهتمت كذلك بعض الم هيئات الدولية بتعريف القوة القاهرة وذلك يعتبر انعكاسا لأهمية هذه الأخرية في مجال العقود الدولية عموما.

حيث عرفتها المادة 79 من اتفاقية فينا للبيع الدولي على أنها: " لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته، إذا أثبتت أن عدم التنفيذ يرجع إلى عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته، وأنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد، أو أن يكون بإمكانه تجنبه أو تجنب عواقبه، أو التغلب عليه أو على عواقبه" ⁽²⁾.

ويتحلى من خلال هذا التعريف انه لم يستعمل مصطلح القوة القاهرة بشكل مباشر أو صريح وإنما استبدلها بمصطلح: عائق، مكتفيا بذلك شروط اعتبار الحادث قوة قاهرة لتنفيذ أحكامه والتي اوردتها مختلف التعريفات السالفة التي أوردنها في هذا البحث.

والسبب في ذلك يعود إلى الرغبة في تجنب استخدام المفاهيم القانونية المميزة لتقليد قانوني معين، والمفاهيم المصحوبة بالقرارات القضائية تجنبها لمواجهة صعوبة تقبل المصطلح من قبل الثقافات القانونية المختلفة. ⁽³⁾

⁽¹⁾ عبد الحكيم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الاعمال القانونية، منشأة المعارف، الطبعة الاولى، الاسكندرية، مصر، 1999، ص 169.

⁽²⁾ انظر اتفاقية الأمم المتحدة للبيع بشأن البيع الدولي للبضائع، العدد الصادر من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، منشور صادر عن قسم الانجليزية والمنشورات والمحكمة، مكتب الأمم المتحدة في فيينا، نيويورك، كانون الثاني 2011، ص 24.

⁽³⁾ حيدر يوسف عزيز، يوسف عودة غامق المنصوري، جائحة كورونا وأثرها على عقود التجارة الدولية-دراسة مقارنة- دروب المعرفة للنشر والتوزيع، الاسكندرية، مصر، 2023، ص 65.

رابعا: التعريف القضائي

انطلاقا من التشريعات المقارنة التي اوردناها فقد وجدنا أن أغلبها أعرض عن تقديم تعريف للقوة القاهرة تاركا للقضاء باب الاجتهاد، ومن التعريف القضائية:

1-القضاء الجزائري: حيث عرفت المحكمة العليا القوة القاهرة بأنها: "حدث تسبب فيه قوة تفوق قوة الإنسان حيث لا يستطيع هذا الأخير أن يتجنبها أو أن يتحكم فيها، كما تتميز أيضا بطابع عدم قدرة الإنسان على توقعها"⁽¹⁾

2-القضاء العراقي: تعرضت محكمة التمييز الاتحادية بالعراق إلى مفهوم القوة القاهرة في قرارات مختلفة بأنها أمر خارجي يفضي إلى إحداث ضرر مباشر لسبب خارج عن إرادة المدين

⁽²⁾

3-القضاء المصري: عرفتها محكمة النقض المصرية بـ: " حادث مستقل عن إرادة المدين ولم يكن في وسعه توقعه أو مقاومته"⁽³⁾.

4-القضاء الفرنسي: والذي عرفها بـ: "كل حادث لا شأن لإرادة المدين فيه، ولا يمكن توقعه ولا منعه ويصبح به تنفيذ الالتزام مستحيلا"⁽⁴⁾

وما يلاحظ على هاته التعريفات القضائية أنها لا تختلف كثيرا في تحديد مفهوم القوة القاهرة، بل وتنقارب إلى حد كبير في وضع شروط تطبيقها.

التعريف الإجرائي:

إذن من خلال مجموع التعريفات الفقهية والتشريعية والقضائية للقوة القاهرة التي اوردناها في سياق هذا البحث ومناقشة ما يحتاج منها إلى مناقشة وإثراء تقرر لدينا أن الحادث القهري يتطلب توافر ثلاثة عناصر أساسية هي:

⁽¹⁾المجلة القضائية، ع 02، 1991م. حكم الغرفة التجارية للمحكمة العليا بتاريخ 11/06/1990، قضية رقم 65920

⁽²⁾قرار رقم: 127/1م/76 الصادر عن محكمة التمييز الاتحادية العراق، بتاريخ: 17/03/1976م

⁽³⁾حكم مدني صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 29 يناير 1976م.

⁽⁴⁾حيدر يوسف عزيز، يوسف غانم المنصوري، مرجع سابق، ص 68.

- يجب أن يكون الحادث المسبب في القوة القاهرة أجبياً خارجاً عن إرادة الملتزم وذلك لـإعفاء هذا الأجير من مسؤولية متابعة تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد.
- ألا يكون بوسع الأطراف المتعاقدة تصور الحادث المكون للقوة القاهرة والمؤثر على العلاقة التعاقدية أو الاحتراز منه وتجنبه قبل إبرام العقد.
- استحالة قدرة المدين على دفع القوة القاهرة حيث لا يكفي انتفاء العلاقة السببية بينه وبين وقوع الحادث.

وعليه يمكننا القول بأن القوة القاهرة هي: "كل حادث ينشأ مستقلاً عن إرادة أطراف العقد، بحيث لا يمكن تصوره أو الاحتراز منه عند إبرام العقد، مع عدم القدرة على دفعه وتوخي آثاره مما يؤدي إلى إعفاء المدين من تنفيذ التزامه وتعويض الضرر الذي يصيب الدائن."

الفرع الثاني: شروط القوة القاهرة

يعتمد مضمون نظرية القوة القاهرة على مجموعة من العناصر والشروط والتي سنأتي على ذكرها في كل من الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية من خلال الآتي:

أولاً: في الفقه الإسلامي:

يشترط الفقه الإسلامي في حادث القوة القاهرة جملة من الشروط ممثلة في⁽¹⁾:

1- وجود عقد يتراخي تنفيذه عن وقت إبرامه: وذلك لتصور حدوث طارئ العذر أو الحادث خلال التنفيذ ما يجعله مستحيل الأداء استحالة دائمة أو استحالة مؤقتة، ولا يفرقون في ذلك بين العقود المستمرة التنفيذ كعقود الإجارة، عقود بيع الشمر القائم على الشجر، والزروع والخضر المتلاحم قطفها، وبين عقود البيع فورية التنفيذ.

2- أن يكون ثمة حادث قد طرأ بعد إبرام العقد لم يكن متوقعاً ولا يمكن دفعه أو التحرز منه ويكون إما سماوياً أو من صنع الآدمي، ويشترطون في هذا الحادث:
- أن يكون خارجاً عن إرادة طرف العقد.

⁽¹⁾- فتحي الدرني، النظريات الفقهية، ص 149-151.

-ألا يكون تقصيرا منه في دفعه أو التحرز منه.

-لا يفرق بين الظرف العام والظرف الخاص بأحد المتعاقدين.

3-أن يحدث ضررا فاحشا غير معناد يستحيل معه التنفيذ وهو ما يطلق عليه القانون الوضعي

مصطلح القوة القاهرة.

ثانيا: في القانون

1- عدم إمكانية التوقع:

وعلى الرغم من أن القوة القاهرة يجب أن تكون غير متوقعة، فإنه ليس من الممكن دائماً تطبيق مفهوم القوة القاهرة على الأحداث المعروفة مسبقاً، مثل الزلازل أو الحروب. قد يستبعد هذا الفهم الصارم لعدم إمكانية التنبؤ بالعديد من الأحداث التي يمكن اعتبارها قوة قاهرة، مما قد يضيق نطاق تطبيق مفهوم القوة القاهرة⁽¹⁾.

يستند تقييم البنود غير المتوقعة إلى الفترة التي تم خلالها إبرام عقد الالتزام التعاقدى. ويتم ذلك على افتراض أن جميع العوائق المحتملة تؤخذ في الاعتبار وقت إبرام الالتزام من قبل المدين. إذا اعتبر الحدث غير قابل للتوقع وقت إبرام العقد، يعتبر المدين قد أبداً ذمته. غير أنه لا يمكن التذرع بالقوة القاهرة إذا كان الملزم قد تعاقد مع علمه باحتمال وقوع حدث في المستقبل قد يحول دون الوفاء بالالتزام. ويعتبر تصرف المدين في هذه الحالة سوء نية ويُحظر التمسك بعدم تنفيذ الالتزام بسبب القوة القاهرة⁽²⁾.

إذا تعذر على الملزم أداء الالتزام لأسباب خارجية خارجة عن إرادته انفسخ الالتزام وانحل العقد بحكم القانون ولا يلزم اللجوء إلى المحكمة للحصول على حكم بالفسخ، إلا إذا كان هناك نزاع على وقوع استحالة الأداء. وفي هذه الحالة لا يلزم التعويض، وإذا استحال أداء الالتزام على المتعاقد، فإن المتعاقد هو الذي يتحمل تبعات هذه الاستحالة، سواءً كان محل التزام المتعاقد فعلاً أم تسلیماً، أي بدون خطأ من المتعاقد، ولم يكن المتعاقد ضامناً، أي بدون خطأ من المتعاقد وحتى لو لم يكن محل من غير فعل المقاول،

⁽¹⁾- نسمة أمال حيفري، الحالات المستثناء مسؤولية الناقل البحري، في القانون الجزائري والقانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الاعمال، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011/2010، ص 26.

⁽²⁾- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، الجزء الاول، مصر، 2007، ص 878.

فإن المقاول لا يتحمل تبعات الملاك إذا هلك المثل في يد المقاول بفعل فاعل⁽¹⁾.

ويجب أن يتتوفر في هذا الشرط أمرين هما:

أ- وقت عدم التوقع للحدث:

وبالتالي، يجب أن يتحقق عدم التوقع في الوقت الذي يُبرم فيه العقد.

ب- توافر عنصر المفاجأة والندرة

إن عدم القدرة على التنبؤ هو أحد أصعب العناصر التي يمكن إثباتها، حيث أن معظم الأحداث، مثل الحرب أو الفيضانات، تكون إما ممكنة أو متوقعة وقت إبرام العقد. لذلك، لكي يعتبر الحدث قوة قاهرة يجب أن يستوفي عنصر الندرة. أي يجب أن يكون الحدث نادراً وغير متوقع إلى حد كبير في سياق العقد⁽²⁾.

فعلى سبيل المثال في حكم صادر في 24 حزيران 1997 (رقم 153294)، رأت السلطات القضائية الجزائرية أن الأضرار التي لحقت بالبضاعة كانت نتيجة إعصار و العاصفة كبيرة تعرضت لها السفينة في البحر. ورأت المحكمة أن سفينة الشحن قد اتخذت جميع الاحتياطات الالزمة لحماية البضاعة، ولكن العاصفة كانت كارثة طبيعية عادية خلال فصل الشتاء، وبالتالي فإن القوة القاهرة كانت مخالفة للمادة 803 من القانون البحري. وأوضحت المحكمة أن عدم القدرة على التنبؤ بالحدث يجب أن يكون مطلقاً وليس نسبياً⁽³⁾.

2- أن يكون الحادث مستحيلاً دفعه

لكي يعتبر الحدث قوة قاهرة يجب أن يكون غير متوقع وغير قابل للدفع. أما إذا كان بالإمكان التغلب على الحالة الراهنة أو تجنبها، فلا تعتبر قوة قاهرة حتى لو كانت غير متوقعة⁽⁴⁾.

⁽¹⁾- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني - الجزء الاول - مصادر الالتزام، المكتبة الوطنية، بغداد، 2007، ص 433-434.

⁽²⁾- محمد صلاح عبد الله محمد، تغير الظروف وأثره على تنفيذ عقد البيع التجاري الدولي، مجلة الدراسات القانونية، العدد الثاني والأربعون الجزء الثالث كلية الحقوق، كلية الحقوق جامعة أسيوط، 2018، ص 8.

⁽³⁾- قرار رقم 153254 مجلة القضائية، العدد 2، الوثائق للمحكمة العليا، ديوان الوطني للأشغال التربوية، 1999، ص 125.

⁽⁴⁾- محمد الزين، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الثانية، تونس، 2001، ص 242.

القوة القاهرة هي حادث لا يمكن سداده أو تفاديه بأي وسيلة من الوسائل. لذلك لا يكفي أن يثبت المدين أن الحادث كان غير متوقع، بل يجب عليه أيضاً أن يوضح طبيعة الحادث الذي لا يمكن تجنبه والذي جعل أداء الالتزام مستحيلاً. وإذا كان بإمكان المدين أن يتفادى الحادث أو أن يتخذ التدابير الالزمة لتجنبه، فلا يمكن اعتبار الحادث قوة قاهرة حتى لو تحقق شرط عدم إمكانية التوقع. ومن الضروري أيضاً أن يكون الملزم قد أدى دوره كاملاً واتخذ جميع الاحتياطات الالزمة لضمان الوفاء بالتزاماته⁽¹⁾.

لا يمكن اعتبار إمكانية التنبؤ إلا بالنسبة للحوادث التي لم تقع في الماضي، ولكن العد بهذه الطريقة يعني أن العديد من الحوادث تقع خارج هذا المجال. وبعبارة أخرى، فإن عدم القدرة على التنبؤ يعني أنه على الرغم من وقوع الحادث بالفعل، إلا أنه لا يمكن التنبؤ بوقوعه مرة أخرى، حتى من قبل أولئك الذين يتroxون أقصى درجات اليقظة⁽²⁾.

وفي جميع الحالات، يجب على المدين أن يبحث عن جميع البدائل الممكنة وأن يبذل كل جهد ممكن للوفاء بالتزاماته. وإذا لم يكن ذلك ممكناً، فعليه أن يثبت أنه بذل جهوداً معقولة لمواجهة القوة القاهرة، ويمكن استيفاء هذا الشرط بطريقتين هما⁽³⁾:

أ-استحالة دفع حدوث الحدث:

ب- استحالة التنفيذ:

يجب أن يكون تنفيذ العقد مستحيلاً بشكل مطلق ودائم، ليس فقط بالنسبة للمدين ولكن أيضاً بالنسبة لأي شخص آخر⁽⁴⁾.

3- أن يكون الحادث خارجيا:

وبعبارة أخرى، إذا كان الحادث الذي يعتبر قوة قاهرة خارجاً عن سيطرة المدين، مثل الاضطراب

⁽¹⁾ محمد الزين، النظرية العامة للالتزام، ص 51.

⁽²⁾ نسيمة أمال حيفري، الحالات المستثناء لمسؤولية الناقل البحري، ص 26.

⁽³⁾ محمد صلاح عبد الله محمد، تغير الظروف وأثره على تنفيذ عقد البيع التجاري الدولي، ص 373.

⁽⁴⁾ المرجع نفسه، ص 374/373.

الاقتصادي، يجب على المدين أن يثبت أنه لم يكن قادرًا على معالجة الحادث وأنه اتخذ جميع الخطوات اللازمة لتجنبه. وإن الحادث لا يعتبر حادث قوة قاهرة مثل حادث حرب. وقد اعتمد عدد من القوانين هذا الشرط⁽¹⁾.

وذلك لأنه إذا كان إهمال المدين أو إهماله قد ساهم بشكل غير مباشر في وقوع الحادث أو شارك في وقوعه فلا يمكن اعتباره قوة قاهرة⁽²⁾.

وكمبدأ عام، لا يمكن أن تتحقق القوة القاهرة إلا إذا كان الحادث خارجًا عن إرادة الطرف المسؤول، ولكن أهمية هذه الخاصية تتوقف على طبيعة الفعل المزعوم. ولكي تكون القوة القاهرة أساساً لـالإعفاء الوكيل الملاхи من المسئولية، من الضروري على سبيل المثال: أن يكون الحادث الناتج غير مرتبط بقصد الوكيل الملاхи وأن الوكيل الملاхи لم يكن متورطاً فيه ولم يكن بإمكانه منعه، وعندما يُذكر أنه "يجب ألا يعزى الحادث إلى أفعال المدين"، فإن هذا لا يشمل أفعال المدين نفسه فحسب، بل يشمل أيضاً أفعال مرؤوسه وغيرهم من هم تحت سيطرته. وفي هذه الحالة، تكون مسؤولية المدين قائمة. وينقسم فقهاء القانون حول اشتراط وقوع الحادث كعنصر من عناصر القوة القاهرة. ويرى بعض الفقهاء أن هذه السمة تبرر بشكل خاص في الإعفاء من المسئولية عن الأفعال.

ويوافق الفقه القانوني عموماً على أهمية هذا الشرط ويعتبره شرطاً ضرورياً وأساسياً لـتصنيف حادث ما كقوة قاهرة، خاصة في العقود الدولية⁽³⁾.

من خلال جملة المقارنات السابقة يمكننا القول بأن هناك ثلاثة شروط للقوة القاهرة شبه متفق عليها بين الفقه الإسلامي و مختلف التشريعات الوضعية مع اختلاف يسير في تقييد وإطلاق هذه الشروط فيزيد الفقه الإسلامي بالاعتراف بالظرف الخاص دون العام فقط، والشخصي دون الموضوعي فحسب، وتطبيق النظرية على بعض الحوادث ممكنة التوقع، وهذه الشروط المتفق عليها إجمالاً تتجلى في الآتي: عدم إمكانية التوقع، أن يكون الحادث مستحيلاً دفعه، أن يكون الحادث خارجياً.

⁽¹⁾ محمد صلاح عبد الله، تغير الظروف وأثره على تنفيذ عقد البيع التجاري الدولي، ص 374.

⁽²⁾ ياسر باسم ذنون، القوة القاهرة وأثرها في أحكام قانون الملاعنة المدني، مجلة الراددين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد 10، العدد 36، السنة 2007، ص 22.

⁽³⁾ نسيمة أمال حيفري، الحالات المستثناء لـمسؤولية الناقل البحري، ص 28.

الفرع الثالث: خصائص القوة القاهرة

تمييز القوة القاهرة عموما في كل من الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية بجملة من الخصائص

أهمها:

1) الاعفاء من المسؤولية العقدية: فالقوة القاهرة تنهي، من حيث المبدأ، الالتزامات التعاقدية دون أداء، كما أنها تعفي من المسؤولية التعاقدية للملتزم الذي لا يستطيع أداء الالتزام، وهو إجراءان لا يخضعان للتعويض من قبل الملتزم.

2) انعدام كل أثر للقوة القاهرة في أحوال معينة: إذا كانت المسؤولية المدنية تقوم على ثلاثة أركان هي الإهمال والضرر والسببية، فإن آثار القوة القاهرة ستؤدي من حيث المبدأ إلى قطع العلاقة السببية وإلغاء افتراض المسؤولية نفسها⁽¹⁾.

3) تؤثر القوة القاهرة على حمل العقد: وتؤدي القوة القاهرة إلى استحالة تنفيذ العقد وإنهاء العقد بسبب الملاك الكلي للمبني. ومن ثم فإن أثر القوة القاهرة هو استحالة تنفيذ العقد وإنهاء التلقائي للعقد، أي بحكم القانون⁽²⁾.

المطلب الثاني: تمييز القوة القاهرة عن المصطلحات المشابهة لها

أثناء تنفيذ العقد، ولا سيما في العقود الدولية ذات المدة الطويلة، قد تنشأ حالات تشتراك مع القوة القاهرة في بعض السمات والخصائص. ومع ذلك، فإنها تختلف عن القوة القاهرة في تأثيرها. وغالباً ما تُعرف هذه الحالات بالظروف الطارئة. ويميز الفقه التجاري الدولي أيضاً بين القوة القاهرة والحوادث المفاجئة، وكلاهما شكل من أشكال الأسباب الخارجية المغفاة من المسؤولية.

في هذا المطلب سنعالج مسألة التفرقة بين القوة القاهرة والظروف الطارئة (فرع اول)، بين القوة القاهرة والظروف الاستثنائية (فرع ثاني)، بين القوة القاهرة والحادث الفجائي (فرع ثالث)

⁽¹⁾- محمد الكثبور، نظام التعاقد، ونظريتنا القوة القاهرة والظروف الطارئة، ص 74-75-78.

⁽²⁾- خالد علي سليمان بن أحمد، الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مقال نشر بالجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، سنة 1427هـ-2006م، ص 04.

الفرع الأول: تمييز القوة القاهرة عن الظروف الطارئة

إنه ومن بين الحوادث التي تؤثر على تفiedad الالتزامات الناشئة عن العقود وتتدخل في مفهومها مع القوة القاهرة نظرية الظروف الطارئة وستتناول خلال هذا العنصر أبرز الفروق بين النظريتين.

أولاً: من حيث التعريف:

أ- بالنسبة للفقه الإسلامي:

لم يهتم الفقهاء القدامى بالنظريات العامة، ولم يعترفوا بمفهوم الظروف الطارئة في مدوناتهم وكتبهم. بل كانوا يعالجون كل حالة على حدة، ويراعون الظروف والأحوال الخاصة بكل عصر، ويسرعون الأحكام المناسبة حسب مقتضيات العدالة، استناداً إلى نص المواد إن وجدت، وعن طريق الاجتهاد بالرأي المبني على معقولية المواد⁽¹⁾.

وقد بحث فقهاء الحنفية مسألة الأعذار في الفقه الحنفي. فالعذر هو كل ما يحول بين المتعاقد وبين الوفاء بالتزاماته التعاقدية دون إلحاد الضرر بنفسه أو بمتلكاته⁽²⁾. فلو كان العقد ملزماً في حالة الفسخ، لوقع الضرر الذي لم يكن المتعاقد ملزماً بتحمله من الناحية التعاقدية. ولذلك، فإن الفسخ في هذه الحالة سيكون بمثابة تفادي وقوع هذا الضرر⁽³⁾.

العذر هو عدم قدرة الطرف المتعاقد على أداء التزاماته التعاقدية دون تكبـد ضرر إضافي لا مبرـر له. وبحدر الإشارة إلى أن الأعذار لا تقيـد بشروط محددة. فأـي حدث يقع في الحياة العامة يمكن أن يرقـى إلى مستوى العـرض أو العـذر الذي يؤثـر على الالتزامـات التعاقدـية. فالـحـوف من الـطـريق، أو مـرض الـحـيـوان، أو الـانتـقال من مـهـنة إلى أـخـرى، وما إلى ذـلـك قد يـكون أـمـراً مـأـلـوفـاً وغـير اـسـتـشـائـي، ولـكـنه يمكن أن يؤثـر على قـدرـة الـطـرف المـتعـاقـد على الـوفـاء بالـتزـامـاته⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ محمد فتحي الدربيـني، النظريـات الفقهـية، ص 139-140.

⁽²⁾ ابن عـابـدين، حـاشـية اـيـن عـابـدين، دـار الـكـتب الـعـلـمـية، بـيـرـوـت لـبـانـ، الـجـزـء 02، دـون سـنـة نـشـر، ص 110.

⁽³⁾ الـكـاسـانـيـ، عـلـاء الدـين مـسـعـودـ الـخـنـفـيـ، بـدـاعـ الصـنـاعـ، دـار إـحـيـاء التـرـاثـ الـعـرـبـيـ، بـيـرـوـتـ، 1998ـ، الـجـزـء 04ـ، ص 567ـ.

⁽⁴⁾ اـعـشـانـ الدـينـ بـن عـلـيـ الرـعـيلـيـ، تـبـيـنـ الـحـقـائـقـ شـرـحـ كـنـزـ الدـقـائقـ، ص 404ـ.

ومع ذلك، لم يذكر أحد أن هذه الظروف تعتبر سبباً لفسخ العقد أو تغيير الشروط والأحكام. ولا يلزم أن تكون الظروف استثنائية، كما هو الحال في القانون الوضعي الذي يشترط وجود ظروف طارئة. بل على العكس من ذلك فإن نظرية الجائحة لا تؤثر في الظروف أو الحوادث إلا إذا كانت الجائحة كما أشار ابن قدامة تؤدي إلى دخول كمية غير معتادة من الشمرة، كأن يلقطها طائر، أو تهب بها الريح، أو تسقط بشكل طبيعي في الظروف العادية⁽¹⁾.

وبناءً على ما سبق، يُعرَّف الحدث الطارئ بأنه: ”حدث عام غير متوقع وغير قابل للدفع يقع بعد إبرام العقد ولكن قبل الأداء ويلقي بالعبد والضرر على الملتم في أداء الالتزام“.

ب-في القانون:

في ضوء هذا المعنى العام تعريف الحدث الطارئ بأنه: ”حدث استثنائي عام خارج عن إرادة الملتم لا يمكن توقعه وقت إبرام العقد، ويقع أثناء تنفيذ العقد، ويكون مرهقاً للملتم وليس مستحيلاً عليه ويتسبب في خسائر كبيرة للملتم.“⁽²⁾

ثانياً: بالنسبة للشروط:

أ- عند الفقه الإسلامي:

وعليه فإن شروط اعتبار الظروف الطارئة وتحققها في الفقه الإسلامي هي⁽³⁾:

✓ أن يكون الظرف الطارئ حادثاً عاماً لا يمكن توقعه أو دفعه. ومن ثم يستثنى من ذلك الظروف الخاصة التي يتسبب فيها المدين نفسه، كما يستثنى من ذلك الظروف العامة المتوقعة أو الحوادث التي يمكن تجنبها.

✓ الحوادث والظروف التي تحدث بعد إبرام العقد وأدائه ولكن قبل تحقق آثاره. ولذلك تستثنى الحوادث التي تقع قبل إبرام العقد وتنفيذها. وذلك لأنه في مثل هذه الحالات يمكن للمدين/المعاقد أن يفسخ

⁽¹⁾- ابن قدامة، المغني ويليه الشرح الكبير، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت، 2007، ص 234.

⁽²⁾- الكيلاني فاروق، نظرية الظروف الطارئة في مجلة الأحكام العدلية، الملحق 05، 1979، ص 97-98.

⁽³⁾- خالد علي سليمان بن أحمد، الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص 04.

العقد. كما أن الحوادث التي تحدث بعد إتمام العقد مستشأة أيضاً. وذلك لأن هذه النظرية تهدف إلى معالجة الاستنفاد الذي لا يتحقق إلا في مرحلة تنفيذ العقد.

✓ الظروف الطارئة أو الظروف غير المتوقعة التي تجعل أداء الالتزام مرهقاً ومضرراً للمدين. وبالتالي، يتم استبعاد الحالات التي يكون فيها الأداء مستحيلاً أو غير مرهق. وذلك لأن هذه النظرية تتصور على وجه التحديد حالات أداء الدين المرهق.

ب- في القانون: شروط اعتبار الظروف الطارئة وتحققها عند أهل القانون هي⁽¹⁾:

- يجب أن تكون الظروف الطارئة (الحوادث) استثنائية وعامة، مما يعني استبعاد الحوادث المعتادة والخاصة، لأنها لا تعتبر ظروفاً طارئة.

يجب أن تكون هذه الظروف الاستثنائية خارج نطاق سيطرة المدين. وبالتالي، تُستثنى الحالات التي يتحمل فيها المدين مسؤولية تلك الظروف أو تكون هذه الظروف ناتجة عن أفعاله، وفي هذه الحالة يُعتبر المدين مقصراً.

تعتبر نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة من ابتكارات التفسير والقضاء الإداري في المجال القانوني⁽²⁾. ومع ذلك، فإن الفقه الإسلامي قد سبق إلى تناول هذه المفاهيم قبل ظهورها في القوانين الحديثة، حيث تم تطبيقها في حالات الجوانح والأعذار، بالإضافة إلى تغير قيمة العقود والنقود، وذلك استناداً إلى النصوص الشرعية المتنوعة.

ثالثاً: مجالات تطبيق كل من القوة القاهرة والظروف الطارئة:

فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية، توجد اختلافات في كيفية تطبيق نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة. بعض القوانين تشير إلى أنه إذا تمكّن أحد الأطراف من إثبات أن الضرر ناتج عن سبب خارج عن إرادته، مثل القوة القاهرة، فإنه لا يتحمل مسؤولية التعويض عن ذلك الضرر، ما لم يكن هناك نص قانوني أو اتفاق ينص على خلاف ذلك. بناءً على ذلك، يعتقد معظم الفقهاء أن القوة

⁽¹⁾- طيار محمد السعيد، أثر تغير الظروف على الالتزام العقدي في التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2023/2024، ص 45.

⁽²⁾- الشريف، التوازن المالي للعقد الإداري، مجلة نقابة المحامين، الملحق 13، أيلول 1982، ص 195.

القاھرة تتطبق في إطار المسؤولية التقصيرية والعقدية، بينما تقتصر نظرية الظروف الطارئة على المسؤولية التعاقدية فقط⁽¹⁾.

رابعا: القانون المختص:

تدخل نظرية الطوارئ عند بعض القانونيين في نطاق اختصاص القانون الإداري فقط، فإن نظرية القوة القاهرة تشمل الاختصاصين المدني والإداري معاً، إذ إنها تتطبق على العقود الإدارية والمدنية في جميع القوانين. أما الفقه الإسلامي فإنه لا يفرق بين تطبيق النظريتين في إطار الاختصاص المدني والإداري، حيث يركز على مراعاة مبادئ العدالة والتوازن في الالتزامات التعاقدية وأدائها⁽²⁾.

خامسا: من حيث الإثبات:

بينما يعتبر الإثبات أمراً ضرورياً وفقاً لنظرية الظروف الطارئة، فإن الوضع يختلف في إطار نظرية القوة القاهرة. حيث يفرض القانون المدني على المدين عبء إثبات عدم مسؤوليته عن الأضرار الناتجة عن الحريق، ويتبعه عليه إثبات أن الضرر ناتج عن قوة قاهرة. أما إذا كان الحريق يؤثر فقط على تنفيذ الالتزام، فلا يحق للمدين إثبات عدم مسؤوليته، بل يتحمل الطرف الآخر عبء إثبات مسؤولية المدين عن حدوث الحريق⁽³⁾.

يفترق الفقه الإسلامي عن القانون الوضعي في الشروط المتعلقة بالعذر الطارئ وما بقابله في القانون تحت مسمى الظرف وعلى وجه الخصوص في:

-صفة الاستثنائية: حيث يشترط القانون صفة الاستثنائية في الظروف الواقعة على العقود كالإضراب المفاجئ والحروب والزلزال كونها غالبة ولا يمكن لأي كان دفعها، في حين أن الفقه الإسلامي لا يشترط هذا الوصف في تطبيق النظرية فالعبرة بمدى تأثير الحادث على الالتزام العقدي وما يترب عنده من أضرار،

⁽¹⁾ شارف بن يحيى، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010، ص 59.

⁽²⁾ خالد علي سليمان بن أحمد، مرجع سابق، ص 10-09.

⁽³⁾ سفيرة عيشة، فيصل التفرقة ما بين نظرية الظروف الطارئة، القوة القاهرة والحادث المفاجئ وتطبيقاتهم، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، الجلد 16، العدد 01، 2023، ص 521.

وبالتالي فإن تطبيق نظرية العذر في الفقه الإسلامي أوسع وأشمل¹.

-صفة العمومية: تشرط التشريعات الوضعية في الحادث أن يكون عاماً غير خاص بأحد الأطراف المتعاقدة وإلا فلا يعتد به، غير أن الفقه الإسلامي لا يفرق بين كون الحادث عاماً أو خاصاً لا يتعدى أثره حدود التزام أحد المتعاقدين، وهو ما يعكس قمة العدالة في الأحكام التي تقرها الشريعة الإسلامية حفاظاً على حقوق ومصالح العباد².

وفي ختام المقارنة بين مفهومي القوة القاهرة والظروف الطارئة يتضح جلياً أنهما متقاطعان ومتداخلان في عدة نقاط حيث يتحدا ويتباها من حيث وحدة المنشأ والأصل بالإضافة إلى الاشتراك في عدم التوقع للحادث وعدم القدرة على دفعه، كما يكون العمل بكليهما خلال مرحلة تنفيذ العقد فحسب، ويختلفان خاصة من حيث الآثار التي تترتب عليهما فالقوة القاهرة تؤدي إلى الاستحالة والانفصال التلقائي للعقد، على خلاف الظرف الطارئ الذي يرتب إرهاقاً في تنفيذ الالتزام من قبل المدين دون استحالة ذلك، كما تختلفان من حيث نطاق التطبيق فمجال القوة القاهرة يكون في المسؤولية بنوعيها التقصيرية والعقدية، في حين ينحصر مجال تطبيق الظروف الطارئة على المسؤولية العقدية، كما تشرط هذه الأخيرة شرط العمومية في الحادث وهو ما يغيب عن حادث القوة القاهرة.

الفرع الثاني: تمييز القوة القاهرة عن الظروف الاستثنائية:

من أهم المفاهيم القانونية التي تسعى إلى معالجة صعوبة أو استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقود الظروف الاستثنائية والتي تختلف مع القوة القاهرة من حيث:

اولاً: التعريف

أ-في الفقه الإسلامي:

عرف الظرف الاستثنائي بأنه: مجموعة من الحالات الطارئة والمؤدية إلى تحديد المصلحين العامة والخاصة مما يعطي الحاكم رخصة اتخاذ مجموعة من الإجراءات والتدابير الاستثنائية لمواجهتها و تستند هذه

¹⁾-كمال لدرع، نظرية الأعذار الطارئة في الفقه الإسلامي -دراسة مقارنة-رسالة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 1996، ص160.

²⁾ - المرجع نفسه، ص161-162.

النظرية إلى عدة قواعد فقهية أهمها: (الضرورات تبيح المحظورات) وقاعدة (الضرورة تقدر بقدرها).

بـ في القانون الوضعي:

لم يعرف القضاء الظروف الاستثنائية مع انه يعتبر مصدرا من مصادره، وبالرجوع إلى بعض النصوص الدستورية نجد: " تخل الحالة الاستثنائية رئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات الاستثنائية التي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية" ومنه يمكن تعريفها على انها: نظم استثنائية وأوضاع دستوري يتم العمل بها من قبل رئيس الدولة توسيعة لصلاحياته في الخروج عن القواعد العادلة لدفع الخطر الذي يهدد المصلحة العامة⁽¹⁾.

ثانيا: شروطها وعناصر قيامها

أـ الفقه الإسلامي:

تقوم نظرية الظروف الاستثنائية في الفقه الإسلامي على عناصر اثنين⁽²⁾:

● **العنصر الموضوعي:** ويتجل في وجود جملة من الأفعال المهددة للمصلحة العامة كمؤسسات الدولة مثلا، أو المساس بمصالح الأفراد الجوهرية والحقوق المعتبرة شرعا.

● **العنصر الشخصي:** وذلك بتطبيق القاعدة الشرعية (الضرورة تقدر بقدرها) بحيث تتطلب درء الخطر دون إسراف أو مبالغة في ذلك، فيرخص له استثناء مخالفة بعض التشريعات الإسلامية دفعا لذلك الخطر.

بـ في القوانين الوضعية:

يعتبر ظرفا استثنائيا كل حادث توافرت فيه جملة من العناصر الآتية: ⁽³⁾

● **العناصر الموضوعية:** والتي تشمل ثلاثة عناصر أساسية تمثل عموما في: وجود خطر على

⁽¹⁾ المادة (107) من الدستور الجزائري المعدل سنة 2016.

⁽²⁾ طوبال كتبية، سمير جاب الله، الحدود الموضوعية والزمانية لتصرفات الحاكم في الظروف الاستثنائية في الفقه الإسلامي، مجلة الصراط، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، مج: 23، ع: 2، 2021، ص318.

⁽³⁾ عبد الحميد طبي، مراعاة الظروف الاستثنائية في التشريع: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2019_2020، ص324_330.

وشك الواقع، أن يكون المهدد بهذا الخطر هي المصلحة العليا ممثلة أساسا في المؤسسات الدستورية، والسلامة الترابية إضافة إلى الغاية المبتغاة منها.

● **الشروط الاجرائية:** حيث تشرط الدساتير جملة من الإجراءات قبل إعلان الظرف الاستثنائي من قبل السلطات المخولة لها ذلك، وتتجلى هذه الشروط كما حددتها مختلف الدساتير الوطنية منها المادة 107 من الدستور الجزائري والمادة 16 من الدستور الفرنسي في:

— استشارة الشخصيات السياسية ممثلة في رئيس مجلس الأمة وكذا رئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس المجلس الدستوري، في حين يضيف البعض الوزير الأول.

— الاستماع لهيئات مختصة.

— اجتماع البرلمان.

— توجيه خطاب للأمة.

ثالثا: الآثار القانونية:

تحتفل الآثار القانونية للظروف الاستثنائية على العقود عموما عن آثار القوة القاهرة بحيث ينبع عن تطبيق حالة الظرف الاستثنائي: ⁽¹⁾

— **عدم فسخ العقد:** والذي يعتبر اختلافا جوهريا يميزه عن القوة القاهرة، حيث يؤدي إلى جعل الالتزام ببنود العقد مرهقا دون الوصول إلى حد الاستحالة في تنفيذه وهو ما يترب عليه تعديل العقد من طرف القاضي.

— **تعديل العقد:** فسعيا لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد يخول للقاضي سلطة تعديله في حال مطالبة المدين بذلك، واعتبار هذا التخفيف من القواعد المتعلقة بالنظام العام والتي لا يجوز الاتفاق على خلافها.

وفي ختام المقارنة بإمكاننا القول بأن القوة القاهرة تتشابه مع الظروف الاستثنائية عموما من حيث تحسيد مبدأ الضرورة ويختلفان في العديد من النقاط:

⁽¹⁾ قالى مراد، مرابطين سفيان، مستقبل تنفيذ الالتزامات العقدية في ظل الظروف الاستثنائية لفيروس كورونا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية جامعة الجزائر 1، مج: 58، ع: 02، 2021، ص 695_696.

-من حيث الشروط إذ تعتبر شروط إعمال الظرف الاستثنائية أخف من شروط القوة القاهرة.

-اختلافهما من حيث الموضع ونطاق التطبيق فالقوة القاهرة موضوعها تنفيذ العقد، أما الظرف الاستثنائي فيتصل بالنظام والأمن العام للدولة وبالتالي نطاقها القرارات الإدارية.

-تمثل آثار القوة القاهرة في: انفساخ العقد وانهائه، أو إعادة التفاوض، في حين يؤثر الظرف الاستثنائي على الحقوق والحريات العامة للأفراد لفترة زمنية محددة.

الفرع الثالث: تميز القوة القاهرة عن الحادث المفاجئ

يعتبر الحادث الفجائي هو الآخر أحد الأسباب الأجنبية المؤثرة في العقود بشكل عام ولعل من أهم

ما يميزه عن الأسباب الخارجية ما يلي:

1- بالنسبة للتعريف:

ويميز بعض العلماء بين القوة القاهرة والحوادث غير المتوقعة. فالقوة القاهرة هي حدث خارجي، مثل العاصفة أو الزلزال، لا علاقة له بموضوع المسؤولية. وعلى النقيض من ذلك، فإن الحادث غير المتوقع هو حادث داخلي ناجم عن الشيء نفسه، مثل انفجار آلة أو كسر عجلة. واستناداً إلى هذا التمييز، فإن القوة القاهرة تستبعد المسؤولية تماماً، ولكن الحوادث الطارئة لا تستبعد المسؤولية ويكون المدين مسؤولاً عن العواقب الناجمة عنها⁽¹⁾.

2- من حيث أوجه الاختلاف:

يعتبر بعض الفقهاء القانونيين أن القوة القاهرة والحادث المفاجئ يمثلان مفهومين مختلفين، إلا أن هناك جدلاً حول المعايير التي تميز بينهما. يعتقد البعض أن القوة القاهرة تشير إلى حدث لا يمكن دفعه، بينما يعتبر الحادث المفاجئ حدثاً غير متوقع. ومع ذلك، تم انتقاد هذا الرأي، حيث يفترض أن القوة القاهرة يجب أن تكون حدثاً لا يمكن التنبؤ به فحسب، بل أيضاً لا يمكن التغلب عليه. من جهة أخرى، ينبغي أن يكون الحادث المفاجئ حدثاً غير متوقع، ولكنه يجب أيضاً أن يكون حدثاً يستحيل دفعه.

⁽¹⁾-عبد المادي فهد علي الجفين، أثر القوة القاهرة على العقد-في نطاق المسؤولية والرابطة العقدية ودور الارادة في تعديل الاثر المترتب عليها-دراسة مقارنة -مذكرة الماجستير، جامعة الكويت 2000-2005، ص 06.

وبالتالي، لا يمكن أن تتحقق إحدى هاتين الخاصيتين فقط. يمكن توضيح هذا التمييز بشكل أعمق من خلال⁽¹⁾:

أولاً: يعتقد البعض أن القوة القاهرة هي حادث لا يمكن دفعه، بينما الحادث غير المتوقع هو الحادث الذي لا يمكن توقعه. ومع ذلك، فقد تم انتقاد هذا الرأي، حيث أن القوة القاهرة يجب أن تكون حادثة غير قابلة للدفع، وينطبق الأمر نفسه على الحوادث غير المتوقعة.

ثانياً: إذا كان الإعسار مطلقاً، تنطبق نظرية القوة القاهرة. وإذا كان الإعسار نسبياً، ينطبق مفهوم الحادث المفاجئ. ومع ذلك، فإن هذا التمييز ليس صارماً، لأن الاستحالة مطلقة لكل من القوة القاهرة والحادث المفاجئ.

ثالثاً: تعتبر القوة القاهرة حدثاً يقع خارج موضوع المسؤولية، بينما يعتبر الحادث المفاجئ حدثاً داخلياً ناشئاً عن الموضوع نفسه، مثل انفجار آلة أو احتراق مادة. لذلك تعتبر القوة القاهرة مانعة لتحقق المسؤولية، ولكن ليس الحوادث المفاجئة. غير أن هذا التمييز ليس مهمًا لدرجة أن الرأي العام يعتبر أن القوة القاهرة والحادث المفاجئ متزادفان⁽²⁾.

عبر إجراء مسح وتحليل ومقارنة بين نظرية القوة القاهرة ونظرية الحوادث المفاجئة، يتبيّن وجود العديد من الفروق بين نظريتي القوة القاهرة والحوادث المفاجئة. على الرغم من وجود بعض الاختلافات الطفيفة بينهما، إلا أنهما في جوهرهما يمثلان جانبين لعملة واحدة. ويتفق معظم الفقهاء، إن لم يكن جميعهم، على عدم وجود فرق جوهري بين القوة القاهرة والحوادث المفاجئة.

⁽¹⁾ دمانة محمد، شرط الإعفاء من المسؤولية بين مقتضيات سلطان الإرادة وسلطان القانون، دفتر السياسة والقانون، ع: 5، جوان 2011، ص 59-60.

⁽²⁾ عبير عبد الله أحمد درياس، المسؤولية المدنية عن مضار الجوار غير المألوفة الناجمة عن تلوث البيئة في فلسطين-دراسة مقارنة -رسالة ماجستير كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيروت، 2014، ص 159.

المبحث الثاني: مفهوم عقود التجارة الدولية

تمييز العقود غير المسماة بكونها مركبة وطويلة الأمد ومن أبرز أنواعها العقد التجاري الدولي ونظراً لكون هذه الأخيرة تلعب دوراً مهماً في مختلف الأنشطة الاقتصادية والتجارية العالمية، فهي تعتبر أداة أساسية لإدارة التجارة عبر الحدود ووسيلة لتبادل السلع والخدمات بين الدول. وقد تأثرت هذه العقود تأثيراً كبيراً بالتطورات الحديثة التي شهدتها العالم والتي أدت إلى تطورها وتوسيع نطاقها وتكثيف دورها وتنوع طبيعتها القانونية والتعاقدية.

وما دامت العقود طويلة الأمد، فإنها تتأثر بالتغييرات في الظروف المحيطة بالعقد. وبينما يكون للتغيرات في الظروف المحيطة بالعقد تأثير كبير على المستوى الداخلي، فإن هذا التأثير يتعاظم على المستوى الدولي. ويرجع ذلك إلى أن السوق العالمية عادة ما تشهد تقلبات كبيرة في أسعار المواد الخام المنتجة أو المصنعة بسبب أحداث أو ظروف معينة، وهو ما يشير جدلاً كبيراً لدى فقهاء القانون الدولي الخاص بسبب عدم وجود تشريعات وطنية تتلاءم وخصوصية هذا النوع من العقود، بالإضافة إلى عدم ضبط مفهومها لعدة عوامل

وسأتأتي من خلال هذا المبحث لتسليط الضوء على عقود التجارة الدولية وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، تعريف عقود التجارة الدولية (المطلب الأول)، مراحل إبرام العقد التجاري الدولي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف عقود التجارة الدولية وأنواعها

في سياق القانون الدولي المتعلق بالأفراد، تكتسي العقود أهمية خاصة لأنها الأداة الرئيسية للمعاملات التجارية عبر الحدود ويشار إليها باسم "عقود التجارة الدولية" والتي وجب ضبط مفهومها وهو ما سنتناوله من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: تعريفها (الفرع الأول) وأهميتها (الفرع الثاني) وأنواعها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف العقد التجاري الدولي شرعا وقانونا:

العقد التجاري الدولي هو اتفاق بين شخصين، حيث يكون أحدهما مقيم والآخر غير مقيم، ويخضع لقوانين الصرف والتحويل الخارجي، ويختلف معيار دولية العقود ومفهومها من الفقه الإسلامي إلى الفقه القانوني وكذا التشريعات الوضعية وهو ما سنتناوله من خلال الآتي:

أولا: عند فقهاء الشريعة الإسلامية:

بالرجوع إلى نصوص الشريعة الإسلامية وكتب الفقهاء نجد أن عقود التجارة الدولية كانت فكرة محسدة ومحببة ومشروعة، وذلك على مستوى الأفراد أو على مستوى الدول بما فيها الغير إسلامية مع الالتزام ببعض المبادئ والضوابط الشرعية، بل ورغب الشرع في الاتجار بدليل: قوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ إِمَانُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَطْلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾¹ وقوله أيضا: ﴿إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ لَا تَكْنُبُوهَا﴾²

لم يتطرق الفقهاء القدامى إلى مسألة تعريف العقد التجاري الدولي غير أنه عند فقهاء الشريعة المعاصرین نجد بأنهم عرفوها بأنها: اتفاق قانوني بين أطراف من عدة دول مختلفة، يتم بموجبه الالتزام بتنفيذ جملة من الالتزامات في الحال التجاري، كبيع السلع أو تقديم الخدمات. في الفقه الإسلامي، يتطلب هذا العقد أن يكون متوافقاً مع أحكام الشريعة، مثل تحريم الربا والغرر والجهالة⁽³⁾.

وبالرجوع إلى مفهوم العقد التجاري الدولي في الفقه الإسلامي نلاحظ ضرورة توفر مجموعة من الضوابط في هذا النوع من العقود: ⁽⁴⁾

⁽¹⁾ سورة النساء: 29.

⁽²⁾ سورة البقرة: 282.

⁽³⁾ علي محمد منصور عليوة، التجارة الدولية في ضوء الفقه الإسلامي واتفاقيات الجات، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، مصر، 2002، ص 25.

⁽⁴⁾ يسري عوض عبد الله، العقود التجارية الدولية مفاوضاتها وابرامها وتنفيذها، رسالة دكتوراه، جامعة النيلين، السودان، 2018، ص 79.

- **الالتزام بأحكام الشريعة:** بحيث يجب أن يكون محل العقد معتبر شرعاً غير متضمن أياً من الربا أو الغرر أو الجهالة.

- **الشفافية والوضوح:** يجب أن تكون بنود العقد وشروطه واضحة ومفصلة تجنب النزاعات المتوقعة حصولها عن تنفيذه.

- **الوفاء بالالتزامات:** يتعين على كل طرف من الأطراف أداء التزاماتهم المتفق عليها والمضمنة في العقد المبرم.

- **حل النزاعات:** بأن يكون اللجوء إلى التحكيم أو القضاء للفصل في النزاعات الحاصلة بين الأطراف المتعاقدة وذلك وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

وعليه فعقود التجارة الدولية في الفقه الإسلامي تتميز بالآتي:

الرضا والتراضي: حيث يتطلب من العقد أن يكون مبنياً على رضا الطرفين دون إكراه أو غش، وهو ما يتلاءم ومبدأ "التراضي" في الفقه الإسلامي.

المشروعية: وذلك بأن يكون محل العقد مشروعًا، أي لا ينعقد العقد على محرمات مثل الربا أو الغرر الفاحش.

- **الالتزام بالشروط:** المؤمنون عند شروطهم ولهذا وجب التزام الأطراف بالشروط المتفق عليها خلال مرحلة إبرام العقد مادامت لا تخالف قواعد مبادئ الشريعة الإسلامية.

العدالة والإنصاف: ويعني أن يكون العقد موازناً بين مصالح أطراف العقد متسمًا بالعدل والإنصاف، دون ظلم أو استغلال⁽¹⁾.

ثانياً: في التشريعات الوضعية:

وردت العديد من التعريفات التشريعية لعقود التجارة الدولية فهناك من عرفها: هي اتفاقيات بشأن

⁽¹⁾-علي محمد منصور عليه، المرجع السابق، ص 25.

المعاملات التجارية المصممة لعبور الحدود والتأثير على الدول الأخرى⁽¹⁾.

كما تعرف بأنها: عملية تجارية يتم بموجبها تبادل السلع والخدمات وعوامل الإنتاج الأخرى بين عدة بلدان لتحقيق المنفعة المتبادلة لأطراف التبادل"⁽²⁾.

ينطوي تعريف التجارة الدولية بمعناه الواسع على دراسة ثلاثة جوانب من المعاملات الاقتصادية الدولية: حركة السلع والخدمات، وحركة رؤوس الأموال، وحركة الأشخاص. وتشتمل المعاملات بين منطقتين أو بين بلدان مختلفتين أو بين عدة بلدان ذات سياسات مختلفة⁽³⁾. وفقاً لهذا التعريف، يتضمن مصطلح التجارة الدولية كل من الصادرات والواردات المنظورة، مثل السلع، والواردات غير المنظورة، مثل الخدمات، بالإضافة إلى حركة رؤوس الأموال دولياً، والهجرة الدولية عبر انتقال الأفراد من دولة إلى أخرى⁽⁴⁾.

وعليه فيمكنا القول بتطابق كل من التعريفين الفقهي والقانوني للعقد التجاري بحيث كليهما يتطلب توافق وتطابق إرادتين مستقلتين مع الحرص على توفير الالتزامات المقابلة غير أن الفقه الإسلامي كان حريصاً على ضرورة مشروعية محل العقد وهو ما غاب عن التعريف الوضعي فيكون بذلك التعريف الفقهي أكثر دقة وضبطاً عن غير من التعريفات القانونية المقدمة للعقد التجاري الدولي.

ثالثاً: معيار دولية عقود التجارة الدولية

اختلف فقهاء القانون حول وضع وضبط مفهوم واضح حول العقود التجارية الدولية ولعل أساس هذا الاختلاف يعود إلى تباين المعايير التي أخذ به كل اتجاه من هذه الاتجاهات الفقهية والتي يمكن حصرها وإجمالها في ثلاثة (03) معايير أساسية: حيث اقتصر الاتجاه الأول على المعيار القانوني فحسب، أما الاتجاه الآخر فقد ذهب إلى اعتبار المعيار الاقتصادي، في حين جمع الاتجاه الثالث بين المعايير القانوني وكذلك الاقتصادي وهي كالتالي:

⁽¹⁾-تيب نادية، التحكيم كآلية لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمر-تizi�ن، 2006 ص 02.

⁽²⁾- سفيان بن عبد العزيز، الأساليب والمعايير الحماية الجديدة في التجارة الدولية النشر الجديد الجامعي، تلمسان، الجزائر، 2016، ص 16.

⁽³⁾- عبد اللطيف عامر، الأزهر عزه، آثار تحرير التجارة الدولية على ظاهرة الفقر في الدول النامية، مجلة الدراسات المالية والمحاسبية، جامعة الشهيد حمة لحضر بالوادي، الجزائر، العدد السابع، 2016، ص 401.

⁽⁴⁾- سفيان بن عبد العزيز، مرجع سابق، ص 09.

1_المعيار القانوني:

ويمكن تقسيم هذا المعيار إلى قسمين:

أ-المعيار القانوني التقليدي:

حيث ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى إضفاء طابع الدولي على العقد المبرم بمجرد توفر العنصر الأجنبي في الرابطة العقدية وهو ما يجعل العقد خاضعاً لأحكام وقواعد القانون الدولي الخاص. وذلك بأن يكون أحد أطراف العقد حاملاً لجنسية مختلفة عن جنسية القاضي، أو أن يكون موضوع العقد أو محل تنفيذه خارج دولة القاضي⁽¹⁾.

ب_ المعيار القانوني الحديث:

ويرى أصحاب هذا المذهب أن العقد يستمد صفتة الدولية انطلاقاً من وجود عناصر قانونية أجنبية فعالة في الرابطة التعاقدية، وبالتالي فإن تمعن أي طرف قانوني آخر غير فعال بالجنسية الأجنبية أو كان متواطناً بالخارج أو أبرم العقد في بلد آخر لا يعد كافياً لإضفاء الطابع الدولي على هذا العقد ويتوقف ذلك نسبياً على نوع وطبيعة العلاقة التعاقدية فتختلف من المعاملات المالية إلى عقود الزواج مثلاً، فنلاحظ أن مجرد تطرق الصفة الأجنبية لعناصر العقد لا يعتد به لاعتبار العقد دولي وإنما لابد أن يكون التطرق لأحد العناصر المؤثرة في العقد⁽²⁾.

وهو ما ذهبت إليه اتفاقية فيينا لسنة 1980م وكذا اتفاقية لاهاي لسنة 1986م حيث أخذتا بعض من هاته المعايير لاعتبار العقد التجاري دولياً فاعتمدت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع بمعايير تواجد مراكز أطراف بالخارج دون الاعتداد بجنسيتهم في حين أخذت اتفاقية لاهاي بالمعايير: اختلاف جنسية أطراف العقد بالإضافة إلى اختلاف مراكز أطراف⁽³⁾

⁽¹⁾- حفيظة سيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 419.

⁽²⁾- هشام علي صادق، القانون الواجب تطبيقه على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 75-76.

⁽³⁾- هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص 78.

2_المعيار الاقتصادي:

يرى بعض الفقهاء أن هذا المعيار أنه خاص بالقانون الفرنسي كونه متسم بالغموض ولم يلق قبولاً وتحاوباً على المستوى الخارجي، ويرجع إحداث هذا المعيار إلى الاجتهاد القضائي الفرنسي وهو يعتمد أساساً على فكرة المد والجزر في البضائع والسلع والخدمات والأمور الإضافة إلى اشتراط تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية، حيث يعتبر عقداً تجاريًّا دوليًّا عقد يتم بموجبه انتقال حركة في رؤوس الأموال خارج حدود الدول⁽¹⁾.

وقد تم انتقاد هذا المعيار من قبل الفقهاء كما سبق القول حيث يرى هؤلاء أن تطبيق المعيار الاقتصادي منفرداً غير كاف لانطباق صفة الدولية على العقد وهو ما أدى إلى ظهور اتجاه ثالث.

3_المعيار القانوني والاقتصادي:

ويرى أصحاب هذا المذهب ضرورة الجمع بين المعيارين السابقين: المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني، ويرجع ظهور هذا المعيار إلى الاجتهاد القضائي الفرنسي الحديث نتيجة لتطبيقات هذا الأخير للمعيار الاقتصادي والذي أسفر عن العديد من التغرات الموجودة في هذا المعيار، ما استدعي تداركها عن طريق دمج المعيارين القانوني والاقتصادي فيعتبر عقداً تجاريًّا دولياً كل رابطة عقدية ذات عصر أجنبي فعال ومؤثر في تلك الرابطة والذي يؤدي إلى إثارة مسألة تنازع القوانين وقواعد الإسناد إضافة إلى تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية وهو الأمر الذي يميزه عن سائر أنواع العقود الدولية⁽²⁾

فيما يخص موقف المشرع الجزائري من تحديد الطابع الدولي للعقود التجارية الدولية، لا توجد مادة قانونية واضحة تحدد المعايير التي اعتمدها المشرع في هذا المجال. ومع ذلك، يتناول المرسوم رقم 09-93 مسألة الطابع الدولي للتحكيم، حيث ينص على أنه إذا كان النزاع يتعلق بمصالح التجارة الدولية وكان أحد الأطراف على الأقل مقيماً أو مقره في الخارج، فإنه يعتبر تحكيمًا دوليًّا وفقاً للمادة 458 من نفس المرسوم.

⁽¹⁾-يسري عوض عبد الله، العقود التجارية الدولية-مفاوضات، إبرامها، تنفيذها، مرجع سابق، ص 90-92.

⁽²⁾- المرجع نفسه، ص 92.

وهذا يعكس العلاقة الوثيقة بين التحكيم وال العلاقات التجارية الدولية، حيث تلعب عقود التجارة الدولية دوراً أساسياً في العصر الحديث. كما يعكس هذا الارتباط النسيبي بين التحكيم وعقود التجارة الدولية، مما يجعل صفة الدولية عنصراً مشتركاً بينهما.

و بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08/09، فإن المشرع الجزائري قد تجاوز اصطلاح مصالح التجارة الدولية وعدل عنه، حين أتى بمفهوم مختلف لذلك بنصه في المادة 1039⁽¹⁾ على الرغم من أن المشرع قد جمع بين معيارين في المرسوم 93/09، وهما المعيار الاقتصادي المتعلق بمصالح التجارة الدولية والمقياس القانوني المستند إلى اختلاف موقع أو موطن الأطراف المتعاقدة، إلا أن التعديلات الأخيرة على قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد أولت اهتماماً أكبر للمصالح الاقتصادية للدولة، مما جعل المعيار الاقتصادي يتتفوق على المعيار القانوني.

الفرع الثاني: أهمية عقود التجارة الدولية

-تعد التجارة الخارجية من أهم القطاعات في أي مجتمع لما لها من أهمية تتجلى في الجوانب التالية: فهي لا تقوى الروابط بين الدول والمجتمعات المختلفة فحسب، بل هي وسيلة فعالة لتصريف فائض الإنتاج عن احتياجات السوق المحلية.

-تعتبر التجارة الخارجية مؤشراً هاماً للقدرة الإنتاجية للبلد وقدرته التنافسية في الأسواق الدولية. وذلك لأن هذا المؤشر يرتبط بالقوى الإنتاجية المتاحة والقدرة التصديرية للبلد. ويعكس مستوى الدخول في التجارة الخارجية قدرة البلد على الاستيراد، وهو ما يعكس في ميزان النقد الأجنبي و يؤثر بشكل مباشر على ميزانه التجاري⁽²⁾.

⁽¹⁾-القانون 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق ل 25 فبراير 2008م، ج ر عدد 21 لسنة 2008.

⁽²⁾-عبد اللطيف عامر، الأزهر عزه، مرجع سابق، ص 401.

- تتيح التجارة الدولية تحقيق فوائد من خلال الحصول على السلع بتكاليف أقل مقارنة بذلك التي تُنبع محلياً. كما تسهم التجارة الدولية في رفع مستوى الدخل القومي من خلال التخصص وتقسيم العمل على المستوى الدولي، وتساعد في نقل التكنولوجيا والمعلومات الحيوية التي تعزز بناء اقتصاد قوي وتدعم عملية التنمية الشاملة.

- تحقيق التوازن في السوق المحلية نتيجة تحقيق التوازن في كمية العرض والطلب. زيادة الأذواق وتلبية جميع الطلبات والرغبات وال حاجات⁽¹⁾.

الفرع الثالث: أنواع عقود التجارة الدولية

تتعدد وتباين انواع العقود في مجال التجارة الدولية وذلك نظراً لطبيعة محل العقد والأطراف المتعاقدة ويتميز كل نوع بجملة من الخصائص والمتطلبات سواءً على مستوى الفقه الإسلامي أو التشريع الوضعي.

اولاً: في الفقه الإسلامي:

من خلال كتب فقهاء الشريعة الإسلامية يمكننا القول بأن العقد التجاري يقسم باعتبارات مختلفة ولعل أشهرها وأهمها باعتبار إقرار الشرع لها أو إلغائها، حيث أن الشريعة الإسلامية جعلت جل تركيزها على محل العقد وتنقسم بحسب هذا الاعتبار إلى⁽²⁾:

1-عقد صحيح: وهو عقد تترتب عليه آثاره الشرعية كونه مكتمل الأركان والشروط، وهو إما أن يكون نافذاً ولازماً، أو نافذاً وغير لازم، وإما غير نافذ وهو الموقف.

2-عقد غير صحيح: وهو غير مرتب لأثره الشرعي كونه مخالف لنظام الشرع حيث اختلف العلماء حول أنواعه، حيث ذهب جمهور الفقهاء، حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبارها درجة واحدة من حيث الفساد والبطلان، أما الحنفية فذهبوا إلى اعتبارها درجتان ونوعان: عقد باطل وهو ما كان الخل في ركن من أركانه، وعقد فاسد وهو ما كان الخل في وصف من أوصافه، وعلى رأي الحنفية أنواع العقد خمسة:

⁽¹⁾- أحمد توفيق التجارة الخارجية (دراسة تطبيقية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، دون سنة نشر، ص 11.10.

⁽²⁾- محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، دار القلم، دمشق، ط 1، 1993م، ص 80-81.

-عقد نافذ ولازم وهو عقد صحيح ملزم لأطرافه ينفذ فور انعقاده.

-عقد غير لازم: وبالتالي بإمكان الأطراف العدول عن تنفيذه بمحض الإرادة المنفردة.

-عقد غير نافذ: وهو ما تعلق بحقوق الغير، أو شابه الإكراه مما يؤدي إلى عدم ترتيب آثاره الشرعية وبقائه موقوفا.

-العقد الفاسد: وهو ما شابه خلل في أحد أوصافه فلا يعد عقدا صحيحا.

-العقد الباطل: وهو عقد غير مشروع الأصل والوصف معا، حيث فقد ركنا من أركانه.

تقسم العقود باعتبارات أخرى، فباعتبار التسمية تقسم إلى عقود مسماة وهي عقود معروفة عند فقهاء الشريعة كالملاقة، والمراجحة، والبيع، والوكالة و... إلخ.

وعقود غير مسماة وهي عقود حديثة لم تكن موجودة عند القدامى. كما يمكن تقسيم العقود باعتبار الاستمرار إلى عقود فورية كالبيع مثلا حيث ينفذ العقد مرة واحدة دون تكرار، وعقود مستمرة في حال امتداد العقد لفترة زمنية مما يؤدي إلى تكرار تنفيذه مثل عقد الإيجار⁽¹⁾

وهناك من يقسمها باعتبار الغاية إلى:⁽²⁾

1-عقد البيع: وهو تبادل وبيع السلع أو الخدمات بين مختلف دول العالم، ويخضع كل ذلك لضوابط

وشروط البيع في الفقه الإسلامي، منها: التسليم والثمن.

2-عقد الإيجارة: ويتمثل في إجارة الأصول أو الخدمات لفترة زمنية محددة المدة وكذا الأجر وذلك

خروجًا عن دائرة الجهة المفرطة والغمر.

3-عقد المضاربة: وصورته عبارة عن عقد شراكة بين طرفين، يقدم أحدهما المال والآخر يلتزم بتقديم

العمل، مع تقاسم الأرباح وفقاً للنسبة المتفق عليها مسبقا.

4-عقد المراقبة: ويكون ببيع سلعة معينة بسعر يتضمن مسبقاً علماً بنسبة الأرباح المرحمة من تلك

الصفقة وغالباً ما تتم هاته العقود في مجال التمويل الإسلامي.

⁽¹⁾ عادل موسى، مدخل لدراسة النظريات الفقهية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 1444هـ، ص 227.

⁽²⁾ شحاته محمد السنوسي محمد، التجارة الدولية في ضوء الفقه الإسلامي واتفاقيات الجات، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط1، 2007، ص 38.

ثانياً: في التشريعات الوضعية:

هناك أنواع عديدة من اتفاقات المعاملات الدولية، حسب موضوعها. وهي تشمل عقود أداء مختلف العمليات، مثل اتفاقات الامتياز والمشاريع المشتركة، وكذلك اتفاقات نقل التكنولوجيا في شكل تراخيص صناعية. وتشمل القائمة أيضاً عقود بيع الخدمات، فضلاً عن عقود التشييد وبناء المصنع، والتي تأخذ شكل عقود تسليم المفتاح وأعمال البناء المختلفة. وتشمل أيضاً اتفاقات القروض الدولية وأشكال أخرى من العقود التي تطبق على التجارة الدولية.

01- عقد البيع الدولي للبضائع والخدمات

تعتبر عقود البيع الدولي للبضائع والخدمات أكثر أنواع العقود انتشاراً، وقد تناولها العديد من المؤلفين بشكل مفصل⁽¹⁾. كما أنها حظيت بأهمية كبيرة في الاتفاقيات الدولية. ومن بين الإنجازات البارزة التي قامت بها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (UNCITRAL) هو قانون البيع الدولي للبضائع، الذي تم إدراجه في جدول أعمالها منذ دورتها الأولى في عام 1968.

العقد الدولي لبيع السلع هو في الأساس بيع السلع الملموسة أو غير الملموسة من أي نوع بسعر محدد على المستوى الدولي. ويشمل بيع وشراء الممتلكات المنقولة الملموسة وغير الملموسة كأساس للتجارة الدولية⁽²⁾. عقود بيع الخدمات هي أحد أنواع عقود البيع الدولية التي أصبحت مطلوبة بشكل عام على نطاق أوسع خارج الإطار الإقليمي لموقع الشركة التي تقدم الخدمة، بعض النظر عن نوع الخدمة. ومن أمثلة هذه العقود ما يلي. عقود بيع الخدمات المالية، مثل إنشاء بنك أجنبي أو شركة إقراض دولية⁽³⁾، إن عقود الخدمات الشائعة في البلدان النامية، مثل عقود الخدمات الإدارية، هي في جوهرها شراء خبرة البائع أو المدير، والتي يطبقها المشتري بعد ذلك على أنشطته أو أعماله التجارية⁽⁴⁾.

⁽¹⁾- صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز الطباعة والنشر بمعهد الإدارة العامة، 1998، ص 26.

⁽²⁾- صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي، نفس المرجع، ص 27.

⁽³⁾- شركات الإقراض الدولية تقدم قروض طويلة الأجل لتنشيط تجاراتها الخارجية، وتبدو أهمية هذه القروض كونها تمثل رقابة حقيقة من جانب المؤسسات المالية على المشروع لأنها يقوم بإخطار المؤسسات المالية بأي تعديلات نظرًا على أنشطتها وميزانيتها، وعدم الاقتراض في المستقبل إلا بعد أحد موافقتها، وعدم توزيع الأرباح إلا بعد سداد القرض، أنظر: طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، 7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 24.

⁽⁴⁾- صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي، مرجع سابق، ص 28-29.

وفي كثير من الحالات، تجمع العقود بين بيع السلع وتقديم الخدمات، كما هو الحال في عقود تسليم المفتاح. وفي هذا النوع من العقود، يقوم المقاول الأجنبي ببناء المشروع أو المصنع بأكمله، بما في ذلك الآلات والمعدات، ثم يسلمه إلى الطرف المحلي بمجرد تشغيله⁽¹⁾.

02- عقود الوكالات التجارية

مع تزايد النشاط التجاري في العصر الحديث واتساع نطاق الخدمات المطلوبة في التجارة الدولية، تلعب اتفاقات الوكالة التجارية دوراً هاماً. وفي كثير من الحالات، تجده الشركات صعوبة في التعامل المباشر مع المستهلكين وتضطر إلى الاعتماد على الوسطاء. ولهذا السبب، ظهرت أشكال مختلفة من العقود وتستخدم في مختلف البلدان، مثل الوكيل التجاري والوكيل بالعمولة ووكيل المبيعات التجارية ووكيل المبيعات التجارية ووكيل المبيعات التجارية⁽²⁾.

يُعتبر عقد الوكالة التجارية عقداً رضائياً، حيث لا يحتاج إلى مستندات مكتوبة أو تسجيل رسمي كما هو الحال في عقود الشركات. يعتمد هذا العقد فقط على توافق الإرادتين بين الموجب والقابل. ومع ذلك، إذا كانت هناك إجراءات تتطلب شكلاً معيناً لعقد الوكالة التجارية، يمكن إبرام العقد سواء كتابةً أو شفوياً. كما يمكن إثبات عقد الوكالة التجارية بطرق إثبات متعددة⁽³⁾.

اتفاق المعاوضة هو اتفاق يحصل فيه كل طرف من الطرفين المتعاقدين على شيء ما مقابل ما قدمه للطرف الآخر. أما عقد التبرع، من ناحية أخرى، فهو عقد يقدم فيه أحد الطرفين منفعة للطرف الآخر بمحاناً ولا يتلقى فيه الطرف الآخر عوضاً عما قدمه ولا يعطي الطرف الآخر عوضاً عما تلقاه.

⁽¹⁾- محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، دون سنة نشر ص 16-17.

⁽²⁾- طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 1997، ص 26-27.

⁽³⁾- العزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، دار الثقافة، عمان، 2005، ص 368-369.

تعتبر عقود الوكالة التجارية ذات أهمية كبيرة في ظل تزايد النشاط التجاري في العصر الحديث وتوسيع نطاق الخدمات المطلوبة في التجارة الدولية. ونظراً لصعوبة تعامل الشركات بشكل مباشر مع المستهلكين، حيث يتم ذلك غالباً من خلال وسطاء، فقد ظهرت أشكال متعددة من العقود، بما في ذلك عقود الوكالة التجارية، والوكالء بالعمولة، والوكالء التجاريون بين الدول⁽¹⁾.

1- عقود الامتياز التجارية

تساعد اتفاقيات الامتياز التجاري في توسيع نطاق الشركات العالمية الكبرى، كما تتيح للمستثمرين الصغار فرصة الاستثمار في المعرفة الفنية والتجارية التي توفرها هذه الشركات. تشمل هذه الخدمات التسويق، والتدريب الفني والإداري، والبحث والتطوير، بالإضافة إلى تطبيق أحدث التقنيات⁽²⁾. في هذه المقالة، سنستعرض ماهية عقد الامتياز التجاري ونوضح أهم البنود التي يجب تضمينها في أي نموذج عقد امتياز تجاري، وفقاً لما نص عليه كل من المشرع الجزائري والعربي والمصري من خلال القانون التجاري وقانون الملكية الفكرية.

يعرف الدكتور ياسر الحديدي اتفاق الامتياز بأنه وسيلة "تعاقدية" للتعاون بين شركات مستقلة، تهدف إلى نقل المعرفة التقنية والتجارية، بما في ذلك حقوق الملكية الفكرية والصناعية، وتقسم الدعم الفني من المانح إلى الممنوح له. تقوم الجهة المستفيدة بتنفيذ الأنشطة التجارية وفقاً للمعايير والشروط التي يحددها مانح الامتياز، وتستفيد في المقابل من المواد المقدمة. الهدف من هذا التعاون هو تكرار نجاح أعمال مانح الامتياز⁽³⁾.

يعرف اتفاق الامتياز بأنه "اتفاقية تمنع بموجبها شركة معينة عدة شركات أخرى الحق في بيع منتجات أو خدمات تحت اسمها التجاري أو علامتها التجارية، وذلك مقابل مبلغ مالي، غالباً ما يتافق ذلك مع تقسيم دعم فني"⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ محمد حسن منصور، العقود الدولية، مرجع سابق، ص 21-22.

⁽²⁾ المرجع نفسه، ص 24.

⁽³⁾ ياسر سيد محمد الحديدي، النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري، الطبعة الأولى، الناشر جلال حرى وشركاه، منشأة المعارف الاسكندرية، مصر 2008، ص 29.

⁽⁴⁾ ياسر سامي القرني، دور عقود الامتياز التجاري في نقل المعرفة الفنية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 2005 ص 5.

على الرغم من أن هذا التعريف لا يختلف كثيراً عن التعريف السابق، إلا أن اللائحة الوزارية الفرنسية اعتبرت أن كلا من المانح والمتلقي هما شركتان. ولكن في الواقع، يمكن أن يشمل الترخيص باستخدام العلامة والاسم التجاريين بمقابل مادي أطراضاً غير الشركات أيضاً.

يعد الامتياز التجاري شكلاً من أشكال التجارة التي وجدت بيئة مواتية لتطورها وتقدمها في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث ولدت منذ حوالي 30 عاماً. وقد انتشر المفهوم وأسسه منذ ذلك الحين إلى أوروبا وبدأ الآن في الوصول إلى أسواق الشرق الأوسط. ويعتبر نموذجاً أمريكياً للتعاون، وقد برت ظهوره عدة عوامل منها⁽¹⁾:

هدف المانح في تطور نشاطه وتوسيع دائرة تسويق منتجاته.

- المساحة الشاسعة التي فرضت هذا النوع من التعامل.

- الإقراء باستقلالية الممنوح له، لكن تحت رقابة المانح.

4- عقود المشروعات المشتركة

لا يعطي الشكل التعاقدية للمشروع المشتركة الشخصية القانونية للمشروع المشترك، ولكنه لا يحول دون وجود هيكل مالي وإداري يتناسب مع حجم الأنشطة التي يقوم بها المشروع المشترك⁽²⁾.

يعتقد البعض أن ما يميز المشروع التعاقدية عن غيره من الكيانات القانونية التي ينظمها القانون وتتمتع بالشخصية الاعتبارية، مثل الشركات التجارية والجمعيات والمؤسسات، هو الاستعداد للمشاركة في المشروع. فإذا لم تتوفر الرغبة في المشاركة بين الأطراف، فإن ذلك يؤثر على طبيعة المشروع، فإن المشروع المشترك يعتبر نظاماً تعاقدياً قائماً على الالتزامات المتبادلة بين الأطراف وليس شكلاً من أشكال الشركات⁽³⁾.

⁽¹⁾- دعاء طارق بكر البشتواوي، عقد الفرنشيز وأثاره، مذكرة ماجستير في قانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2008، ص 10.

⁽²⁾- علي فوزي الموسوي، أنواع المشروع، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الثالث، الجزء الثاني، 2018، 194.

⁽³⁾- أحمد فلاح بخيث العطين، المشروع المشترك وسيلة لنقل التكنولوجيا في الأردن، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون، جامعة القاهرة، 2006، ص 28.

تعتبر المشاريع المشتركة اليوم من أبرز أساليب التجارة الدولية، خصوصاً في الدول النامية. بالإضافة إلى ذلك، فإن الاستثمار في العلاقات الاقتصادية الدولية في معظم دول العالم لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال مشاركة عناصر الدولة، سواء كانت حكومية أو خاصة. وتظهر هذه المشاركة بشكل خاص في أشكال معينة، مثل الشركات ذات المسؤولية المحدودة.⁽¹⁾

تُقام المشاريع المشتركة في مجموعة واسعة من الأنشطة التجارية الدولية، ولا يقتصر نوع الشراكة على نموذج محدد؛ بل يتحدد هيكل المشروع المشترك بناءً على الأهداف التي يسعى الشركاء لتحقيقها. قد يركز المشروع المشترك على توفير المواد الازمة لجميع الشركاء في أعمالهم، أو على إنتاج نوع معين من المنتجات المخصصة للبيع في السوق. كما يمكن أن يتعاون الشركاء في مجال البحث والتطوير لتحسين صناعات أو منتجات معينة تتعلق بعمليات أحد الأطراف أو جميعهم⁽²⁾. بالإضافة إلى ذلك، يمكن أن يكون المشروع المشترك مخصصاً لتسويق المنتجات التي ينتجهما الأطراف بشكل مستقل، وغيرها من الأنشطة التجارية المتنوعة.

المطلب الثاني: مراحل إبرام العقد التجاري الدولي

تُبرم العقود التجارية الدولية بطبيعتها القانونية من خلال المرور على عدد من المراحل، منها المرحلة الأولى والمعروفة بالمفاوضات والمشاورات (الفرع الأول)، ثم المرور إلى مرحلة إبرام العقد (الفرع الثاني)، للوصول بعد ذلك إلى آخر مرحلة وهي التنفيذ (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مرحلة المفاوضات

يعتبر التفاوض كمرحلة أولية لإبرام العقود شكلًا من أشكال الحوار أو تبادل الأفكار بين طرفين أو أكثر، يهدف إلى الوصول إلى اتفاق يسهم في حل الخلافات في وجهات النظر بين الأطراف المعنية.

⁽¹⁾- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة 46 لأحدث أحكام القضاء المصري، دار الشروق، 2002، ص 51.

⁽²⁾- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية، مرجع سابق، ص 51.

أولاً: تعريف المفاوضات

1_ المفاوضات لغة واصطلاحا:

أ-لغة: كلمة "تفاوض" في اللغة العربية مشتقة من الفعل "فاوض"، وهي تعني المداولة والباحثة في

الأمر بين طرفين⁽¹⁾

وهي مشتقة من الفعل "فوض" والذي يعني منح شخص ما السلطة لاتخاذ القرار أو التصرف في مسألة معينة. في سياق التفاوض، تشير الكلمة إلى تبادل الآراء أو التعاون بين الأطراف بهدف الوصول إلى تسوية أو اتفاق. تُستخدم الكلمة للدلالة على عملية التفاوض والمساومة، حيث يعتبر الشخص مفاوضاً. عندما يُقال "تفاوض الفريقان"، فهذا يعني أن الفريقين تبادلا الآراء وتناقشا من أجل التوصل إلى اتفاق⁽²⁾.

ب-اصطلاحا:

المفاوضات في الفقه الإسلامي:

لم يرد في مظان فقهاء الشريعة الإسلامية مصطلح المفاوضات غير أن الشريعة الإسلامية قد عرفت المعنى السليم والدقيق لمفهوم المفاوضات وعبرت عنها بعدة مصطلحات من خلال مختلف النصوص الشرعية كالمباهلة، والحوار⁽³⁾

المفاوضات في القانون: التفاوض هو فن إدارة التواصل الفعال والحوار البناء. وهو سلوك طبيعي يستخدمه البشر للتفاعل مع محيطهم وهو أسلوب علمي يطبق في مختلف المجالات. يبدأ التفاوض رسمياً بإعلان الأطراف عن مواقفهم وأهدافهم وتبادل وجهات النظر ومحاولة التوصل إلى اتفاق يتوافق مع مصالحهم المشتركة⁽⁴⁾

⁽¹⁾ ابن منظور، لسان العرب، مادة "فوض"، طبعة دار صادر، بيروت، ج: 7، ص256.

⁽²⁾ ولاء علي محمد، دور المفاوضات في إدارة الأزمات الدولية، ط.1، العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2011، ص 38.

⁽³⁾ يسري عوض عبد الله، مرجع سابق، ص102-103.

⁽⁴⁾ عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، ط 2 -، دار هومه، الجزائر، 2009، ص 163.

وهناك تعريفات كثيرة، منها: الحادثات بين طرفين أو أكثر، كما عرفها ديفيس-هوفر، بأن يعترف كل منها لآخر بأنه يتحكم في مصدر الرضا ويتفقان على تغيير هذه الظروف⁽¹⁾.

وبحسب الدكتور محسن أحمد الخضري فإن التفاوض هو موقف يقوم فيه طرفان أو أكثر بعرض وجهات نظرهم حول قضية ما وتبادلها وتقارها وتكيفها واستخدام كل وسائل الإقناع لحمل أو عدم حمل الطرف الآخر على القيام أو عدم القيام بأمر معين من أجل الحفاظ على مصالح قائمة أو كسب مصالح جديدة إنما حالة معبرة وдинاميكية، حيث يستطيع الطرفان الحفاظ على مصالحهما القائمة أو كسب مصالح جديدة باستخدام جميع وسائل الإقناع الممكنة⁽²⁾.

من خلال التعارف المقدمة للتفاوض يبين من خلاله، أنه يقترب بكثير من المفاهيم الأخرى لذا وجب علينا التمييز بين هذه المفاهيم من جهة والتفاوض من جهة أخرى.

ثانياً: الالتزامات والمسؤولية خلال مرحلة التفاوض

أ- التزامات مرحلة التفاوض:

الالتزام الأساسي بالتفاوض (واجب حسن النية) تلتزم الأطراف في عقد تفاوضي بالتفاوض بحسن نية وحسن نية⁽³⁾.

يتطلب واجب حسن النية من الطرف الآخر تحذب السلوك الذي قد يخلق توقعات زائفة أو ثقة مفرطة بشأن جدية المفاوضات. ويشمل ذلك عدم التفاوض لأغراض ترويجية أو لأغراض أبحاث السوق على الرغم من عدم وجود نية حقيقة لإبرام عقد، وعدم إثناء المفاوضات بشكل مفاجئ أو في وقت غير مناسب دون تقديم أسباب مقبولة ومبررة. كما أن إجراء مفاوضات موازية مع أطراف أخرى بشأن نفس الصفقة دون إبلاغ الطرف الآخر أمر خالف لحسن النية⁽⁴⁾.

⁽¹⁾- نادر أحمد أبو شيخة، أصول التفاوض، مجلاوي للنشر والتوزيع، عمان، 2000 ص 13

⁽²⁾- ولاء علي محمد، مرجع سابق، ص 43.

⁽³⁾- يسري عوض عبد الله، العقود التجارية الدولية، مرجع سابق، ص 183.

⁽⁴⁾- نفس المرجع، ص 186.

استناداً إلى التزام الطرفين بمبدأ حسن النية خلال مرحلة المفاوضات، يتعهد الطرفان بالحفاظ على سرية المعلومات التي يطلعون عليها أثناء هذه المفاوضات. من المتوقع أن يتعرف الطرفان على العديد من الأسرار، خاصة فيما يتعلق بالقدرات المالية لكل منهما، ومصادر المواد الخام، وأسواق الإنتاج والآليات المستخدمة. ومن المحتمل أن يؤدي اطلاع طرف ثالث على هذه الأسرار إلى إلحاق الضرر بالطرف الآخر. كما أن استخدام أي من الطرفين لهذه الأسرار لمصلحته الخاصة دون الحصول على موافقة الطرف الآخر يعتبر أيضاً انتهاكاً للسرية.

ب- الجزاء المترتب عن هذه المسؤولية

وموضوع الالتزام الذي لم يتم الوفاء به هو "اتفاق تفاوضي" وليس "عقداً". ولذلك، إذا رفض أحد الطرفين الدخول في المفاوضات أو مواصلتها، فلا يمكن القول بوجود عقد، لأن إنفاذه سيكون تعدياً على الحرية الشخصية. وبالمثل، حتى لو كانت مرحلة المفاوضات المتوقفة مسموح بها ويمكن أن تؤدي إلى إبرام عقد، فلا معنى لأن تعين المحكمة شخصاً لتمثيل المدين في عملية التفاوض⁽¹⁾.

وفقاً لنظرية المسؤولية التقتصيرية، تتمثل العقوبة في تعويض المفاوض عن الأضرار التي تعرض لها. يتم تحديد قيمة التعويض بناءً على التكاليف التي تحملها الطرف المتضرر منذ بداية المفاوضات، بالإضافة إلى تعويض عن الفرص الضائعة، مثل إمكانية إبرام عقد مع طرف آخر خلال نفس الفترة. ومع ذلك، لا يتضمن التعويض الأرباح المفقودة التي كان من الممكن تحقيقها في حال تم إبرام عقد نهائي⁽²⁾.

⁽¹⁾ بن احمد صليحة، اثار المسؤولية المدنية الناشئة عن الاحلال المتفاوض بالتزامه بحث منشور بـuniv.dspaceouargla.dz ، ص 18.

⁽²⁾ معداوي نجية، محاضرات في مقياس عقود التجارة الدولية، القيد على طلبة السنة اولى ماستر، تخصص قانون اعمال، جامعة البليدة 2، لونيسي علي، 2022-2023، ص 67.

الفرع الثاني: مرحلة صياغة وتحرير عقود التجارة الدولية

الصياغة هي مجرد أداة أو وسيلة لنقل الأفكار القانونية من الفضاء الداخلي للنفس البشرية إلى الفضاء الخارجي، وهي أداة للتعبير عن الأفكار الكامنة في النفس كواقع ملموس.

أولاً: أحكام صياغة عقود التجارة الدولية

والمراد بالصياغة هنا هي تلك الوسيلة التي يتم بمقتضاها ترجمة الأفكار الكامنة داخل النفس إلى حقيقة ملموسة بشكل مكتوب، فهي تعبير عن إرادة أطراف العقد.

يشتمل العقد عادة على عدة أجزاء أساسية يمكن إجمالها كما يلي⁽¹⁾:

✓ . تحديد موضوع العقد.

✓ . مقدمة العقد.

✓ . التعريفات.

✓ . التزامات الطرفين وجزاء مخالفتها.

✓ . مدة العقد.

✓ . ضمانات العقد.

✓ . طرق فض النزاع والتمثلة هنا بالتحكيم التجاري.

✓ . مسائل أخرى

ثانياً: بنود التزامات الطرفين وحل النزاعات

متن العقد أو موضوعه هو الجزء الأساسي الذي يتناول تحديد التزامات الطرفين وجزء مخالفتها⁽²⁾.

يوضح هذا البند مسؤوليات كل طرف والأهداف التي يسعى إلى تحقيقها ويعتبر من أكثر البنود دقة

⁽¹⁾- صالح بن عبد الله بن عطاف العوبي، مرجع سابق، ص 150

⁽²⁾- Guillaume Huchet ; Les clauses favorisant un rapprochement amiable <https://www.villagejustice.com/articles/clauses-favorisant-rapprochement>, 2923.html.

ووضوحاً في العقد. كما أنه يتجنب التفسيرات والتفاسير المختلفة ويساعد الأطراف على فهم حقوقهم والتزاماتهم.

وكقاعدة عامة، لا يعتبر العقد الدولي قابلاً للإنفاذ إلا إذا كان موقعاً من قبل واضعي الصياغة. والسبب في ذلك هو أن التوقيع شرط أساسى بالنسبة إلى من قام بصياغته، وأساس لإسناده إلى الموقع وبيان أن من قام بصياغته قد قبل الوثيقة ووافق على محتواها كدليل كامل. ونتيجة لذلك، يكون التوقيع موثقاً بالنسبة لذلك الموقع، ولذلك بعد تحرير العقد، يتعين قيام الأطراف بالتوقيع عليه، لأن التوقيع هو الذي ينسب محرر العقد إلى طرفه، حيث يشترط في التوقيع: ¹.

- أن يتم التوقيع التقليدي باليد
- يأتي التوقيع عادة في نهاية الكتابة.
- يلزم التوقيع من صاحب الصفة.

الفرع الثالث: تنفيذ عقود التجارة الدولية:

في العقود البسيطة يكون العقد نافذا وساريا انطلاقا من تاريخ توقيعه، غير أن طبيعة العقود الدولية في معظمها لا تكون نافذة من تاريخ توقيع العقد، وإنما انطلاقا من تاريخ لاحق للتنفيذ والذي تترتب عقبه جملة من الالتزامات المقررة على أطراف العقد والتي تشمل عدة أنواع، وسنأتي على ذكرها من خلال هذا الفرع.

أولاً: مفهوم التنفيذ:

هو وفاء كل طرف من أطراف العقد بتنفيذ الالتزامات المتفق عليها في العقد، واحترام بنوده، ويستمد العقد قوته الملزمة من مبدأ سلطان الإرادة في إبرام العقود، وتبعا للأسس الأخلاقية المتعلقة بالوفاء بالعهد.

ثانياً: أنواع الالتزامات العقدية خلال مرحلة التنفيذ

وينقسم تنفيذ الالتزامات العقدية إلى:

1- التنفيذ الاختياري للعقد: حيث يتم هذا الالتزام عن طريق الوفاء بذلك بالتزام المدين بنفس العمل الذي التزم به خلال صياغة وتحرير بنود العقد، سواء كان بالإيجاب أو السلب، وتتحدد مدة تنفيذه

¹ يسري عوض عبد الله، مرجع سابق، ص 334-335.

انطلاقاً من تاريخ إبرامه عند عدم النص على تاريخ تنفيذ محدد وهو ما أشارت إليه المادة (1/2) حيث جاء فيها: ⁽¹⁾

- أ- إذا كان التاريخ محدداً في العقد أو قابلاً للتحديد طبقاً للعقد، فيقع التنفيذ في ذاك التاريخ.
- ب- إذا حددت فترة زمنية في العقد أو كانت قابلة للتحديد بموجب العقد، فيمكن تنفيذه في أي وقت من خلال هذه الفترة ما لم يكن للدائن حق اختيار زمن التنفيذ.
- ج- إذا لم تتطبق أي من هاتين الحالتين، تعين التنفيذ خلال مدة معقولة تبدأ من إبرام العقد.

2- التنفيذ التام للالتزامات التعاقدية: ويعني الوفاء الكامل من قبل طرف العقد بجميع الالتزامات التي تم الاتفاق عليها خلال العقد أساسية كانت أم ثانوية، إيجابية أو سلبية، وتمثل أهم عناصره في: الوفاء بالموضوع والشروط المتفق عليهما، بالإضافة إلى الوفاء وفق الطريقة المحددة في العقد ولصالح الأشخاص المتفق عليهم، وتنعكس أهمية هذا الالتزام من خلال إكماء العقد بشكل سلمي تجنباً للمسؤولية القانونية وحفظاً على الثقة بين الأطراف ⁽²⁾.

3- التنفيذ الجزئي للالتزامات التعاقدية: وهو الوفاء بجزء من الالتزامات المتفق عليها في العقد وليس وفاء بكمالها، وذلك قد يكون طوعاً بسبب ظروف المدين الخاصة، أو جبراً عند اللجوء إلى القضاء، بحيث قد يتفق الأطراف عليه بشكل صريح خلال إبرام العقد فيكون مقبولاً كعقود توريد البضائع على دفعات، أما في حال عدم الاتفاق عليه بين الأطراف بشكل صريح أو لم يكن مقبولاً من طرف الدائن فيؤدي إلى نشوء النزاعات ⁽³⁾.

4- تنفيذ المدين لالتزاماته قبل الاستحقاق: ومفاد ذلك هو قيام المدين باداء التزاماته العقدية قبل الموعد المتفق عليه في العقد، ويرتبط قبوله بعدم الإضرار بالدائن وموافقته على ذلك وقد نصت المادة (1/2) في الفقرة الخامسة من مبادئ اليونيدرو حيث أجازت للدائن قبول أو رفض التنفيذ قبل تاريخ الاستحقاق المتفق عليه في حال تعارض مع مصلحته، ولا يعتبر ذلك تعتتاً منه، حيث يبقى المدين مديننا بالالتزام حتى يتم الوفاء به وفق تاريخ استحقاقه وإلا فقد يفقد حق استحقاق المقابل ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ المادة (1/2) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما المعدل سنة 2004

⁽²⁾ محمد وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، جامعة دمشق، سوريا، ج 1، مصادر الالتزام، ص 432.

⁽³⁾ يسري عوض عبد الله، مرجع سابق، ص 440-442.

⁽⁴⁾ يسري عوض عبد الله، مرجع سابق، ص 443.

الخلاصة:

توصلت من خلال عرض عناصر هذا الفصل إلى أن مفهوم القوة القاهرة الذي اعتمدت عليه التشريعات الوطنية يعتمد على وجود ثلاثة عناصر أساسية تميزها عن غيرها من المصطلحات المشابهة وهي: أن يكون الحدث أجنبيا عن إرادة المدين، غير متوقع ولا ممكن الدفع، استحالة التنفيذ مطلقا، وهو المفهوم التقليدي للقوة القاهرة ، أما المفهوم الحديث الذي تتجه إليه المنظمات الدولية فتسعى من خلاله إلى إضفاء المرونة على شروط تتحققها مراعاة للمصلحة العامة في تحقيق استقرار المعاملات التجارية الدولية وذلك استجابة لرغبة الأطراف.

كما توصلنا إلى أن عقود التجارة الدولية تتمتع بعض الخصوصية من حيث مراحل إبرامها وتنفيذها وكذا تأثيرها بالحوادث الخارجية، وهو ما دفع العديد من المنظمات الدولية إلى السعي نحو توحيد النصوص القانونية المنظمة لها وذلك على المستوى الدولي عن طريق إبرام مختلف الاتفاقيات الدولية.

الفصل الأول:

الآثار الشرعية والقانونية المترتبة عن
القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية

طرقنا في الفصل التمهيدي إلى مفهوم القوة القاهرة وأهم الشروط الواجب توفرها في الحدث حتى يصنف كقوة قاهرة، ولكن جوهر البحث ينصب على تلك الآثار المترتبة على إعمال هاته النظرية في إطار المسؤولية العقدية خاصة، وبالنظر إلى تقسيم القوة القاهرة إلى دائمة ومؤقتة ففي هاتين الحالتين تؤدي القوة القاهرة إلى إعفاء المدين من المسؤولية التعاقدية، بحيث:

القوة القاهرة دائمة: تحدث عندما يكون الحدث الذي يمنع تنفيذ العقد غير قابل للإزالة أو التغيير، مما يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام بشكل دائم. في هذه الحالة، يتم عادةً فسخ العقد تلقائياً بموجب القانون، وذلك لاستحالة التزام الأطراف بالوفاء.

القوة القاهرة مؤقتة: تحدث عندما يكون الحدث الذي يجعل تنفيذ العقد موقفاً، مما يعني أن الالتزام يمكن أن يستأنف بمجرد زوال الحدث. في هذه الحالة، يتم تعليق الالتزامات التعاقدية مؤقتاً حتى يتمكن الأطراف من استئناف التنفيذ بعد زوال العائق.

بشكل عام، تؤدي القوة القاهرة إلى إعفاء الأطراف من المسؤولية عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية بسبب الأحداث الخارجية عن إرادتهم، سواء كانت دائمة أو مؤقتة. ومع ذلك، فإن تحديد ما إذا كان الحدث يشكل قوة قاهرة يعتمد على شروط العقد والقوانين المعمول بها بالإضافة إلى تلك الصعوبات والتحديات التي يواجهها تطبيق هذه النظرية.

في هذا الفصل ستطرق للحديث أكثر عن هذه الآثار والتحديات من خلال تقسيم الفصل إلى ثلاثة مباحث، الالتزامات المترتبة على إعمال القوة القاهرة دائمة والمؤقتة في تنفيذ عقود التجارة الدولية (المبحث الأول)، النتائج المترتبة على إعمال القوة القاهرة دائمة والمؤقتة في تنفيذ عقود التجارة الدولية (المبحث الثاني) تطبيقات وتحديات القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية (المبحث الثالث).

المبحث الأول: الالتزامات المترتبة على إعمال القوة القاهرة الدائمة والمؤقتة في تفتيذ عقود التجارة الدولية

تستند العقود إلى قاعدة عامة وأساسية في المعاملات وهي: "العقد شريعة المتعاقدين" والتي يلتزم بمقتضها كل طرف من أطراف العقد بتنفيذ التزاماته، غير أن هناك استثناءات ترد على هذه القاعدة وتدعي إلى انقضاء التزامات ذلك المدين الذي يستطيع إثبات وجود قوة قاهرة تفضي إلى انفساخ العقد بقوة القانون.

من أهم التحديات الكبرى التي تواجهها العقود في المجال التجاري الدولي القوة القاهرة وذلك كونها تؤثر على العقد ويفترض هذا التأثير جلياً خاصة خلال المرحلة الأخيرة من العقد وهي مرحلة تنفيذه مما يفضي إلى ترتيب العديد من الآثار ولعل من أهم هذه الآثار تلك الالتزامات التي تلحق المدين بالإخطار بالقوة القاهرة والتزام الدائن في الوقت ذاته بتحفيض الضرر. وهو ما سنأتي على ذكره في هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى، (المطلب الأول) التزام المدين بالإخطار، و(المطلب الثاني) التزام الدائن بتحفيض الضرر

المطلب الأول: التزام المدين بالإخطار:

تفرض شروط إعادة التفاوض التزاماً على المدين. فالمدين ملزم بإبلاغ الدائن في أقرب وقت ممكن بوقوع الحادث وظروف الحادث وعواقبه، وذلك من باب إظهار حسن النية لاجتناب أو التخفيف من أي ضرر قد ينشأ عن استمرار أداء الالتزام وستتناول هذا الالتزام من خلال تقسيم المطلب إلى ثلاثة فروع: (الفرع الأول) أساس الالتزام بالإخطار في الفقه الإسلامي، و(الفرع الثاني) الأساس القانوني والجوانب الشكلية للالتزام بالإخطار، (الفرع الثالث) مضمون الالتزام بالإخطار وجزاء عدم القيام به.

الفرع الأول: أساس الالتزام بالإخطار في الفقه الإسلامي:

لم يتعرض فقهاء الشريعة الإسلامية قديماً لمصطلح الالتزام، ولكن الخطاب المالكي في (تحرير الكلام في مسائل الالتزام) يعرف الالتزام بقوله: "مدلول الالتزام إلزام الشخص نفسه مالم يكن لازماً، وهو بهذا المعنى شامل للبيع والإجارة، والنكاح والطلاق وسائر العقود، وأما في عرف الفقهاء، فهو إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً، أو معلقاً على شيء، بمعنى العطية، وقد يطلق في العرف الخاص على ما هو

أخص من ذلك⁽¹⁾.

ويلعب الإخطار دورا هاما بالنسبة للعقد، غير أن الفقهاء لم يخصوه بقاعدة معينة وبالتالي يستمد الالتزام بالإخطار أساسه الشرعي انطلاقا من النصوص الشرعية الآتية:

–الأدلة من القرآن: قوله تعالى: ﴿يَتَأْيِهَا الَّذِينَ إِمَانُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ يَنْتَهُم بِالْبَطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِحْكَرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا نَفْتَلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾⁽²⁾

التفسير: الآية تحرم أكل أموال الناس بالباطل، وبما حرم عليه كالربا والقمار وغير ذلك من سبل الحيل، وتشترط مبدأ التراضي في المعاملات⁽³⁾، وهو ما يستوجب الإخطار عن الحوادث التي من شأنها التأثير على نتائج العقد.

–من السنة: حديث النبي ﷺ: "من غشنا فليس منا"⁽⁴⁾.

ووجه الدلالة من الحديث أن عدم الإخطار يؤدي إلى التأثير على حقوق الدائن وهو من قبيل الغش

–القواعد الفقهية العامة:

بالرجوع إلى استقراء القواعد الفقهية الكبرى مثل: "لا ضرر ولا ضرار"، "الضرر يزال"، التي تدعوا في جملتها إلى وجوب إزالة الضرر وعدم إلحاقه بالغير، وتحقيق العدل في المعاملة والتي تقضي بوجوب إخطار المدين لدائه بالضرر المتوقع حصوله للتحرج منه وتجنبه قدر الإمكان، وهو ما تقتضيه مبادئ العدل والصدق والأمانة وحسن النية، وتجنب الغش.⁽⁵⁾

⁽¹⁾–الخطاب مالكي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطراطسي المغربي، (١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م)، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، بيروت، لبنان، دار الغرب الإسلامي، ص 68.

⁽²⁾–النساء: 29.

⁽³⁾–ابن حجر الطبرى، تفسير الطبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج 5، ص 67

⁽⁴⁾–صحیح مسلم، کتاب الإيمان، باب تحريم الغش، حديث رقم: 102. مطبعة عيسى البابى الحلبي وشراکوه، القاهرة، مصر، 1395هـ - 1975م،

⁽⁵⁾–انظر: المغنى، ابن قدامه: ج 4/123، بداية المجهود ونهاية المقتضى، ابن رشد: ج 2/145.

الفرع الثاني: الأساس القانوني والجوانب الشكلية للالتزام بالإخطار

يعد هذا النوع من الالتزامات محل اتفاق بين مختلف الأنظمة والتشريعات القانونية الوطنية وعلى الرغم من أهميته، إلا أنه غير محدد بوضوح في العديد من النصوص القانونية الوطنية.

وستتناول من خلال هذه الجزئية الأساس القانوني للالتزام، وكذا الجوانب الشكلية الواجب مراعاتها في الإخطار.

أولاً: الأساس القانوني للالتزام بالإخطار:

لا تحظى مسألة إخطار الطرف المتعاقد الآخر بالظروف القاهرة أو الحالات الطارئة بأهمية كبيرة في القانون المحلي. وعلى الرغم من أن القانون الوطني لا ينص في كثير من الأحيان على هذا الالتزام، فإن الفقه يتفق على أن الملتزم ملزم بإخطار الدائن بجميع الظروف التي قد تعيق تنفيذ العقد، وأن تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً أو مرهقاً لذلك، إذا لم يقم المدين بإخطار الطرف الآخر بالواقعة خلال الفترة المحددة، فلن يتم الاعتراف بالواقعة ولن تصبح نافذة المفعول⁽¹⁾.

1-الالتزام بالإخطار في اتفاقيات التجارة الدولية.

يجادل البعض بأن واجب الإخطار نشأ أولاً في سياق اتفاقيات التجارة الدولية، وأن تطبيقه ظهر بعد ذلك في القوانين الوطنية المتأثرة بالاتفاقيات، فعلى سبيل المثال تنص الفقرة الرابعة من المادة 79 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع "يجب على الطرف الذي لم ينفذ التزاماته أن يوجه إخطاراً إلى الطرف الآخر بالعائق وأثره في قدرته على التنفيذ".⁽²⁾

وتنص مبادئ Unidroit الخاصة بعقود التجارة الدولية على هذا الالتزام من خلال المادة 7/1/7-3 المتعلقة بالقوة القاهرة التي تنص على أنه "يلتزم المدين بأن يخطر الدائن بوجود العائق ونتائجها على التنفيذ

⁽¹⁾ علي خوجة خيرة، "القوة القاهرة في القانون المدني الجزائري"، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 2002 ص. 40.

⁽²⁾ أسماء مدحت سامي، الاعفاء من المسؤولية في اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع، فيينا" الناشر دار النهضة طبعة 2006، ص 330.

الالتزام⁽¹⁾، غير أن المادة 6/2/1 من هذه المبادئ المتعلقة بشرط إعادة التفاوض "Ship Hard" لم تتعارض لهذا الالتزام.

وهذا الالتزام منصوص عليه أيضاً في الأحكام النموذجية بشأن القوة القاهرة وحالات الطوارئ التي أعدتها غرفة التجارة الدولية تحت البند 4 تحت عنوان "الالتزام بالإخطار". وعلى الرغم من أن الطرف الذي يحتاج بالإعفاء يجب عليه أن يخطر الطرف الآخر بالإخفاقة وأثره على أداء التزاماته في أقرب وقت ممكن بعد علمه بالإخفاقة وأثره على أداء التزاماته، إلا أن بعض الاجتهادات القضائية رأت أن الالتزام بإخطار المشتري بوجود حالة إعفاء من مسؤولية البائع عن عدم الأداء يستند إلى يستند واجب الإخطار على فكرة التعاون، وإذا لم يتم الوفاء بواجب الإخطار، يفقد الطرف الملزم بالإخطار الحق في المطالبة بالتعويض⁽²⁾.

ويؤكد فقه التحكيم أيضاً على واجب الإخطار، ومثال على ذلك قرار التحكيم المذكور أعلاه الصادر في القضية رقم 2478 لعام 1974⁽³⁾.

2 _ الالتزام بالإخطار في النصوص التشريعية الوطنية:

لقد سبق القول بأن التشريعات الوطنية لم تولي اهتماماً كبيراً بمسألة الإخطار غير أن ذلك لا ينفي وجود بعض النصوص القانونية التي تناولت مسألة الإخطار في مواضع متفرقة وبشكل غير صريح ومن ذلك ما جاء به كل من:

المشرع الجزائري: يعتبر المشرع الجزائري الالتزام بالإخطار أحد أهم الإجراءات القانونية وخاصة في إطار العقود والإجراءات الإدارية والقضائية، حيث نظم هذا الالتزام في مجال الالتزامات العقدية بموجب نص المادة 107⁽⁴⁾ في فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري والتي تنص على ضرورة قيام المدين بإجراء الإخطار وفقاً للأشكال القانونية المحددة وذلك لإثبات تنفيذ الالتزامات، أو المطالبة بالحقوق.

⁽¹⁾- سلامة فارس عرب، وسائل معالجة احتلال التوازن في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، الناشر دار الكتاب الحديث، سنة 1999، ص 350.

⁽²⁾- أسماء مدحت سامي، المرجع نفسه، ص 331.

⁽³⁾- قرار تحكيمي صادر عن غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 2478، 1974، منشور في: yearbook Commercial ، ص 222 وما بعدها.

⁽⁴⁾- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعديل والمتمم، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر، ع: 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975.

● **المشرع المصري:** والذي عالج مسألة الإخطار في المادة 448 من القانون التجاري وال المتعلقة بالسفحة: " وعلى الحامل أن يخطر دون إعطاء من ظهر له الكمبيالة بالقوة القاهرة وأن يثبت هذا الإخطار مؤرخاً وموقعه في الكمبيالة أو في الوصلة وتسلسل الإخطارات وفقاً للمادة 440 من نفس القانون"⁽¹⁾

● **المشرع الفرنسي:** حيث ينص قانون التجارة الفرنسي على: "يلتزم الحامل بأن يخطر المظهر بدون تأخير بحالة القوة القاهرة"⁽²⁾

وجاء في بعض الاجتهادات الفقهية أن التزام المدين بإخطار الدائن بكل الظروف التي تحول دون تنفيذ العقد يقوم على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، وهو ما يفرض التعاون بينهما، وأول مظاهر هذا التعاون كل الظروف التي تحول دون تنفيذ العقد مهما كان أثراً لها على الأداء، وهذا يعني، في رأينا، إخطار الطرف الآخر⁽³⁾.

ثانياً: الجوانب الشكلية للالتزام بالإخطار

ويلتزم المدين بإخطار الطرف الآخر بجميع الظروف التي حالت دون الأداء، ولكن يجب عليه أن يحترم بعض الشكليات فيما يتعلق بطريقة الإخطار والفترة التي يجب أن يتم فيها الإخطار.

ومن بين البنود التي تتطلب إشعاراً دون تحديد الشكل، الصيغة التالية: " يخطر الطرف الذي يحتاج بظرف القوة القاهرة الطرف الآخر.... أو يجب على الطرف الذي يحتاج بظرف القوة القاهرة أن يخطر الطرف الآخر في أقرب وقت ممكن وبكل الوسائل الممكنة"⁽⁴⁾.

قد تنص البنود التي تتطلب إشعاراً وتحدد شكله على أنه يجب على الطرف أن يقدم إشعاراً كتابياً، كما في البند " يجب على الطرف الذي يرغب في إثارة حالة القوة القاهرة أن يبلغ الطرف الآخر كتابة".

⁽¹⁾ القانون المدني المصري، الصادر بالقانون رقم 131 لسنة 1948، ج.ر، العدد: 158، بتاريخ 29 يوليو 1948.

⁽²⁾ شريف غانم، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2017، ص 453.

⁽³⁾ محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار العقدي، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الأول، لسنة 2005، ص 68-69.

⁽⁴⁾ أحمد مروك، شروط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015، ص

ويجوز للطرفين الاتفاق على تقديم الإخطار بوسائل أخرى، مثل البرق أو الفاكس أو التلكس، وذلك في الحالات التالية:

- إذا تم إرسالها عن طريق الفاكس أو التلكس إلى رقم الفاكس أو التلكس الخاص بالمستلم، فيجب أن تسرى في جميع الأحوال فور إرسالها⁽¹⁾.

- وفي حالة إرساله بالبريد المسجل، يجب في جميع الأحوال أن يكون موجهاً إلى آخر عنوان معروف للطرف الموجه إليه ويدأ سريانه في اليوم الثالث من تاريخ تسليمه في البريد.

وقد درج الأطراف في التعبير عن المدة على استخدام طرق متعددة، فقد يحددون المدة بعدد معين من الأيام عادة ما تكون 7 أيام أو 15 يوم أو 30 يوماً على الأكثر، ومثال ذلك الشرط الذي ينص "يلتم البائع بأن يخطر المشتري بوجود حالة القوة القاهرة، خلال 30 يوماً من وقوع الحادث⁽²⁾".

وعلى العكس من ذلك، يجوز للأطراف استخدام مجموعة متنوعة من المصطلحات بدلًا من التعبير عن الفترات الزمنية من حيث الأيام المحددة. وتشير جميع هذه المصطلحات إلى ضرورة توجيه إشعار على الفور ودون تأخير، على سبيل المثال في غضون فترة زمنية معقولة، خلال فترة زمنية قصيرة، في أقرب وقت ممكن، على الفور، وما إلى ذلك، مثل عبارة "يجب على الطرف الذي يدعى وجود حالة قوة قاهرة أن يخطر الطرف الآخر فور حدوثها"⁽³⁾.

الفرع الثالث: مضمون الالتزام بالإخطار وجزاء عدم القيام به

إن الالتزام بإخطار المتعاقدين بحدوث تغير في الظروف من شأنه أن يجعل دون تنفيذ العقد (إما أن يجعل التنفيذ مستحيلاً أو يخل بالتوازن) هو التزام مفيد للعقد وللمتعاقدين، ولكن هذا وحده لا يكفي، إذ يجب أن يتضمن الإخطار أيضاً بعض المعلومات عن الحادث وأثره على تنفيذ العقد. وإذا لم يقم الملتزم بالوفاء بالتزامه بالإخطار، فإنه يخضع للعقوبات الموضحة أدناه:

⁽¹⁾- صالح بن عبد الله بن عطاف العوبي، مرجع سابق، ص 215.

⁽²⁾- أحمد مروك، مرجع سابق، ص 247.

⁽³⁾- المادة 21 فقرة 3 من العقد المبرم بين شركة نفطال NAFTAL وشركة المنصور للتسويق.

أولاً: مضمون الالتزام بالإخطار:

وتتفق معظم النظريات القانونية على أن الإخطار يجب أن يتضمن ليس فقط وصفاً لبداية الحادث ونهايته، بل أيضاً أثر الحادث على أداء العقد، سواء كان يجعل الأداء مستحيلاً أو غير مناسب. ولا يتم التأكيد على هذا الأمر في البنود العامة والنموذجية فحسب، بل أيضاً في الاتفاقيات التجارية الدولية. وتنص اتفاقية فيما بشأن عقود البيع الدولي للبضائع على ذلك صراحةً من خلال المادة 79 التي تنص على أن ”... يجب أن يبلغ الإخطار الطرف الآخر بحدوث مثل هذا العائق ويبين مدى تأثيره على قدرة الطرف الآخر على تنفيذ العقد⁽¹⁾”.

على سبيل المثال، هناك بند ينص على أنه ” يجب على الطرف الذي يدعى القوة القاهرة أن يخطر الطرف الآخر عن طريق الهاتف أو التلكس أو رسالة إلى المرسل إليه (والتي يجب أن تكون مصحوبة بجميع المعلومات الضرورية والمفصلة) فور حدوث القوة القاهرة“⁽²⁾.

في هذا الصدد، تجدر الإشارة إلى أنه يجب على المدينين الذين يدعون القوة القاهرة أن يتخدوا موقفاً سلبياً تجاه القضية ويبذلوا كل جهد ممكن لاستعادة الأوضاع الطبيعية، بدلاً من مجرد إبلاغ الدائنين⁽³⁾.

ووفقاً للأحكام العامة، يقع عبء إثبات حالة القوة القاهرة أو شرط إعادة التفاوض وفقاً للأحكام العامة على المدعى. ويجب على المدين إثبات براءته، وبالتالي نفي افتراض الإهمال الذي يحيط بالمدين وإلغاء العلاقة السببية المفترضة، وفي الوقت نفسه عزو الحادث إلى سبب خارجي.

وذلك لأن الفقه والقضاء بصفة عامة لا يحاولان استخلاص وجود سبب خارجي من إثبات عدم وجود إهمال، خاصة عندما توحى ظروف القضية بوجود إهمال من جانب المدين. يجب على المدين أن يثبت أن السبب الخارجي لعب دوراً فعالاً في حدوث الضرر⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ محسن شفيق، عقود نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مطبعة جامعة الأزهر، 1984، ص 260.

⁽²⁾ الفقرة الثالثة من المادة 21 من العقد المبرم بين شركة نفطال NAFTAL ومركز المنصور للتسويق

⁽³⁾ قادری عبد العزیز، القوة القاهرة في القانون المدني الجزائري، دیوان المطبوعات الجامعیة، الجزائر، ط 1، 2005، ص 77.

⁽⁴⁾ زروقی الطیب، دفع المسؤولية العقدية بالقوة القاهرة، مذکرة ماجستیر في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 1978، ص 169.

يعتمد الإثبات على الظروف وطبيعة الحادث، مثل شهادة العاصفة في حالة العاصفة أو شهادة السرقة في حالة السرقة⁽¹⁾.

ثانياً: جزاء عدم الالتزام بالإخطار:

توقف عقوبة عدم الامتثال للإخطار على رغبة الأطراف، ويجوز للأطراف الاتفاق على فرض عقوبة محددة أو ترك تحديد هذه العقوبة للقواعد العامة.

على سبيل المثال، عندما ينص أحد البنود على أنه "لا يمكن التذرع بالقوة القاهرة إذا لم يقدم المقاول إشعاراً"، يُقال إن العقوبة الأنسب في هذه الحالة هي مصادرة الحق في التذرع بالقوة القاهرة أو بند في شرط إعادة التفاوض⁽²⁾.

فمن ناحية، انتقد هذا الرأي بوصفه صارماً ومفرطاً أكثر من اللازم وغير متسق مع المفهوم المرن للقوة القاهرة وأحكام شرط إعادة التفاوض. ومن ناحية أخرى، يتعارض هذا الرأي مع القاعدة المعروفة التي تقضي بتفسير عدم اليقين لصالح المدين، لأن سكوت الأطراف المتعاقدة فيما يتعلق بالعقوبات المترتبة على عدم إعطاء إشعار يثير الشكوك في تحديد النية المشتركة للأطراف المتعاقدة فيما إذا كان الحق في السداد قد سقط أو تم التغويض عنه بسبب القوة القاهرة⁽³⁾.

وفي مواجهة الانتقادات الموجهة لهذه العقوبة، اعترف جانب آخر بحق الدائن في تحميل المدين مسؤولية الأضرار الناجمة عن عدم الإشعار أو التأخير في الإشعار، دون أن يفقد المدين حقه في تحريك الدعوى⁽⁴⁾.

وقد اعتمد هذا الحل الأخير بموجب المادة 79 فقرة (4) من اتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن عقود البيع الدولي للبضائع. وتنص المادة 79 فقرة (4) من المادة نفسها على أن "الطرف الذي لا يفي بالالتزام يكون مسؤولاً عن الأضرار الناجمة عن عدم توجيه هذا الإشعار إذا لم يصل الإشعار إلى الطرف الآخر في غضون فترة معقولة بعد علم الطرف الآخر أو كان ينبغي أن يكون على علم بالإخفاق". والعقوبات نفسها منصوص عليها أيضاً في الفقرة 4 من المادة 7/1 من مبادئ اليونيدرو.

⁽¹⁾- عواقب صلحة، تكييف العقود الدولية مع تغير الظروف، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1998، ص 70.

⁽²⁾- نصيرة بوجمعة السعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، الناشر ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1992، ص 275.

⁽³⁾- عواقب صلحة، مرجع سابق، ص 71.

⁽⁴⁾- حسام الدين كامل الأهواي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام الطبعة الثانية 1995، ص 414.

في قرار صدر في 24 يوليو/تموز 1985، رأت هيئة التحكيم أن شركة متخصصة في بناء محطات الوقود النووي تابعة لبلد متقدم النمو قد أخطأت في إخطار حكومات الدول الآسيوية بالخطر على التجارة معها الصادر من بلدتها وطالبت بمبلغ 200 ألف دولار أمريكي كتعويض عن التأخير لمدة أشهر في هذا الإخطار⁽¹⁾.

ومن بين البنود التي تتطلب إشعاراً دون تحديد الشكل الصيغة التالية: ”يختبر الطرف الذي يحتاج بظرف القوة القاهرة الطرف الآخر.... أو يجب على الطرف الذي يحتاج بظرف القوة القاهرة أن يختبر الطرف الآخر في أقرب وقت ممكن وبكل الوسائل الممكنة“⁽²⁾.

المطلب الثاني: التزام الدائن بتحفييف الضرر

الحفاظ على استمرارية العقود هو هدف أساسي في العلاقات التجارية الدولية، مما يفرض درجة من التعاون على الأطراف المتعاقدة. وتفرض المساومة بحسن نية التزاماً على الطرف المدين الذي يواجه حدثاً يقع في نطاق شرط إعادة التفاوض بإبلاغ الدائن بوقوع الحدث وآثاره، كما تفرض التزاماً على الدائن ببذل قصارى جهده لتحفييف الضرر.

وينبغي أن يحدد الالتزام الأخير أساسه القانوني، والتدابير المتخذة للوفاء به وآثار الإخلال به.

ولدراسته سنحاول تقسيم المطلب إلى: (الفرع الأول) أساس تخفيف الضرر في الفقه الإسلامي، (الفرع الثاني) الأساس القانوني للالتزام بتحفييف الضرر، (الفرع الثالث) جزء مخالفة الالتزام بتحفييف الضرر

الفرع الأول: أساس تخفيف الضرر في الفقه الإسلامي

تعتبر القوة القاهرة في الشريعة الإسلامية من الأسباب التي تعفي المدين من المسئولية عن تنفيذ التزاماته، شريطة أن تكون هذه القوة خارجة عن إرادته وغير متوقعة أو قابلة للتجنب. يتماشى هذا المفهوم مع مجموع النصوص الشرعية والقواعد الفقهية خاصة قاعدة ”لا ضرر ولا ضرار“، و”الضرر يزال“ التي تعتبر

⁽¹⁾-محى الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، دار النسر الذهبي للطباعة، م ص، سنة، 1986 ص.229.

⁽²⁾-أحمد مروك، مرجع سابق، ص 245.

أساساً لهذا الالتزام وتحدى إلى الحد من الأضرار أو تقليلها قدر الإمكان.⁽¹⁾

يعتبر الالتزام الدائن بتحفيض الضرر في العقود مبدأً فقهيًّا مهمًّا، فإنه يتوقع منه اتخاذ خطوات للحد من الأضرار التي قد تنجم عن عدم تنفيذ المدين لالتزاماته في حالة حدوث القوة القاهرة. ينبع هذا الالتزام كذلك من مبدأ التعاون والعدالة في المعاملات، حيث يُشجع الأطراف المتعاقدة على العمل معًا لتقليل الأضرار المحتملة. وقد عرفه الفقهاء المعاصرون بأنه جملة الإجراءات الواجب اتخاذها لتجنب الضرر المتوقع وقوعه على أطراف العقد أو على الأقل التخفيف منه، ويتنوع الضرر في الفقه الإسلامي إلى: ضرر شرعي الذي ينبع لا ينبع معه إتمام العقد إلا بتحمل ضرر غير مستحق، وضرر حسي يؤدي إلى تفويت منفعة، وضرر اقتصادي⁽²⁾.

الفرع الثاني: الأساس القانوني للالتزام بتحفيض الضرر

يعد الالتزام الدائن بتحفيض الأضرار الناشئة عن تقصير المدين من أبرز الالتزامات في عقود التجارة الدولية، ويستمد أساسه أساساً من الأحكام التعاقدية التي يدرجها الطرفان في العقد، كما هو منصوص عليه في عقد التجارة الدولية والبنود النموذجية المرتبطة به وتأكيده قرارات التحكيم التجاري الدولي⁽³⁾.

أولاً: إرادة الأطراف كأساس للالتزام بتحفيض الضرر:

ولما كانت إرادة الطرفين تلعب دوراً رئيسياً في تأكيد الالتزام بتحفيض الأضرار، فإنهما يحرسان على النص عليه صراحة من خلال الأحكام التعاقدية التي يدرجها في العقد، وكثيراً ما يعبران عن هذا الالتزام بعبارات ”التدابير المعقولة“، ”بقدر الإمكان، بأقصى جهد ممكن، التدابير الالزمة... إلخ. غالباً ما يتم التعبير عنها بعبارات عامة تؤكد وجودها⁽⁴⁾.

⁽¹⁾- حسام الدين أحمد شريف، الطبيعة القانونية للالتزام بتحفيض الضرر- دراسة تأصيلية مقارنة-مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، 2023، ص 15.

⁽²⁾- شارف بن يحيى، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 116.

⁽³⁾- عادة عليان، الالتزام بتحفيض الضرر في العقود، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 08، العدد 01، 2022، ص 802.

⁽⁴⁾- مروك أحمد، مرجع سابق، ص 255.

ومن تطبيقات ذلك البند الذي ينص على أنه: ”إذا أصبح تنفيذ العقد مستحيلاً بسبب أحداث لا علاقة لها بنية الطرفين، فعليهما اتخاذ جميع التدابير التي في وسعهما لتجنب الخسارة أو تقليلها إلى أدنى حد ممكن“.

في حالة وجود قوة قاهرة، يلتزم الطرف المتعاقد ببذل كل الجهود الالزمة لإزالة أو تقليل الصعوبات والأضرار المترتبة وفي حالة عدم حدوث ذلك، يجب على الطرف المخالف مطالبة الطرف المتعاقد بالتعويض من الطرف المخالف⁽¹⁾.

يعتبر مبدأ حسن النية في أداء العقود، ولا سيما عقود المعاملات الدولية، قاعدة أساسية في القانون التجاري الدولي. ويلزم مبدأ حسن النية كل طرف بأن يؤدي بحسن نية الالتزامات التي يفرضها العقد على الطرف المتعاقد الآخر وأن يبذل قصارى جهده لعدم التسبب في ضرر للطرف الآخر بعدم زيادة الخسائر التي يتحملها وبالتالي مسؤولية الطرف الآخر. والالتزام بتحقيق الضرر هو أحد المبادئ المستمدة من مبدأ حسن النية⁽²⁾. وقد نصت عليه العديد من التشريعات حيث:

نص القانون الجزائري على هذا الالتزام بموجب المادة 182 فقرة 01 من القانون المدني. ”عندما لا يكون التعويض منصوصاً عليه في العقد أو القانون، يقدّره القاضي. ويشمل التعويض خسارة الدائن وخسارة الربح. ومع ذلك، شريطة أن يكون ذلك أمراً مفروغاً منه إذا لم يكن بإمكان الدائن أن يتفادى ذلك ببذل جهود معقولة“⁽³⁾.

كما تنص المادة 221 من القانون المدني المصري على ما يلي: ”إذا لم يكن التعويض منصوصاً عليه في العقد أو القانون، يقدّره القاضي. ويشمل التعويض الخسائر والأرباح الضائعة التي تكبدتها الدائن. شريطة أن يكون هذا التعويض مفروغاً منه إذا لم يتمكن الدائن من تفاديه رغم كل الجهود المعقولة“⁽⁴⁾.

⁽¹⁾- عواق صليحة، مرجع سابق، ص 75.

⁽²⁾- محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار العقدي، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مرجع سابق، ص 183.

⁽³⁾- المادة 182 من الامر رقم 58-75، المذكور سابقاً.

⁽⁴⁾- محمد شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، 1988، ص 244.

ويستدل من هذه المادة على أن المشرع لا يعوض الدائنين عن الأضرار التي تلحقهم نتيجة عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ، إلا إذا كان ذلك نتيجة طبيعية لعدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ. وتحدد المادة 182 شروط أن يكون الضرر نتيجة طبيعية على النحو التالي.

ثانيا: الالتزام الدائن باتخاذ تدابير معقولة لتخفيض الضرر

من الأركان الأساسية للالتزام بالتخفيض من الأضرار أن يتخذ الدائن المتضرر خطوات معقولة للتخفيض من الأضرار الناجمة عن إخلال المدين. فالمعقولة هي نقطة الارتكاز في تقييم مدى وفاء الدائن بواجبه في تخفيض الأضرار، إذ لا يمكن تحقيق التخفيض من الأضرار إذا لم يتصرف الدائن بشكل معقول في إجراءاته للتخفيض من الأضرار⁽¹⁾.

وتتنوع التدابير المتخذة من قبل الدائن المتضرر لتخفيض الضرر الذي لحق به جراء عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية، من عقد الآخر ومن واقعة لأخرى، ووفقاً لملابسات الضرر الحاصل؛ فعقد التوريد مثلاً يفرض بطبيعته إجراءات معينة تنفيذاً لهذا الالتزام تختلف عن الإجراءات التي يفرضها عقد التأمين. وهذه التدابير قد تكون تدابير وقائية، أو تدابير إصلاحية أو تدابير بديلة.

1_التدابير الوقائية:

ويتبين من استعراض قرارات المحاكم والنصوص القانونية التي تتناول مفهوم تخفيض الأضرار أن الدائن المتضرر ملزم باتخاذ تدابير وقائية تخفف من مسؤولية المدين وتحافظ على العلاقة التعاقدية بينهما، مما يعزز السير العادي للعقد إذا ما تعطل العقد بسبب أي خطأ. فعلى سبيل المثال، إذا لم يقم المشتري بتسليم البضاعة المراد بيعها، يجب على الدائن البائع اتخاذ التدابير الالزامية لحفظها على البضاعة غير المسلمة، على أن تسدد المحكمة للدائن البائع تكاليف هذه الحفظة⁽²⁾.

وتتوقف طريقة تخزين البضائع على نوع البضاعة وطبيعتها: فإذا كانت البضاعة بضاعة استهلاكية قابلة للتلف بكميات كبيرة وجب على الدائن أن يخزنها في خزانة مبردة تحميها من التلف، وإذا كانت

⁽¹⁾- عطية، النظرية العامة لواجب تقليل الأضرار في العقود، دراسة مقارنة بين القوانين الأنجلو-سكسونية وعقود البيع الدولي، 2015، صفحة 109.

⁽²⁾- علي فيلاي، العقود الخاصة، البيع، موفم للنشر، الجزائر، 2018، ص 315.

البضاعة من الأجهزة الكهربائية وجب على الدائن أن يخزنها في مكان يحميها من الظروف الضارة التي تضر بالبضاعة. أما إذا لم يمثل الدائن لشرط حسن النية ولم يقبل سداد التكاليف الالزمة لتخزين البضاعة وسمح ببقاء البضاعة في حيازته فهناك حالتان⁽¹⁾، وهما:

الحالة الأولى: في حالة التزام الدائن بالمحافظة على البضاعة بشرط عقدي، فإن عليه الالتزام بهذا الشرط تطبيقاً الشروط المقارنة بالعقد، وفي حالة مخالفته له فيكون عليه تحمل تبعه ذلك وإلزامه التعويض عن التلف تطبيقاً للقواعد العامة في المسؤولية.

الحالة الثانية: وفي حالة عدم وجود شرط تعاقدي يقضي بالحفظ على البضاعة، فإن هذه المسألة مشابهة للممارسة المتبعة في معظم القوانين المماثلة. وينصّ القانون الجزائري على أنّ هلاك البضائع المتعاقد عليها في يد دائي البائع قبل أن يتسلّم البائع البضائع المتعاقد عليها إلى المشتري هو من خسارة البائع، باستثناء المشتري إذا حدث هذا الهلاك بعد أن يكون البائع قد أخطر المشتري بتسلّم البضائع المتعاقد عليها⁽²⁾.

على الرغم من اتخاذ إرادة العديد من المشرعين القانونيين المقارن، مجرد إعفاءه عن طريق التسليم، قم بتحميل المشروع بقبعة المالك ومنع الوفاء بمسؤولية البائع الدائن بسبب فقدان البضائع، وهذا لا يمنعه على الإطلاق البائع، وفقاً لمتطلبات حسن النية من قيمة البضائع، وإلا فإن هذا التصميم سوف يتحول على أكتاف الأيدي إلى عبء كبير⁽³⁾.

وتؤكدأً لما سبق قوله، قضت إحدى هيئات التحكيم في قضية رقم 7197 سنة 1992 بأنه: لا يتضح للمحكم، أن المدعي (البائع) قد خالف الالتزام بتحفيض الضرر المنصوص عليه في نص المادة 77 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع وأن هذه الإجراءات إجراءات الحفاظ على البضاعة تفرض ذاتها في عقد

⁽¹⁾- رعد حسين عدادي، دور المتضرر في تحفيض الضرر في نطاق المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017، ص 226-227.

⁽²⁾- لطيفة أمازوز، التزام البائع بتسليم المبيع في ظل القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، جامعة تلمسان، 2011، ص 296.

⁽³⁾- رعد حسن الدين عدادي، مرجع سابق، ص 227.

البيع البضائع حتى ولو لم يكن هناك التزام عقدي يفرضها وفقاً للمواد 82 إلى 85 من اتفاقية فيينا⁽¹⁾.

2_التدابير الاصلاحية:

لا يقتصر الالتزام بالتحفيض من الضرر على الالتزام باتخاذ تدابير وقائية أو احترازية، بل قد يفرض أيضاً سبل انتصاف للتحفيض من الضرر الذي يلحق بالدائن بسبب إخلال المدين بالتزاماته التعاقدية، وتتوقف سبل الانتصاف على طبيعة كل عقد. ففي حالة البيع الدولي، إذا كان في البضاعة عيب بسيط عند الاستلام ولم يكن من الصعب إصلاح العيب، يجوز للمشتري إصلاح البضاعة المعيبة والتصرف فيها بشرط أن يتم إصلاحها على نفقة البائع. ومع ذلك، فقط إذا كانت تكلفة هذا الإصلاح معقولة وممكنة⁽²⁾.

وذلك لأنه إذا كانت تكاليف الإصلاح غير معقولة وغير ممكنة عملياً، فإن المشتري يتحمل تكاليف الإصلاح على نفقة الخاصة ولا يمكنه المطالبة بها من البائع. إذا كانت تكاليف الإصلاح غير معقولة وغير عملية، فإن المشتري يتحملها على نفقة الخاصة ولا يمكنه المطالبة بها من البائع.

3_التدابير البديلة:

وبغض النظر عن تدابير الحفظ أو حسن النية، فإن الالتزام بتقليل الضرر إلى أدنى حد قد يتطلب من الضحية، أي الدائن المتضرر نفسه، اتخاذ تدابير بديلة لتمكينه من المضي فيما كان يخطط له فيما يتعلق بالعقد الذي أبرمه مع الطرف المحلي، مثل الدخول في علاقة قانونية جديدة مع طرف مقابل جديد بعد إنتهاء العقد مع الطرف المحلي واتخاذ تدابير بديلة، مثل السعي لإبرام صفقة جديدة، مثل السعي لإبرام صفقة بديلة⁽³⁾.

⁽¹⁾- شريف غانم، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 315.

⁽²⁾- عدّة عليان، مرجع سابق، ص 804.

⁽³⁾- عطية، النظرية العامة لواجب تقليل الأضرار في العقود، مرجع سابق، ص 165.

الفرع الثالث: جزاء مخالفه الالتزام بتحفيف الضرر

إذا تبين أن الدائن قد أخل بواجبه في تخفيف الأضرار، فإن العقوبة اللاحقة هي دفع تعويض للمدين. وغالباً ما يقوم المحكم بخصم مبلغ التعويض المستحق للدائن نتيجة لإخفاق المدين في الوفاء بالتزاماته من مبلغ التعويض المستحق للمدين نتيجة لإخفاق الدائن في بذل جهود معقولة للتخفيف من الضرر الناجم عن التقصير، والنتيجة هي أن الدائن لا يعوض إلا عن الجزء الذي أخفق في تخفيفه من الضرر، ومن ناحية أخرى، إذا لم يقم الدائن بالوفاء بهذا الالتزام، يحق له الحصول على تعويض كامل⁽¹⁾.

وتعترف المادة 77 من اتفاقية فيينا بشأن عقود البيع الدولي للبضائع بحق المدعى عليه في المطالبة بتحفيض الأضرار 'بالقدر الذي يمكن تحبيه'. ويجوز للطرفين النص على هذه العقوبة في العقد، كما في البند "في حالة حدوث قوة قاهرة، يلتزم الطرفان باتخاذ جميع التدابير اللازمة للوفاء بالعقد والتخفيف من أي خسارة قد تترجم عن ذلك، وقد يكون الطرف الذي لا يفعل ذلك مسؤولاً عن التعويض"⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن عبء إثبات أن الدائن قد اتخذ التدابير اللازمة لتحفيض الضرر أو أنه لم يتخذ مثل هذه التدابير على الإطلاق يقع على عاتق المدين، وفقاً للقاعدة المنصوص عليها في قواعد الإثبات التي تنص على أن المدين هو الذي له حق الادعاء بأن الدائن لم يفي بالتزامه بتحفيض الضرر. غير أن المشتري احتج أمام هيئة التحكيم بأن البائع لم يتخذ التدابير اللازمة لتحفيض الأضرار دون تقدم دليل، ولكن هيئة التحكيم رفضت هذه الحجة استناداً إلى أن المشتري لم يقدم دليلاً يدعم ادعاءه بأن البائع أخل بالتزامه بتحفيض الأضرار التي لحقت به⁽³⁾.

⁽¹⁾ مروك أحمد، مرجع سابق، ص 261.

⁽²⁾ محسن شفيق، مرجع سابق، ص 244.

⁽³⁾ قرار تحكيم صادر عن غرفة التجارة الدولية، وارد في مجلة القانون الدولي، ص 1028.

المبحث الثاني: النتائج المترتبة على إعمال القوة القاهرة الدائمة والمؤقتة في عقود التجارة الدولية

يعتبر العقد تطابق لإرادتين لأجل إحداث أثر قانوني سواء كان مفاده القيام بعمل أو الامتناع عن عمل فيكون بذلك العقد ملزما للطرفين، ولكن قد يتعدى على أحد طرف العقد تنفيذ الالتزامات التعاقدية لأسباب خارجة عن الإرادة كحادث القوة القاهرة مثلا في العقود التجارية الدولية خاصة طويلة الأمد منها وهو ما تترتب عنه جملة من الآثار الشرعية والقانونية.

تعتبر الآثار الشرعية والقانونية لتطبيق نظرية القوة القاهرة على عقود التجارة الدولية من أهم نتائج ومالات هاته النظرية والمتمثلة في انفساخ العقد واستحالة تنفيذه في ظل القوة القاهرة (المطلب الأول)، ووقف تنفيذ العقد في ظل القوة القاهرة (المطلب الثاني)

المطلب الأول: انفساخ العقد واستحالة تنفيذه في ظل القوة القاهرة شرعا وقانونا

في حالة استحالة تنفيذ العقد بسبب القوة القاهرة، فإن الالتزامات التعاقدية تصبح غير قابلة للتنفيذ، مما يؤدي إلى انفساخ العقد من تلقاء نفسه. هذا يعني أن الأطراف لا تكون ملزمة بتنفيذ الالتزامات التي أصبحت مستحيلة بسبب الحدث الطارئ.

بالتالي، في ظل القوة القاهرة، إذا أصبح تنفيذ الالتزامات مستحيلاً، فإن العقد ينفسخ تلقائياً، مما يعفي الأطراف من أي مسؤولية قانونية تجاه تنفيذ الالتزامات التي أصبحت مستحيلة.

سوف نطرق في هذا المطلب للحديث أكثر عن انفساخ العقد وذلك من خلال تقسيمه إلى: تعريف انفساخ العقد وتمييزه عن الفسخ (الفرع الأول)، (الفرع الثاني) شروط الانفساخ، (الفرع الثالث) آثار الانفساخ.

الفرع الأول: تعريف انفساخ العقد وتمييزه عن الفسخ

وإذا وقع الإخلال بالالتزام، نتيجة لذلك، فإن الجزاء على هذا الإخلال يقتصر على طلب فسخ العقد وإلغائه أو فسخ العقد عن أي ضرر يلحق الدائن نتيجة لهذا الإخلال.

أولاً: تعريف انفساخ العقد وحكمه:

1-في الفقه الإسلامي

بالرجوع إلى التعريف الوارد في الموسوعة الفقهية الكويتية فإن الانفساخ يعني: "إنهاء العقد وإزالته بأثر رجعي أو مستقبلي، بحيث يعود الطرفان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد، وذلك بسبب استحالة التنفيذ أو اختلال التوازن العقدي"⁽¹⁾.

إذن فهو إنهاء العقد بقوة القانون، عندما يصبح تنفيذ الالتزام العقدي مستحيلاً بسبب ظرف خارجي لا يمكن للمدين التحكم فيه، أي أنه ليس له دور في حدوثه. المراد من بيان الانفساخ وكل ما يتعلق به هو الوصول إلى حكمه؛ لأن الحكم على الشيء فرع من تصوره.

-الأصل في العقود الصحيحة شرعاً هو النزوم، وذلك استناداً إلى قوله تعالى: ﴿يَأَتِيهَا الْدِيْنُ﴾
﴿أَمَّنْوَا أَوْفُوا بِالْعُهُودُ﴾⁽²⁾، حيث تشير العقود هنا إلى العهود. وقد قال الله تعالى: ﴿وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا﴾⁽³⁾، وأيضاً: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْمَعْهُدَ كَانَ مَسْؤُلًا﴾⁽⁴⁾. وتدل هذه الآيات على أن الله تعالى أوجب الوفاء بالعقود والمعهود بشكل عام، حيث إن العقد يعتبر عهداً يتضمن التزام كل طرف بما يوجبه على نفسه تجاه الآخر. وفي هذا السياق، يقول ابن تيمية رحمه الله: "إنما وجب الوفاء بالعقود لإيجاب الشارع ذلك"⁽⁵⁾، ولأن آثار العقد تتضمن التزامات، والالتزامات بطبعتها تكون لازمة. كما أن العقود تُعقد لتحقيق مقاصد وأهداف معينة وإشباع حاجات، لذا فإن الوفاء بها يعد جزءاً أساسياً من تحقيق تلك المقاصد"⁽⁶⁾.

⁽¹⁾- مثار عمر حامد الصدر -انفساخ العقد في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير قسم الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا نابلس فلسطين، 2003، ص 29.

⁽²⁾- سورة المائدة: الآية رقم (01).

⁽³⁾- سورة الأنعام، الآية رقم (152).

⁽⁴⁾- سورة الأسراء، الآية رقم (34).

⁽⁵⁾- ابن تيمية: أحمد بن تيمية: مجموع الفتاوى ج 29، جمع وترتيب المرحوم عبد الرحمن بن قاسم الناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل الباهي الحلي، ص 154.

⁽⁶⁾- محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1996، ص 380.

غير أن هناك بعض الاستثناءات الواردة على مبدأ الوفاء بالعقد وهي حالة الضرورة والتي بينها فقهاء الشريعة الإسلامية من خلال نظرية الضرورة والتي تعتبر دليلاً واضحاً على مرونتها وحرصها على تحقيق المقصود العام من التشريع الإسلامي وهو جلب المصالح ودرء المفاسد، ومن أهم القواعد الفقهية التي استند إليها الفقهاء في إجازة فسخ العقد: الضرر يدفع بقدر الإمكان، الضرورة تقدر بقدرها، لا ضرر ولا ضرار... وغيرها من القواعد، وتتجلى هذه الاستثناءات عند الفقهاء في الأعذار عند الأحناف حيث يرون فسخ عقد الإيجار والمزارعة ونحوه بالعذر القائم بأحد الطرفين أو كليهما، وكذلك الجواح لدی المالکية والحنابلة حيث يعتدون بوضع الجواح من الآفات السماوية ومن صنع الآدمي وغيره عند المالکية، ومن الآفات السماوية فقط عند الحنابلة.

ويبدو من نصوص الفقهاء أنها تلامس نظرية القوة القاهرة، حيث يشرع فسخ العقد متى تحققت الضرورة أو الأعذار أو الجواح والتي تعد بدليلاً عن القوة القاهرة، وذلك من منطلق عدم تحمل العائد للضرر الناشئ عن الحوادث الخارجية عن إرادته⁽¹⁾.

2- في القانون:

يعرف عند القانونيين بأنه: حل الرابطة العقدية بطلب من أحد طرفي العقد جراء إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه، حيث يستطيع الطرف الآخر بمقتضاه التحرر من التزامات العقد⁽²⁾.

من بين التشريعات التي تناولت هذا الأمر، المشرع الجزائري الذي عالج مسألة الانفساح الناتج عن القوة القاهرة في المادة 121 من قانون المعاملات المدنية والتي جاء فيها. كما أشار المشرع العراقي في المادة 177 من القانون المدني العراقي إلى أنه "في العقود الملزمة لجانبين، إذا أصبح تفريذ الالتزام مستحيلاً بسبب أجنبي، فإن التزام الطرف الآخر ينقضى تلقائياً وينفسخ العقد⁽³⁾".

كما عالجه المشرع المصري في المادة 159 من القانون المدني: " في العقود الملزمة لجانبين إذا انقضى

⁽¹⁾-يسري عوض عبد الله، العقود التجارية الدولية، مرجع سابق، ص 479-482.

⁽²⁾-خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980، دار النهضة، القاهرة، ط 2، 2001، ص 21.

⁽³⁾-القانون المدني العراقي، الصادر بموجب القانون رقم 40 لسنة 1951، المنشور في الوقائع العراقية، ع: 3015، في سبتمبر 1951.

الالتزام بسبب استحالة التنفيذ انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه⁽¹⁾.

وأما المشرع الفرنسي فقد نظم في المادتين 1147 و1217 حيث نصت المادة 1147 على:
"المدين يكون مسؤولاً عن التعويض إذا كان له محل إما بسبب عدم تنفيذ الالتزام أو بسبب التأخير فيه .
وذلك في جميع الأحوال ما لم يثبت أن عدم التنفيذ قد نشأ عن سبب أجنبي إلا يد له فيه ولم يكن ثمة سوء نية من جانب المدين"⁽²⁾.

ثانياً: تمييز الانفساخ عن الفسخ

1-في الفقه الإسلامي

للوقوف على تمييز الانفساخ عن الفسخ من الناحية الشرعية تجدر الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي ينقسم في تفسيره للانفساخ إلى رأيين:

الرأي الأول: يعتبر الانفساخ بمثابة فسخ، حيث يفهم أن فسخ العقد يعني إلغاءه وإعادته إلى حالة عدم الوجود. وبالتالي، يعتبر الفسخ مجرد رفع للعقد، ويمكن أن يكون هذا الفسخ ناتجاً عن إرادة الأطراف أو قد يكون ضرورياً لأسباب أخرى.

يعتقد أصحاب **الرأي الثاني** أن الانفساخ يختلف عن الفسخ، حيث يتمثل الفارق بينهما في أن الانفساخ يستخدم للإشارة إلى عدم إمكانية تنفيذ العقد بسبب ظروف تعود لأحد المتعاقدين. بالإضافة إلى ذلك، فإن الانفساخ يحدث بشكل تلقائي، بينما يتطلب الفسخ وجود فاسخ أو تعبير يدل عليه وبؤدي إليه⁽³⁾.

2-في الفقه والتشريعات الوضعية:

أ-في الفقه القانوني:

تبين آراء الفقهاء حول الطبيعة القانونية للانفساخ، حيث يعتبر بعضهم أن الانفساخ هو مجرد شكل من أشكال الفسخ. وقد اعتمد مؤيدو هذا الرأي على تقسيم الفسخ إلى ثلاثة أنواع: الفسخ

⁽¹⁾-قانون 131 لسنة 1948 المتعلق بإصدار القانون المدني المصري بتاريخ 16 يونيو 1948.

⁽²⁾-القانون المدني الفرنسي الصادر بتاريخ 21 مارس 1804، المعدل بموجب الأمر رقم 2016-131 المؤرخ في 10 فبراير 2016.

⁽³⁾-عبد الرحمن الجزائري - الفقه على المذاهب الأربعة - ج 1 دار الفجر للتراث - القاهرة ط 2، 2000، ص 352.

القضائي، والفسخ الاتفاقي، والفسخ بقوة القانون. حيث يتميز كل نوع من هذه الأنواع بطبعته القانونية الخاصة وكذا باثاره، ولما كان الانفساخ هو الانهاء التلقائي للعقد بقوة القانون لاستحالة تنفيذه فهو يمثل النوع الثالث من أنواع الفسخ عند أصحاب هذا الاتجاه، لذلك يطلق عليه اسم الفسخ القانوني لتمييزه عن الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي⁽¹⁾.

يبدو أن من يتبينون هذا الرأي يتأثرون بالوضع القانوني في معظم القوانين الوطنية المقارنة، وخاصة القوانين العربية، حيث تم دمج الانفساخ والفسخ تحت مسمى واحد هو انحلال العقد، كما فعل المشرع الجزائري والمصري والفرنسي في القانون المدني.

الرأي الثاني يعتبر أن الانفساخ يختلف عن مسائل الفسخ الأخرى بسبب طبيعته الفريدة. فهو لا يحدث إلا في حالة وجود قوة قاهرة تمنع التنفيذ، وفي هذه الحالة لا يُفرض تعويض. كما أن طبيعة الانفساخ تحد من سلطة المحكمة⁽²⁾، حيث يقتصر تدخلها على التتحقق من توافر شروط الانفساخ، مما يجعله حكماً كاشفاً وليس منشئاً.

استناداً إلى ما تم ذكره، يتوجه الاتجاه القائل بأن الانفساخ يختلف عن الفسخ إذ هو نظام مستقل بذاته خاصة من حيث مصدر نشوئه، ويتفوق على غيره من أنظمة انحلال العقد.

ب-في التشريعات الوضعية:

وفقاً للمادة 1/119 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على الفسخ: "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إن اقتضى الحال ذلك"

يتبيّن من خلال المادة بأن الفسخ: يعتبر حل الرابطة العقدية نتيجة لعدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته، على الرغم من أن العقد قد تم إبرامه بشكل صحيح واستوفى جميع الشروط والأركان.

⁽¹⁾- صفا تقى عبد النور العيساوي، -القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية دراسة مقارنة -مذكرة دكتوراه -جامعة الموصل العراق، 2005، ص 149.

⁽²⁾- صفا تقى عبد النور العيساوي، المرجع نفسه، ص 152.

أما الانفساخ فعلى الرغم من تشابهه مع الفسخ فيما يتعلق بزوال العقد، إلا أنه يحدث عندما يصبح تنفيذ المدين لالتزاماته العقدية مستحيلاً، وذلك نتيجة لسبب خارجي مثل القوة القاهرة أو الحادث الفجائي. وبالتالي، ينقضي الالتزام المقابل وفقاً للمادة 121 من القانون 05/10 المتعلق بالقانون المدني والتي تنص على: "في العقود المزمعة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون" مع الإشارة إلى أن الاستحالة المقصودة هنا هي الاستحالة المطلقة التي تطبق على الجميع⁽¹⁾.

وقد ميز كذلك القانون العراقي والمصري بين الفسخ والانفساخ، حيث جعل فسخ العقد نتيجة لعدم تنفيذ الالتزام العقدية بسبب خطأ المدين، أما في الانفساخ فيرجع عدم التنفيذ إلى سبب أجنبي وذلك من خلال المادة 178 من القانون المدني العراقي والمادة 158 من القانون المدني المصري⁽²⁾.

وهو ما ذهب إليه كذلك المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 1218 من القانون المدني الفرنسي التي تعتبر العقد منفسخاً بقوة القانون في حال القوة القاهرة، وبالتالي يمكننا استخلاص الفرق بين الانفساخ والفسخ إذ يتجلّى ويتحدّد في سبب نشوء كلّ منهما فالفسخ يكون إما اتفاقياً بسبب إرادة الطرفين أو بحكم القاضي، في حين أن الانفساخ مصدره قوة القانون.

الفرع الثاني: شروط الانفساخ:

يتطلب الانفساخ التلقائي للعقد بسبب القوة القاهرة توافر جملة من الشروط في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

أولاً: في الفقه الإسلامي:

باستقراء نصوص الفقهاء حول اعتبار العذر والجواح والضرورة سبباً لإجازة الفسخ ومشروعيته يمكن استنتاج الشروط الواجب توفرها بالجائحة والعذر الطارئ وهي:

⁽¹⁾- محمد صيري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري، دار المدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء الاول، الجزائر، 2007، ص 387.

⁽²⁾- محمود نديم الخضر، اختلال تنفيذ عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 358.

⁽³⁾- يسري عوض عبد الله، المرجع نفسه، ص 482.

-أن يكون العقد من عقود المعاوضات الملزمة للجانبين.

-أن يترب على المدين ضرر فاحش بسبب العذر أو الجائحة.

-أن تكون الآفة سماوية أو من صنع الآدمي.

-أن لا تكون بسبب إهمال أو تقصير المدين.

ثانيا: عند القانونيين:

ليعتمد بالانفاسخ لابد من توفر بعض الشروط وهي كالتالي:

-أن تقع الجائحة أو العذر بعد إبرام العقد وسريانه وخلال تنفيذه.

1_الاستحالة المطلقة للتنفيذ:

يجب أن يصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن بشكل دائم، حيث أن الاستحالة المقصودة هنا هي الاستحالة المطلقة. فلا يكفي أن يكون التنفيذ معطلاً لفترة مؤقتة، لأن الاستحالة المؤقتة تؤدي إلى تعليق العقد، مما يسمح باستئناف سريانه بعد زوال العائق. على سبيل المثال، إذا صدر قرار بوقف استيراد سلعة لفترة محددة، فإن التزام المستورد بالتوريد يتوقف خلال تلك الفترة⁽¹⁾.

2_الاستحالة الكلية

يجب أن يصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن بشكل دائم، حيث أن الاستحالة المقصودة هنا هي الاستحالة المطلقة. فلا يكفي أن يكون التنفيذ معطلاً لفترة مؤقتة، لأن الاستحالة المؤقتة تؤدي إلى تعليق العقد، مما يسمح باستئناف سريانه بعد زوال العائق. على سبيل المثال، إذا صدر قرار بوقف استيراد سلعة لفترة محددة، فإن التزام المستورد بالتوريد يتوقف خلال تلك الفترة.

يختلف تأثير الاستحالة الجزئية وفقاً للظروف المحيطة، فقد تؤدي إلى فسخ العقد بالكامل إذا كان لها تأثير على المهد الأصلي من التعاقد. وفي بعض الحالات، قد يستمر العقد مع تقليل نطاقه، بحيث يتم

⁽¹⁾- عبد الهادي فهد علي الجفين،-أثر القوة القاهرة على العقد في نطاق المسؤولية والرابطة العقدية ودور الارادة في تعديل الأثر المترتب عليها- مرجع سابق، ص 239.

تنفيذه في حدود ما هو ممكن، إذا كان الجزء المتبقى يحقق المصلحة والفائدة المطلوبة للدائنين⁽¹⁾.

3_وقوع الاستحالة بعد إبرام العقد

يعني هذا الشرط أن الاستحالة يجب أن تحدث بعد إبرام العقد. فإذا كانت الاستحالة قائمة عند توقيع العقد، فإن العقد يعتبر غير قائم من الأساس ويكون باطلًا بسبب استحالة موضوعه⁽²⁾.

4_أن تكون الاستحالة خارجية:

يجب أن تعود الاستحالة إلى سبب خارجي لا يتحكم فيه المدين، ويتمثل هذا السبب الخارجي في القوة القاهرة. لذا، ينبغي أن تتوافر فيه شروط معينة، وهي عدم إمكانية التوقع، وعدم القدرة على دفعه، وأن يكون الحادث خارجًا عن إرادة أي من طرف العقد.

من خلال عرض شروط جواز فسخ العقد في كل من الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية يتبيّن أنّهما يتفقان من حيث اشتراط الاستحالة المطلقة التي يتذرّع بها التنفيذ، وأن تكون هذه الأخيرة نتيجة لسبب أجنبي خارج عن إرادة المدين وذلك خلال مرحلة تنفيذ العقد، غير أن الفقه الإسلامي يزيد عليها باشتراط أن يكون العقد من المعاوضات الملزمة للطرفين، وأن يكون الحادث آفة سماوية أو من صنع آدمي حصرًا ولا يعتد الفقه الإسلامي بما كان من غير صنع الآدمي.

الفرع الثالث: آثار انفساخ العقد:

يفضي انفساخ عقود التجارة الدولية بسبب القوة القاهرة إلى جملة من الآثار وذلك من الناحية الشرعية والقانونية على حد سواء.

أولاً: في الفقه الإسلامي:

بالرجوع إلى ما أوردته الموسوعة الفقهية الكويتية حول أحكام وتعريف الانفساخ العقدي يمكننا إجمال آثاره عموماً في الآتي⁽³⁾ :

⁽¹⁾- محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سابق، ص 425.

⁽²⁾- المرجع نفسه، ص 425.

⁽³⁾- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ج 32، ط 2، 1983م، ص 123.

- إزالة العقد وإبطال آثاره الشرعية بشكل نهائي.

- العودة إلى الوضع الأول قبل إبرام العقد.

- توقف آثار العقد مع عدم ترتيب التزامات.

ثانيا: في التشريعات الوضعية

ويترتب على وقوع البطلان بالمعنى السابق عدد من الآثار التي تتجسد في فسخ العقد وعودة الطرفين إلى الوضع الذي كان سائداً قبل إبرام العقد.

وبقدر ما يحدث التناصل نتيجة لقوة قاهرة، يكون له أيضاً أثر إبطال المسئولية التعاقدية لل媧دين. وبالتالي فإن تعويض المدين لم يعد ممكناً.

1 انتفاء مسؤولية المدين:

وأثر التناصل هو الإعفاء من مسؤولية المدين، بمعنى أن المدين غير مسؤول مدنياً. في هذه الحالة، لا يحق للدائين المطالبة بالتعويض عن الأضرار نتيجة عدم الأداء، لأن هذا الأخير هو نتيجة قوة قاهرة لا سيطرة للمدين عليها. ولذلك، حتى لو لحقت بالدائين أضرار، فإن المدين لا يعتبر مقصراً أو مهماً. فالقوة القاهرة هي التي تقطع العلاقة السببية بين الإهمال والضرر⁽¹⁾.

تؤكد اتفاقيات التجارة الدولية على عدم مسؤولية المدين بسبب وقوع أحداث القوة القاهرة. وعلى سبيل المثال، كما هو منصوص عليه في المادة 79 من اتفاقية الأمم المتحدة لعقود البيع الدولي للبضائع لعام 1980⁽²⁾.

وتشهد مبادئ الأونيدرو للعقود التجارية الدولية نهجاً مماثلاً، حيث تعفي المادة 7-1-7 الملتم من المسئولية التعاقدية عن عدم الأداء، ولكن عندما يكون عدم الأداء بسبب خطأ، فإن هذه المادة تعني القوة القاهرة⁽³⁾.

⁽¹⁾- المادة 176 من الأمر رقم 58-75 المذكور سابقاً.

⁽²⁾- الفقرة الأولى من المادة رقم 79 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع -لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي -نيويورك 2011.

⁽³⁾- الفقرة الأولى من المادة 7 من مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص UNIDROIT .

2_إخلال العقد

ويؤدي الإخلال بالعقد إلى فسخ العقد، كما هو منصوص عليه في المادة 121 من القانون المدني الجزائري، والمادة 425 من القانون المدني العراقي، والمادة 379 من القانون المدني المصري، بمعنى أن الطرفين المتعاقدين في حل من التزامهما التي لم يتم الوفاء بها ولا يحق لأي منهما المطالبة بالوفاء بها.

تنص اتفاقية فيينا للبيع الدولي لعام 1980 على إعفاء أحد الطرفين من التزاماته بموجب العقد إذا فسخ العقد. وينطبق هذا الحكم سواء كان ذلك بسبب إخلال أحد الطرفين المتعاقدين بالتزاماته أو بسبب قوة قاهرة، إذ لا تميّز الاتفاقية بين الأمرين ولا تعطي سوى أثر واحد للإخلال: الإعفاء من التعويض وقد تم اعتماد هذه القاعدة أيضاً في مبدأ اليونيدرو من خلال المواد 3-5-7 حيث تم الحكم بأن إنهاء العقد يعفي الطرفين من التزامهما المقابلة في المستقبل⁽¹⁾.

3_حق الاسترداد أو رجوعية أثر الانفصال

عندما يتحلل أحد الأطراف من التزاماته التعاقدية بفسخ العقد، فإن أثر هذا الفسخ هو أن العقد يعتبر غير قائم من تاريخ إبرام العقد. وبعبارة أخرى، بما أن الفسخ يكون بأثر رجعي ويعتبر العقد الذي تم إبطاله لم يكن موجوداً أبداً، يعود الطرفان المتعاقدان إلى وضعهما قبل التعاقد ويجب على كل منهما إعادة ما حصل عليه بموجب العقد. وسيكون من الظلم أن يحتفظ كل طرف بما حصل عليه من الطرف الآخر⁽²⁾.

وقد تبني المشرع الجزائري هذه القاعدة في المادة 122 من القانون المدني التي تنص على ما يلي: ”إذا فُسخ العقد، وجب على المتعاقد أن يعيد الوضع الذي كان قائماً قبل التعاقد. وإذا فُسخ العقد، يجب على الطرف المتعاقد أن يعيد الوضع الذي كان عليه قبل التعاقد. وإذا تعذر ذلك جاز للمحكمة أن تأمر بالتعويض: ”إذا هلكت البضاعة قبل التسلیم لأسباب خارجة عن إرادة البائع، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن، إلا إذا هلكت البضاعة بعد إنذار المشتري بالتسليم“ . وبالمثل، ينص المشرع العراقي في الفقرة الثانية للمادة 180 من القانون المدني العراقي، وتقابلاً لها المادة 160 من القانون المدني المصري⁽³⁾.

⁽¹⁾- محمد سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الداخلي والخارجي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2019، ص 224.

⁽²⁾- مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، الطبعة 3 دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 139.

⁽³⁾- حيدر يوسف عزيز، يوسف عودة غانم منصوري، جائحة كورونا وأثرها على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 147.

وهذا المبدأ منصوص عليه أيضاً في الفقرة الأولى من المادة 6-3-7 من مبادئ اليونيدرووا التي تسمح لكلا طرق العقد بعد فسخه بالمطالبة برد عين ما تم توريده، شريطة أن يرد كل منهما في نفس الوقت كل ما تلقاه بمحض هذا العقد ⁽¹⁾.

4_إمتياز الحكم بالتعويض

ولكي يحق لأحد الطرفين الحصول على تعويض عن الضرر الذي لحق به، يجب أن يكون هناك إخلال بالواجب من جانب الطرف الآخر، سواء كان الضرر متعمداً أو بسبب الإهمال أو لأي سبب آخر. ويرجع ذلك إلى المبدأ القائل بأن الملتزم ملزم بالوفاء بالالتزام عملياً، أي أن يؤدي نفس الشيء الذي وعد به ⁽²⁾.

وبحذر الإشارة إلى أن المدين لا يعفي من دفع التعويضات التي يتلزم بدفعها إلا إذا كان سبب الإعفاء هو إهمال المدين أو عدم وفائه بالتزاماته. وفيما يتعلق بالتعويضات المتفق عليها كالشروط الجزائية، فإن أحکام العقد والقانون المعمول به لا تدخل في نطاق الإعفاء، ولا تدخل في نطاق الإعفاء الفوائد التي تفرض على التأخر في سداد الثمن أو غيره من المبالغ المستحقة؛ لأن الفوائد ليست تعويضاً وإنما هي مقابل الانتفاع بالمال ⁽³⁾.

5_أثر تحمل التبعية

وفسخ العقد بسبب قوة قاهرة لا يشير هذه المسألة، لأنه يؤدي إلى انتفاء المسئولية التعاقدية للمدين، ولكنه يشير مسألة أخرى وهي مسألة تحمل المسئولية والخسارة الناتجة عن وقوع القوة القاهرة، وافتراض المسؤولية يعني تحديد الطرف الذي يتحمل مخاطر وبيعات فقدان البضائع بسبب القوة القاهرة والخسائر الناتجة عنها ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾- المواد 6-3-7 من مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص UNIDROIT، المذكور سابقا.

⁽²⁾- صفا تقى عبد النور العيساوى، مرجع سابقا، ص 162.

⁽³⁾- محمد سمير الشرقاوى، مرجع سابق، ص 157.

⁽⁴⁾- مصطفى الزرقاء - نظرة في تبعية المالك بين الفقه الاسلامي والفقه المقارن مجله إدارة قضايا الحكومة السنة الرابعة العدد الاول بنایر مارس 1960، ص 5.

حيث تتجه بعض التشريعات إلى انتقال التبعة بمجرد انعقاد العقد من البائع إلى المشتري، وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي في القانون المدني من خلال المادة 1196 معدلة.

فيما ذهب المشرع العراقي والمصري إلى ربط تبعة الملاك بتسليم المدين البضاعة المتفق عليها للدائن وهو ما ورد في أحكام القانون المدني العراقي في المادتين: 179، و547، وتقابلاً لها المادة 437 من القانون المدني المصري⁽¹⁾.

المطلب الثاني: وقف تنفيذ العقد في ظل القوة القاهرة

إذا كانت القوة القاهرة، وفقاً لمفهومها التقليدي، تسمح بذلك بموجب العقد كما هو الحال في مفهومها الحديث، فإن الوقف في الإطار التقليدي يعد الحل النهائي لمشكلة الاستحالة المؤقتة. أما في ظل المفهوم الحديث، فإن الوقف يتبعه إعادة التفاوض بحسن نية بهدف التوصل إلى اتفاق جديد ينظم التزامات الطرفين وفقاً للظروف المستجدة.

في هذا المطلب سنتطرق للحديث عن وقف تنفيذ العقد في ظل الظروف الدائمة والمؤقتة بتقسيمه إلى: (الفرع الأول) تعريف وقف تنفيذ العقد وطبيعته القانونية، (الفرع الثاني) الأساس القانوني لوقف تنفيذ العقد، (الفرع الثالث) أحكام وقف تنفيذ العقد، (الفرع الرابع) اختلاف وقف تنفيذ العقد من حيث سلطات القاضي بين الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية

الفرع الأول: تعريف وقف تنفيذ العقد وطبيعته القانونية

يفترض تنفيذ العقد المتفق عليه أن تظل شروط العقد كما هي دون تغيير، ولكن إذا تغيرت الظروف بحيث يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً أو مرهقاً، فإن التدخل التشريعي مطلوب لإنقاذ المتعاقدين من خطر الاضطرار إلى إنهاء العقد قبل إتمام التنفيذ⁽²⁾.

⁽¹⁾- حيدر يوسف عزيز، يوسف غانم المصوري، مرجع سابق، ص 148.

⁽²⁾- ندى عبد الكاظم حسين، القوة القاهرة المؤقتة وأثرها في تنفيذ العقد-دراسة مقارنة-مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والانسانية، المجلد 22، العدد 01، 2023، ص 01.

أولاً: تعريف وقف تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية

1-في الفقه الإسلامي

العقد الموقوف هو العقد الذي لا يظهر له حكم واضح في الوقت الحالي. ومع ذلك، يتطلب هذا التعريف توضيحاً إضافياً، حيث إنه لم يوضح أن وقف نفاذ العقد أو تأخير حكمه وعدم تأثيره في الوقت الراهن يستمر حتى يتم إجازته شرعاً من قبل الشخص الذي يمتلك الحق في ذلك⁽¹⁾.

العقد الموقوف هو عقد مشروع من حيث أصله ووصفه، ويعبر عن الملكية بشكل مؤقت دون أن يكتمل أثره بسبب ارتباطه بحق الغير. يتميز هذا التعريف بأنه يوضح أن العقد الموقوف هو نوع من أنواع العقد الصحيح، حيث يكون مقصوداً بأصله ووصفه، لكنه لا ينبع أثره في الوقت الحالي بسبب تعلق حق الغير به. ومع ذلك، لم يوضح التعريف أن التوقف يعتمد على صدور الإجازة من الشخص الذي يملك الحق في ذلك شرعاً⁽²⁾.

ومن التعريفات الحديثة في الفقه نجد:

التصرفات والعقود الموقوفة هي تلك التي لا يظهر أثرها في المعقود عليه إلا بعد الحصول على إجازة معتبرة شرعاً من الشخص الذي يملك حق الإجازة. ويعني كون هذه العقود موقوفة أنها لا تعتبر نافذة أو باطلة إلا بعد الإجازة أو الفسخ من الجهة المعنية. عند تعریفها، تتميز بعمومها، حيث تشمل جميع التصرفات التي يتوقف نفاذها على الإجازة التي يمكن أن يملكها شرعاً. ومع ذلك، لم يتم توضيح أن العقد الموقوف يعتبر أحد أقسام العقد الصحيح⁽³⁾.

2-في القانون

الوقف هو إجراء قانوني يؤثر على العقد، حيث يوقفه مؤقتاً عن إنتاج آثاره خلال فترة زمنية محددة، يحدث ذلك بسبب استحالة تنفيذ التزام أحد طرفي العقد بشكل مؤقت نتيجة وجود مانع يمنع ذلك. وعند

⁽¹⁾-ابن نحيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، د ت، 1956م، ص 75.

⁽²⁾-عبد الواحد بن عبد الله، التصرفات الموقوفة في الفقه الإسلامي، السعودية إدارة الثقافة 1993م، ص 75.

⁽³⁾-الخيفي، علي الخيفي، أحكام المعاملات الشرعية، ط، 2 د ن، 1947م، ص 352.

زوال هذا المانع، يستأنف العقد سريانه ويدأ في ترتيب الآثار المتوقعة منه ⁽¹⁾.

يعتبر وقف العقد حالة استثنائية ضمن نطاق القانون المدني، حيث يعود الفضل في تطويرها إلى القضاء الفرنسي الذي بذل جهوداً كبيرة للحفاظ على العقود ومنع إلغائها في حال حدوث ظروف استثنائية تستدعي تعليق الالتزامات العقدية بشكل مؤقت. هذه الظروف تتسم بطابع مؤقت، مما يعني إمكانية زوالها خلال فترة معينة ⁽²⁾. ولضمان استقرار التعاملات بين الأفراد والحفاظ على العلاقات القانونية، رفض القضاء الفرنسي، خلال الحرب العالمية الأولى، دعوى الفسخ التي قدمها أحد المتعاقدين بسبب عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه. وقد رأى القضاء أن الاستحالة كانت مؤقتة، وبالتالي يمكن للمتعاقد تنفيذ التزامه بعد زوال سبب الاستحالة ⁽³⁾.

يعرفه بعض الفقهاء بأنه "تأجيل أو تأخير مؤقت في تنفيذ الالتزام نتيجة حادث خارج عن إرادة الأفراد، ويهدف إلى الحفاظ على العلاقة التعاقدية خلال فترة الانقطاع، تمهدًا لاستئناف تنفيذ العقد مجددًا عند زوال تلك العقبة" ⁽⁴⁾.

ثانياً: الطبيعة القانونية لوقف تنفيذ العقد:

يذهب بعض الفقهاء إلى أن وقف التنفيذ يعتبر فسخاً مؤقتاً للعقد، حيث يتم تعليق مفعوله بالنسبة للطرفين خلال فترة القوة القاهرة التي تعيق إمكانية التنفيذ. ومع ذلك، تبقى العلاقة العقدية قائمة ونافذة قبل فترة الوقف وبعدها. بعبارة أخرى، يعتبر الفسخ مجرد تعليق مؤقت يحدث أثناء استمرار العقد، دون أن يؤثر على آثاره السابقة أو اللاحقة خلال فترة التوقف. وبالتالي، يؤدي هذا التوقف في العقد المستمر إلى تأثير جزئي ونهائي على آثار العقد، مما يؤدي في النهاية إلى تنفيذ العقد بشكل جزئي ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾- عدنان العابد، وقف عقد العمل، مجلة القانون المقارن، العدد العاشر، السنة السابعة، ص 185.

⁽²⁾- محمد جمال الدين ركي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، القاهرة، 362.

⁽³⁾- عبد الوهاب الرومي، أساس انساخ العقد - دراسة منهجية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، بحث منشور في جملة الحقوق، الكويت، العدد الرابع، السنة الرابعة والعشرون، ص 19.

⁽⁴⁾- شريف محمد غانم، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 301.

⁽⁵⁾- صفاء تقى الدين العيساوي، مرجع سابق، ص 186.

على الرغم من وجاهة الرأي المذكور، إلا أنه لا يمكن الأخذ به، وذلك لأن اعتبار وقف تنفيذ العقد بمثابة فسخ مؤقت يتربّع عليه صعوبات نظرية كبيرة يصعب تبريرها. وتبين أولى هذه الصعوبات في تحديد طبيعة الفسخ الذي لا يؤثر على آثار العقد خلال الفترة السابقة واللاحقة لوقف التنفيذ.

تمثل الصعوبة الثانية في أن اعتبار الوقف مجرد فسخ قد يؤدي إلى توسيع مفهوم الفسخ وإدخال معانٍ جديدة عليه، مما قد يفضي في النهاية إلى فقدان معالم الفسخ الأساسية⁽¹⁾.

بالإضافة إلى ما ذُكر سابقاً، فإن اعتبار الوقف بمثابة فسخ للعقد يمنح المحكمة سلطة الحكم بفسخ العقد دون الحاجة إلى طلب من الأطراف المتعاقدة. وهذا يعني أن أساس الوقف سيكون قضائياً بشكل مطلق، وهو ما لا يمكن قبوله عند النظر إلى المفهوم الحديث للقوة القاهرة، حيث يعتبر اتفاق الطرفين هو الأساس في هذه الحالة. وأخيراً، فإن السبب الرئيسي للفسخ يتجلّى في عدم التزام أحد الطرفين بسبب قوة قاهرة خارجة عن إرادته وقدرته على السيطرة.

نظراً للانتقادات التي وجهت للرأي السابق، ظهر اتجاه فقهي ينص على أن وقف تنفيذ العقد يعتبر وسيلة لدفع عدم التنفيذ تُمنح للمدين، مما يتيح له عدم تنفيذ التزامه طالما أن الاستحالة قائمة، دون أن يُعرض عليه حتى يُحكم عليه بالفسخ. المدف من وقف التنفيذ ودفع عدم التنفيذ هو الحفاظ على الرابطة العقدية من الزوال، على أمل إمكانية إعادة التنفيذ في المستقبل، وذلك لتفادي انفساخ العقد⁽²⁾.

في الواقع، هناك فرق كبير بين نظام وقف التنفيذ ونظام الدفع بعدم التنفيذ. فالدفع بعدم التنفيذ يعتبر وسيلة للضغط على الطرف الآخر في العقد الذي يمتنع عن تنفيذ التزاماته، سواء كان ذلك بإرادته أو نتيجة لخطأ ارتكبه، بهدف دفعه إلى الوفاء بالتزاماته. أما وقف التنفيذ، فهو حق يُمنح للطرف الذي لم يتمكن من تنفيذ التزاماته بسبب استحالة مؤقتة⁽³⁾.

⁽¹⁾- شريف محمد غانم، مرجع سابق، ص 301.

⁽²⁾- صفاء تقى الدين العيساوي، مرجع سابق، ص 184.

⁽³⁾- عبد المنعم حسون عنوز، شرط القوة القاهرة في العقود الدولية، 2018، ص 50.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لوقف تنفيذ العقد

يستند نظام وقف نفاذ العقد في العقود الدولية إلى عدة مصادر. بالإضافة إلى إرادة الأطراف، التي تُعتبر الأساس الأول، تأخذ هذه النظام أيضًا في الاعتبار الاتفاقيات الدولية، كما تُعززه قرارات التحكيم التجاري الدولي، وسوف نبين ذلك فيما يلي:

أولاً: إرادة الأطراف كأساس لنظام وقف تنفيذ العقد

تُعتبر إرادة الأطراف هي الأساس الرئيسي الذي يقوم عليه نظام وقف تنفيذ العقد. كما أشرنا سابقاً، فإن شرط إعادة التفاوض المعروف بـ "Hardship" يعتمد على اتفاق الأطراف. وبما أن الوقف يُعتبر أحد الآثار الناتجة عن تفعيل هذين الشرطين، فإنه يستمد أيضاً أساسه من توافق الأطراف. وغالباً ما يتفق الأطراف على تضمين شروط في العقد تتيح لهم وقف التنفيذ لفترة معينة بعد حدوث الواقعة، حتى يتمكنوا من التوصل إلى اتفاق مشترك. لذا، فإن واقع هذه العقود يضع الوقف في المرتبة الأولى كأثر ناتج عن حدوث حالة قاهرة أو شرط إعادة التفاوض⁽¹⁾.

إذاً كان نظام الوقف يظهر فقط في عدد محدود من الشروط المتعلقة بإعادة التفاوض، فهذا لا يعني بأي حال من الأحوال أن هذا الشرط غير مرتبط بنظام الوقف، ولا يدل أيضًا على أن إرادة الأطراف قد اتجهت نحو عدم تطبيقه في هذه الحالة. فالوقف يعد نظاماً أساسياً لا يمكن الاستغناء عنه، سواء في حالات القوة القاهرة بمفهومها المعاصر أو في سياق شرط إعادة التفاوض. فهو ينطبق على الشرط الأخير خلال الفترة التي تسبق إعادة التفاوض وأنباء عملية التفاوض ذاتها⁽²⁾.

في الختام، يمكن القول إن الوقف يُعد من أفضل وأمثل الوسائل التي تضمن للأطراف حماية عقدتهم واستمراريتها، حيث يساهم في الحفاظ على تنفيذه بمجرد زوال الظروف الطارئة أو الأسباب الخارجية.

⁽¹⁾- أحمد مروك، مرجع سابق، ص 108.

⁽²⁾- نفس المرجع، ص 111.

ثانياً: وقف تفيد العقد في الاتفاقيات الدولية

تشير المادة 2-6/3 من مبادئ اليونيدرو للعقود التجارية الدولية إلى نظام تعليق أداء العقود وتنص على أن طلب إعادة التفاوض لا يمنح في حد ذاته الحق في تعليق الأداء للطرف الذي أخل بالتزاماته بسبب ذلك الحدث، بل يجب أن ينظمها حكم صريح.

يشير النص أعلاه إلى أن طلب إعادة التفاوض لا يمنح المتعاقدين المضرور الحق في تعليق أداء الالتزام فوراً، بل يجب أن يستمر هذا الأداء ما لم يكن هناك اتفاق صريح يسمح للطرف المضرور بتعليق أداء الالتزام فوراً. وبمجرد وقوع الحدث⁽¹⁾، فإن تعليق العقد يفرض على الطرفين اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للحفاظ على العقد ومنعهما من اتخاذ أي إجراء من شأنه أن يهدد استمرار هذا العقد وينبع استئنافه⁽²⁾.

وهكذا فإنه على الرغم من أن التزام الطرفين بأداء التزامهما خلال هذه المدة قد يبدو للوهلة الأولى غير متسق مع طبيعة وقف تفيد العقد، فإن العقد نفسه يظل مرتباً لجميع آثاره خلال مدة وقف التنفيذ، ولكن آثاره مؤجلة ويستمر العقد قائماً طوال مدة وقف التنفيذ ينطوي على الإبقاء على جوهره وكذلك الإبقاء على بعض الالتزامات الناشئة عن هذا العقد⁽³⁾، بحيث يحتفظ العقد بصفته وقوه أدائه إلى أن ينول المانع أو السبب الأجنبي فيقي العقد وصحته والالتزامات الإبقاء عليه.

ثالثاً: وقف العقد في قرارات التحكيم التجاري الدولي:

نظراً لأهمية عقود التجارة الدولية والخطورة الناتجة عن إنهاء مثل هذه العقود دفع محكمو التجارة الدولية على العمل بنظام وقف التنفيذ، ومثال ذلك القرار الصادر عن غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 1703 لسنة 1971 التي اعترفت فيها هيئة التحكيم بوجود حالة قاهرة في المدة التي بدأت فيها الأعمال العدائية وحتى نهايتها، وبعد ذلك أيضاً بعشرين يوماً هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الأعمال العدائية تشكل في هذه الفترة استحالة تنفيذ مؤقتة وليس نهائية، وقررت الهيئة بعد ذلك استئناف العقد في سريانه

⁽¹⁾ أسييل باقر جاسم النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض لدراسة في عقود التجارة الدولية، من 130.

⁽²⁾ سالم بن سلام بن حميد القليبي، أثر تغير الظروف على عقود التجارة الدولية، مجلة روح القوانين، المجلد الثاني، العدد: 88، كلية الحقوق، جامعة طنطا، 2019، ص 32.

⁽³⁾ سالم بن سلام بن حميد القليبي، نفس المرجع، ص 31.

بعد انتهاء هذه المدة، وانتهت بأنه يمكن لشركة المدعي عليها بأن تقوم بتنفيذ التزاماتها تجاه الشركة المدعية وأن يعود العقد إلى سريانه⁽¹⁾.

ومن ناحية أخرى، كانت الأعمال العدائية خلال هذه الفترة مؤقتة ولم تشكل عجزاً نهائياً عن الأداء. ثم قررت المحكمة استئناف سريان العقد بعد انقضاء هذه الفترة، وخلصت إلى أنه بعد هذه الفترة كان من الممكن للمدعي عليه أن يفي بالتزاماته تجاه المدعي وأن يعود العقد إلى العمل بصورة طبيعية⁽²⁾.

الفرع الثالث: أحكام وقف تنفيذ العقد

وينقسم هذا العنصر إلى نقطتين رئيسيتين، الأولى تتناول آثار تعليق نفاذ العقد، والثانية تتناول إنهاء تعليق نفاذ العقد.

أولاً: آثار تعليق نفاذ العقد

إن وقف الأداء التعاقدية هو إحدى المراحل التي تأتي بين بداية الأداء التعاقدية ونهايته، وبالتالي يفرض التزامات جديدة على أطراف العلاقة التعاقدية، وكلها تهدف إلى حماية العقد وبقائه وصحته وأدائه في المستقبل، وهذه هي النقطة التي سيتم تناولها.

1-وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية في العقد

لا يؤثر توقف العقد على وجود العقد، لأن الالتزامات التي ينشئها تبقى على حالها، دون أدنى تغيير من حيث الزيادة أو النقصان، ويحتفظ العقد بجميع آثاره، إذ تبقى المعالم والقيم المحددة في العقد على حالها. وبعبارة أخرى فإن العقد يحافظ على إنتاجية جميع آثاره، ولكنه لا ينفذ خلال مدة لأسباب أجنبية أدت إلى توقف تنفيذه⁽³⁾.

وتعليق الأداء التعاقدية لأسباب خارجية هو أحد الحلول المتاحة للقاضي في الحالات التي تتوفر فيها

⁽¹⁾- أوليدى موسى، قادرى عبد الرزاق، آثر القوة القاهرة في العقود الدولية، مذكرة ماستر، تخصص: عقود ومسؤولية، جامعة قاصدي مرية، ورقة، ص 61.

⁽²⁾- شريف محمد غانم، مرجع سابق، ص 311.

⁽³⁾- غازي عبد الرحمن ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، 1986، ص 151.

شروط القوة القاهرة، ومن الضوري تقديم وصف موجز لنظرية الظروف الاستثنائية⁽¹⁾ على النحو المبين في المادة 107 من القانون المدني: "... ومع ذلك، إذا نشأت ظروف استثنائية لم يكن من الممكن توقعها والتي، نتيجة لذلك، يجعل أداء الالتزام التعاقدى مرهقاً لدرجة تحدد المدين بخسارة فادحة، يجوز للقاضى، حسب الظروف ومع مراعاة مصالح الطرفين، استرداد الالتزام المرهق مع مراعاة مصالح الطرفين. ويكون الاتفاق على خلاف ذلك باطلأً⁽²⁾.

وحتى إذا كان تعليق تنفيذ العقد بحكم القضاء، سواء أكان هذا التعليق جوهرياً أم مادياً، فإنه لا يؤثر في الواقع على مضمون هذا العقد، بحيث تظل الالتزامات الواردة في هذا العقد غير متأثرة بهذا التعليق، وبمجرد انتهاء آثار هذه الحالة القاهرة يكون العقد قابلاً للتنفيذ بالطريقة العادلة دون أي زيادة أو تغيير أو نقصان⁽³⁾، ويتم تنفيذ الالتزامات على النحو المتفق عليه، مع الحفاظ على الالتزامات القديمة وقت إبرام العقد والمحافظة على قيمتها ومعيارها.

ويشمل التعليق أيضاً الامتناع عن أداء التزام المتعاقد المقابل للالتزام الذي أخل به الطرف الآخر، كما في حالة الدفع لعدم الأداء. على سبيل المثال، قد يرفض المصنوع توريد كمية من الملابس التي سيتم تسليمها في شهر معين لأن التاجر لم يدفع قسطاً من الشمن المستحق في نفس اليوم. وقد يقتصر التعليق على التزامات أحد المتعاقدين فقط، بينما قد يقتصر التعليق على التزامات المتعاقد الآخر. على سبيل المثال، عقد التأمين الذي يتم فيه تعليق التزام المؤمن بالتأمين على المخاطر المترتبة خلال فترة التعليق بسبب عدم دفع الأقساط في الموعد المحدد، ولكن يتم الإبقاء على التزام المؤمن له بدفع الأقساط⁽⁴⁾.

2-الالتزامات التي يفرضها وقف تنفيذ العقد على المتعاقدين

أما فيما يتعلق بالالتزام ببذل كل جهد لإزالة العقبات التي تسببت في الانقطاع، فإن كل متعاقد ملزم بالتخاذل جميع التدابير الالزمة وبذل كل جهد لإزالة العقبات التي تسببت في انقطاع العقد. وفي هذا الصدد،

⁽¹⁾-رشيد دحماني، عمار زغمي، وقف تنفيذ العقد لمصلحة المدين بين الظروف الطارئة ومهلة اليسر، ع: 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي الجزائري، 2019، ص 122.

⁽²⁾-المادة 107 من الامر 58-75، المذكور سابقاً.

⁽³⁾-رشيد دحماني، عمار زغمي، نفس المرجع، ص 129.

⁽⁴⁾-محمد محسن منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية للنشر، بيروت، 2000، ص 387.

هناك قضية صدر فيها قرار تحكيمي ضد شركة علقت تنفيذ التزاماتها بسبب اندلاع أعمال الشغب، وطالبت بتعويض عن عدم استمرارها في تنفيذ العقد بعد انتهاء أعمال الشغب، على الرغم من أن أعمال الشغب كانت قصيرة المدة ⁽¹⁾.

ويعبر الطرفان عن هذا الالتزام في الأحكام التعاقدية على النحو التالي. ” في جميع الأحوال، يتخذ الطرفان الملزمان جميع التدابير الالزمة لضمان استمرار الأداء العادي للعقد في أقرب وقت ممكن والتقليل إلى أقصى حد ممكن من أي تأخير في العقد ⁽²⁾.

3-الالتزام بالحفظ على العقد

وبما أن الظروف التي يحدث فيها العقد يفترض أنها هي نفسها تلك التي تصاحب تنفيذه، فإن تغير هذه الظروف سيؤدي إلى كسر التوازن الاقتصادي للعقد، وإلحاق الضرر بأحد المتعاقدين أو كليهما، والفشل في تحقيق الأهداف المرجوة كوسيلة قانونية لتحقيق النشاط الاقتصادي، فإن الطرفين سيبحثان عن آليات لاستعادة التوازن الاقتصادي للعقد دون الإضرار بالتعاقد. من أجل الخد من خطورة الوضع ⁽³⁾، سيلجأ الطرفان إلى التصحيحات من خلال تطوير حلول عملية لمواجهة الصعوبات التي قد يواجهها.

ثانياً: انتهاء وقف التنفيذ

إن انتهاء وقف التنفيذ يكون بطرق متعددة وهذا ما سنتناوله في هذا العنصر.

1-إستئناف تنفيذ العقد

يُستأنف العقد بمجرد زوال العائق، وفي هذه الحالة يختلف الوضع تبعاً لما إذا كان العقد المعلق عقداً محدد المدة أو غير محدد المدة. فإذا كان عقداً غير محدد المدة، فلا توجد مشكلة، إذ لا تؤثر مدة الانقطاع ولا عدد الأداءات التي تم التخلص منها بسبب العجز عن الأداء على موقف الطرف المتعاقد، لأن عدد الأداءات التي سيتم أداؤها غير معروف.

⁽¹⁾ قرار تحكيم رقم 1783 صادر عن غرفة التجارة الدولية منشور بمجلة القانون الدولي: P 1974, I.D.J894.

⁽²⁾ عوائق صلبة، تكييف العقود الدولية مع تغير الظروف، مرجع سابق، ص 75.

⁽³⁾ منيرة جزوعة، الحفاظ على العقد بين إرادة الأطراف وسلطة القاضي مجلة طلبة للدراسات العلمية الأكاديمية. المجلد 4، العدد 01، جامعة الجزائر، 2021، ص 253.

عندما يكون العقد محدد المدة، لا تكون مدة العقد هي المدة المتفق عليها بل يتم تخفيضها بمقدار مدة فترة الرعاية، ولا يكون عدد العروض هو عدد العروض المتفق عليها بل يتم تخفيضها بمقدار عدد العروض التي تم التنازل عنها بسبب الاستحالة⁽¹⁾.

2-انقضاء الوقف إذا أصبح التنفيذ غير مجد أو مفيد

وقد سبق أن ذكرنا أن من عوامل تحديد الاستحالة المؤقتة لتعليق تنفيذ الالتزام أن تكون المدة المتبقية مفيدة لتنفيذ العقد، أي أن يكون تنفيذ العقد خلال هذه المدة مفيداً ومحكناً عملياً، إذا استمر العقد إلى أن يصبح غير ممكن عملياً للطرفين، يمكن إنتهاء فترة التوقف عن طريق قيام أي من الطرفين بإنهاء العقد⁽²⁾.

الفرع الرابع: اختلاف وقف تنفيذ العقد من حيث سلطات القاضي بين الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية:

وأهم ملاحظة يمكن إبداؤها بشأن الممارسة القضائية فيما يتعلق بـهاتين النظريتين هي أنه لا توجد أحكام منشورة صادرة عن المحكمة العليا بشأنهما. فعندما يتعلق الأمر بتعليق تنفيذ العقود بسبب حالات الطوارئ، فإن هذه الحالات لها ما يبررها نظراً للشروط الصارمة التي وضعها المشرع، وبالتالي لم يصدر بشأنها سوى عدد قليل من الأحكام⁽³⁾.

تعليق إبرام الالتزام بسبب الظروف الطارئة هو المدة التي يعتبر فيها انقضاء الظروف الطارئة غير قائمة، وفترة الإمهال هي مدة لا تزيد على سنة واحدة عملاً بالمادة 281 (02)، فتعليق إبرام العقد مدة سنة واحدة لا يكون حلاً ناجعاً في التزام تزيد مدة على سنة واحدة (1). وفي تعليق إبرام العقد لظروف طارئة، إذا كان وقت انقضاء الظروف الطارئة معلوماً، فإن تعليق الإبرام يقتصر على مدة معينة من الزمن، أما إذا تعذر تحديد وقت الانقضاء فيجوز تمديد العقد مدة قد تزيد على سنة، وفي هذه الحالة فإن المادة

⁽¹⁾- عبد الحفيظ حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المطبعة العالمية، القاهرة، 1962، ص 158.

⁽²⁾- عبد الحادي فهد علي الجفين، مرجع سابق، ص 233.

⁽³⁾- عمار زغيبي، وقف تنفيذ العقد لمصلحة المدين: بين الظروف الطارئة ومهلة الميسرة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية تيزى وزو، العدد 02، 2019، ص 138.

281 من القانون المدني بالإضافة إلى أحكام المادة 281 من القانون المدني، هناك مخالفة للمادة 281 من القانون المدني⁽¹⁾.

وما يؤيد رأينا في الفرق بين النظريتين: أن الفقه الإسلامي يتعامل مع كلتا النظريتين الطارئتين فيطلق عليهما اسم العذر أو الجائحة والجائحة، ويضع حلولاً عملية للطوارئ سواءً أكانت أعذاراً أم جوائح. وهكذا فإن الأعذار في مذهب الحنفية تفسخ عقود الإيجار، بينما يحدد علماء المالكية مقدار ما يلزم للجائحة في التمار والزروع⁽²⁾. (ومن ناحية أخرى، فإن مدة الإمهال لها أساس مختلف عن الأعذار والجوائح) وعلماء المالكية على وجه الخصوص يقدمون حالاً عملياً للحالة الطارئة المرتبطة بالأعذار والجوائح. وكوئلاً للمعسر المدين المعسر لا للمدين المثقل، يدل على أن كلا النظريتين عندهم⁽³⁾.

⁽¹⁾ عمار زغيبي، المرجع السابق، ص 142.

⁽²⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف للنشر، الاسكندرية، 2004، ص 247.

⁽³⁾ فؤاد محمود عوض، دور القاضي في تعديل العقد دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004 الصفحة 468.

المبحث الثالث: تطبيقات القوة القاهرة في مجال عقود التجارة الدولية وتحدياتها العملية

تتميز عقود التجارة الدولية في الغالب بكونها عقود طويلة المدى ما يجعلها أكثر تأثير بالظروف القاهرة والحوادث المفاجئة ومن أهم تلك الظروف التي أثرت مؤخرا على العقود عموما وادت إلى تعطيل المبادرات التجارية الدولية بصفة كلية ذلك الفيروس المستجد والذي يدعى ب فيروس كورونا وسنحاول من خلال هذا المبحث التعرف على أهم تطبيقات القوة القاهرة على العقد التجاري الدولي مع التطبيق على جائحة كورونا وال الحرب كنموذج عملي لهاه القوة (المطلب الأول)، مع التطرق إلى أهم التحديات التي تواجه تطبيق نظرية القوة القاهرة (المطلب الثاني).

"المطلب الأول: تطبيقات القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية (تداعيات جائحة "كوفيد_19 وال الحرب كنموذج)"

ستتناول من خلال هذا المطلب التكيف الفقهي والقانوني لجائحة كورونا بتقسيمه إلى: التكيف الفقهي والقانوني لجائحة كورونا وفقا لنظرية القوة القاهرة بالإضافة إلى آثار جائحة كورونا على العقود التجارية الدولية (الفرع الأول)، وال الحرب كأهم تطبيق للقوة القاهرة (الفرع الثاني)

الفرع الأول: تكيف جائحة كورونا وآثارها شرعا وقانونا

يعتبر نموذج كوفيد من أهم التطبيقات المعاصرة لتغيير الظروف خاصة في مجال التجارة الدولية وقد اختلف الفقهاء والقانونيين حول تكيفه كقوة قاهرة، أو نظرية طارئة وهو ما سنتناوله من خلال العنصر الآتي:

أولا: التكيف الفقهي والقانوني لجائحة كوفيد وفقا لنظرية القوة القاهرة

1: تعريف جائحة كورونا

أ_ التعريف اللغوي:

والطاعون نوع من القحط، وهو القضاء، وطاعونهم عام القحط، وعام القحط هو اقتلاع أموالهم،

وعام الطاعون قحط، والطاعون خطر وكارثة، مما يتطلب المال والمشقة⁽¹⁾

وتعرف أيضًا بـ {كوارث ومصائب عظيمة تحتاج إلى أموال، كل مصيبة عظيمة، الجمجم هو الأوبئة، الأوبئة تصيب الناس إذا غلبتهم وأهلكت، الوباء مصيبة تصيب مال الإنسان، وتحرفه كله، وتدمره، وتتسبب في أضرار ظاهرة كالملاك والنار والهوان}⁽²⁾

بـ التعريف الاصطلاحي:

ـ في الفقه الإسلامي:

يعتبر فيروس كورونا أحد المستجدات التي لم يتطرق إليها في الكتب الفقهية والفقهاء القدامى كونها حدثية الظهور فقد تناولها مجتمع الفقه الإسلامي وعرفها بـ " هو التهاب في الجهاز التنفسى بسبب هذا الفيروس وقد أعلنت منظمة الصحة العالمية رسمياً أن هذا الوباء جائحة عالمية في 11 مارس 2020، وأن أصل هذا الفايروس حيواني، وقد أثبت انه يصيب الإنسان في الجهاز التنفسى وثبت أيضاً سرعة انتشاره بين الناس ولا يوجد علاج مضمون إلى الآن لهذا المرض، ولكن يمكن الوقاية منه بأخذ التدابير الاحترازية الكافية من أجل تجنب العدوى⁽³⁾.

ـ عند القانونيين:

في 29 ديسمبر 2019، ظهر فيروس كورونا الجديد في الصين، وأبلغ مستشفى في ووهان بمقاطعة هويي عن وباء الالتهاب الرئوي الفيروسي، وفي 8 يناير 2020، تم التعرف على العامل الممرض لفيروس كورونا الجديد (Ncov2019). في 30 يناير، أعلنت منظمة الصحة العالمية أن وباء الالتهاب الرئوي الناجم عن فيروس كورونا الجديد يمثل حالة طوارئ صحية عامة تثير قلقاً دولياً. في 12 فبراير 2020، أعلنت اللجنة الدولية لتصنيف الفيروسات أنه سيتم تصنيفها كحالة طوارئ صحية عامة تثير قلقاً دولياً. مرض فيروس كورونا الجديد كوفيد - 19⁽⁴⁾

⁽¹⁾- عبد الكريم أحمد قندوز، دور التمويل الإسلامي في حالات الجوائح دراسات معهد التدريب وبناء القدرات، صندوق النقد العربي، عدد 3، أبو ظبي، 2020، ص 10.

⁽²⁾- أحمد علي حسن آل علي، صالح أحمد الهميقي قراءة قانونية لفيروس كورونا المستجد، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد 6، جامعة الشارقة للامارات العربية المتحدة، 2020، ص 604.

⁽³⁾- قرار مجمع لفقهاء المسلمين في الندوة الطبية الفقهية الثانية لعام 2020، بعنوان (فيروس كورونا المستجد (كوفيد 19) وما يتعلّق به من معالجات طبية وأحكام شرعية)، 16 ابريل 2020م.

⁽⁴⁾- مروان الحليبي، مرض كورونا المستجد، الدليل الإرشادي في الوقاية والتشخيص والعلاج، وزارة التعليم العالمي والبحث العلمي، كلية الطب، جامعة دمشق، آذار 2020 ص 06.

يعرف كوفيد-19 بأنه مرضًا نفسيًا ويعتقد أنه مرتبط بالحيوانات، إذ ارتبطت معظم الحالات الأولى بسوق للمأكولات البحرية والحيوانات في مدينة وان الصينية الذي ظهر في أواخر ديسمبر/كانون الأول 2019. نحن ننشر الفيروس من شخص مصاب إلى آخر من خلال الاتصال الوثيق⁽¹⁾.

بعد تفشي فيروس كورونا المستجد COVID/19 عالمياً، اعتمدت العديد من الدول إجراءات للتعامل مع الوباء، مما أدى إلى ظهور ظروف خاصة لم يكن من الممكن توقعها أو منعها استناداً إلى تطبيق شروط القوة القاهرة ونظريات الطوارئ، اعتماداً على مدى تأثيرها على الالتزامات التعاقدية، مما جعل أداء الالتزامات مستحيلاً ومرهقاً.

كما عرف أيضاً: وهو نوع جديد من الفيروسات يصيب الجهاز التنفسى للمرضى المصابين بالالتهاب الرئوي، وهو غير معروف حالياً. وفي فبراير 2020، أطلقت عليه لجنة الصحة الوطنية في جمهورية الصين الشعبية اسم فيروس كورونا الجديد أو الجديد بسبب مضاعفات الالتهاب الرئوي الناجمة عن العدوى.

فيروسات كورونا هي فصيلة واسعة الانتشار معروفة بأنها تسبب أمراضًا تتراوح من نزلات البرد الشائعة إلى أمراض أكثر خطورة مثل متلازمة الشرق الأوسط التنفسية ومتلازمة الجهاز التنفسى الحادة الخبيثة⁽²⁾.

2-التكيف الفقهي لجائحة كورونا:

عرفت الجائحة في الفقه الإسلامي من الشافعية والمالكية والحنابلة على أنها: "الجائحة هي الآفة السماوية دون صنع الآدمي"⁽³⁾.

⁽¹⁾- ابراهيم بن فرهيد العنزي، آثار جائحة كورونا على العقود المالية، ط 01، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، 2021، ص 18.

⁽²⁾- أحمد علي حسن آل علي، قراءة قانونية لفيروس كورونا المستجد، مرجع سابق، ص 602.

⁽³⁾- الشافعى، محمد ابن ادريس، الام، دار المعرفة، بيروت، 1990م، ص 3/58. الدسوقي، حاشية الدسوقي، دار إحياء التراث، القاهرة، 185/3. ابن قدامة، المعنى، مكتبة القاهرة، القاهرة، 1968، ص 4/81.

قد كيف الفقهاء هذا الوباء على انه قوة قاهرة تترتب عليه آثار الجوائح في الفقه الإسلامي، من خلال تقدير حجم انعكاسها على تنفيذ الالتزامات الناشئة كوجود ضرر والتسبب في الإرهاق للمدين أو الدائن الناتج عن غلق الحدود البرية والبحرية والهوية مما يؤدي إلى استحالة التنفيذ فتصبح أمام قوة قاهرة وهو ما حدث فعلا خلال فترة انتشار فيروس كورونا في العالم اجمع. ومن خلال جميع هاته المعطيات فقد اعتبر الفقهاء فيروس كوروناجائحة وأخضعوه لأحكامها⁽¹⁾.

3-التكيف القانوني لجائحة كورونا

لقد سبق أن عرفنا القوة القاهرة في الفصل التمهيدي الذي يعرف القوة القاهرة بأنها "ظروف لا يمكن السيطرة عليها مثل الحروب والفيضانات والزلزال وغيرها، والتي تحدث فجأة لأسباب خارجية، نتيجة لظروف لا يمكن السيطرة عليها، ولا يمكن توقعها ومنها وقت حدوثها"⁽²⁾ كما ذكرنا سابقاً، يجب توافر عدة شروط لحدوث القوة القاهرة، منها:

- يجب أن يكون الوباء ناجماً عن أسباب خارجية يكون المدين مسؤولاً عنها⁽³⁾، ويجب أن تتوفر فيه الشروط التي تجعل المدين غير قادر على تنفيذ التزاماته، على ألا يثبت خطأ الطرف المطالب بالتعويض.
- يجب أن يكون الحادث غير قابل للتوقع تماماً عند إبرام العقد، مما يعني أنه ينبغي أن تكون الجائحة غير متوقعة. على سبيل المثال، إذا كانت شركة قد التزمت باستيراد بضاعة من الصين قبل أن يتم الإعلان عن تفشي فيروس كورونا، فإن ذلك يعتبر توقعًا قائمًا، حيث أن المعيار هو عدم القدرة على توقع الحادث عند إبرام العقد وليس خلال فترة التنفيذ.

بناءً على ما تم ذكره، يتضح أن فيروس كورونا المستجد يمكن اعتباره قوة قاهرة، حيث إنه حدث عالمي أثر على جميع دول العالم، ولا يمكن التنبؤ به أو تجنب نتائجه. لذا، يمكن لبعض الأفراد والأنشطة

⁽¹⁾-أمال بوكالفي، برکانی نائل، نظرية الجوائح في الفقه الإسلامي (فيروس كورونا كوفيد 19 نمذجا) مجلة الشهاب، مج: 07، ع: 01، 2021، ص 261.

⁽²⁾-محمد بن علي بن محمد القرني، الاجتهاد القضائي لمعالجة الآثار الناشئة عن جائحة كورونا على العقود، مجلة علوم الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد 83، كلية الشريعة وأصول الدين، جامعة الملك خالد، أبها-السعودية- 2020، ص 1541.

⁽³⁾-مها بن هندي، اعتبار فيروس كورونا قوة قاهرة أو حادث استثنائي وأثر ذلك على العقود التجارية والعالمية وفقاً لقانون المعاملات المدنية، 2020، ص 3.

التجارية والخدمة التي تعرضت لأضرار مباشرةً أن تستند قانونياً إلى معيار القوة القاهرة كمبر لفسخ العقود من جانبها⁽¹⁾.

إذا عدنا إلى العمل القضائي الذي يحدد طبيعة جائحة كورونا، فقد اعتبرت الغرفة السادسة بمحكمة الاستئناف في فرنسا في قرارها الصادر بتاريخ 12 مارس 2020 أن فيروس كورونا المستجد يُعتبر قوة قاهرة. حيث جاء في القرار: "إن المستأنف، السيد فيكتور، لم يتمكن من الحضور للجلسة المنعقدة بمحكمة الاستئناف بسبب الظروف الاستثنائية التي لا يمكن تجاوزها أو التغلب عليها، والتي تُعتبر قوة قاهرة مرتبطة بوباء كوفيد 19."⁽²⁾

ثانياً: آثار جائحة كورونا على العقد

تطبيقياً لمبدأ سلطان الإرادة، يُعتبر العقد بمثابة القانون طالما أن الأطراف قد اتفقت عليه، وبالتالي يُعد شريعة المتعاقدين، مما يستوجب احترام محتوى العقد من قبل الطرفين وأيضاً من قبل القضاء. وقد تبين أن فيروس كورونا (كوفيد-19) يتوفّر في كثير من الأحيان على جميع العناصر الالزمة لاعتباره قوة قاهرة. وبالتالي، يمكن أن يؤدي فيروس كورونا إلى استحالة تنفيذ الالتزام، مما يجعله سبباً لانقضاء الالتزام.⁽³⁾ فإذا كانت القوة القاهرة الناتجة عن فيروس كورونا تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً بالنسبة لأحد أطراف العقد أو لكتلتهما، فإن العقد يُعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه بحكم القانون، بحيث يصبح العقد غير موجود في ظل وجود القوة القاهرة الحالية⁽⁴⁾.

ما يجب توضيحه هو أن العقود التي أبرمت قبل ظهور الجائحة، والتي كانت مرتبطبة بالمناطق التي شهدت تفشيها، يمكن المطالبة بتعديل الالتزامات العقدية فيها، سواء كانت نتيجة لقوة قاهرة أو ظرف طارئ. أما العقود التي وقعت بعد ظهور الجائحة، فلا يمكنها بأي حال الاستفادة من القوة القاهرة أو

⁽¹⁾ عبير أبو شمالة شرط القوة القاهرة هل ينطبق على فيروس كورونا؟، مقال علمي، ص 5، منشور على الموقع الإلكتروني: <https://www-alkaleej-ae.cdn.ampproject.org>، يوم 18/06/2020، 10:00.

⁽²⁾ عبد الصمد عبو، حالة الطوارئ الصحية وأثرها على الالتزامات التعاقدية في ظل جائحة كورونا، مجلة المؤتمرات العلمية الدولية، العدد الخامس جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، 2021، ص 62.

⁽³⁾ احمد علي حسن آل علي صالح احمد اللهيبي، المرجع السابق، ص 6.

⁽⁴⁾ عبير أبو شمالة، المرجع السابق، ص 7.

الظرف الطارئ، لأن إعلان الحكومة الصينية عن الجائحة يجعلها حالة متوقعة⁽¹⁾ من المهم أن نلاحظ أن العقود تنقسم إلى نوعين: عقود فورية وعقود ممتددة. فالعقد الفوري تكون آثاره سارية من تاريخ إبرامه، كما هو الحال في عقود البيع. أما العقود الممتددة، فإن عنصر الزمن يعد جوهريًا فيها، وتبدأ آثارها من تاريخ تنفيذها.

فيما يتعلق بالعقود التي يعتمد تنفيذها على الزمن، فإن جائحة كورونا قد تُعتبر من قبيل القوة القاهرة التي تؤدي إلى انفاسخ العقد. فإذا تأثر تنفيذ العقد بسبب ظروف هذه الجائحة، يحق للأطراف المعنية اللجوء إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد بسبب استحالة التنفيذ.

ومع ذلك، فإن مسألة تقدير الاستحالة تعود إلى السلطة التقديرية للقاضي، الذي ينظر في طبيعة العقد وظروفه ومدى تأثيره. يمكن للقاضي أن يحدد ما إذا كانت الاستحالة كافية أم جزئية ومؤقتة، ومن ثم يمكنه الحكم بوقف التنفيذ لفترة معينة أو الفسخ الجزئي أو الكلي⁽²⁾

إذا كانت الاستحالة أو القوة القاهرة مؤقتتين، يمكن استبعاد هذا الجزء من العقد إذا كان بالإمكان تنفيذ باقي الالتزامات التعاقدية. على سبيل المثال، في حالة العقود المستمرة التي تتطلب عنصر الاستمرارية في التنفيذ، يمكن استقطاع جزء من العقد وتنفيذ الجزء المتبقى بعد انتهاء حالة القوة القاهرة، بشرط ألا يتسبب هذا الإجراء في إرهاق كبير لأحد الأطراف المتعاقدة. وبالتالي، يمكن تعديل الالتزام من حيث قيمته أو مدتة، أو استقطاع جزء منه، أو تمديد مدتة.

هناك حالات قد يقتصر فيها تأثير القوة القاهرة الناتجة عن الوباء على جزء من الالتزام فقط، بينما تظل إمكانية تنفيذ الجزء المتبقى قائمة، مما يؤدي إلى براءة ذمة المدين فيما يتعلق بالجزء الذي تأثر بالحالة فقط⁽³⁾

⁽¹⁾ ياسر عبد الحميد الامتيازات، أثر جائحة كورونا على الالتزامات القانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2021، ص 79.

⁽²⁾ محمد بن علي بن محمد القرني، مرجع سابق، ص 1540.

⁽³⁾ سميرة حصان، الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد على العقود الدولية، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، مجلد 05، عدد 01، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2020، ص 19.

أجبرت جائحة كورونا السلطات العامة على اتخاذ مجموعة من الإجراءات والتدابير الاحترازية، مما أدى إلى توقف العديد من القطاعات عن العمل. وقد نتج عن ذلك فقدان عدد كبير من المواطنين والمهنيين لمصادر رزقهم، حيث توقفت أنشطتهم التي تمثل المصدر الأساسي والوحيد لإعالة أسرهم. هذا الوضع حال دون قدرتهم على الوفاء ببعض الالتزامات التعاقدية، وأبرزها دفع الإيجارات للمحلات التي يستفيدون منها، سواء كانت سكنية أو مهنية أو تجارية⁽¹⁾

استناداً إلى القرارات التي صدرت خلال هذه الفترة بشأن إغلاق بعض المحلات التجارية وتقليل نشاطات أخرى، يحق للمستأجر إنهاء عقد الإيجار المبرم مع المؤجر⁽²⁾. وقد تُعتبر جائحة كورونا المستجد من قبيل القوة القاهرة التي تجعل من المستحيل الاستفادة من العقد أو تفريغ بنوده. وفي الفقه الإسلامي، يُعتبر فوات المعقود عليه سبباً يستدعي النظر، وعندما يتذرع ذلك، يمكن فسخ العقد في العقود المتردية، مثل الإيجارات بأنواعها وهذا يندرج تحت مسألة العذر العام، حيث يُرجح القول بجواز الفسخ في حال العذر العام، كما ينطبق على حالات الجوانح. وقد اتفق الفقهاء على ضرورة فسخ عقد الإيجار في حال تعذر استيفاء المنفعة⁽³⁾

أصدرت المحكمة العامة في مكة المكرمة حكماً بتاريخ 10/2/1442هـ في دعوى تتعلق بفسخ عقد الإيجار نتيجة لجائحة كورونا. حيث يتعلق العقد بإيجار فندق، وقد تأثرت منفعته بسبب تعليق أداء العمرة وتقليل عدد الحجاج. وبناءً على ذلك، قضت المحكمة بفسخ العقد⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: الحرب كأهم تطبيق للقوة القاهرة:

يعتبر نشوب الحروب في حد ذاته قوة قاهرة باعتبار ما قد ينجم عنها من وقائع مادية وأزمات اقتصادية، وذلك كلما كان لها أثر في احتلال تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وذلك حال تحقق شرط عدم التوقع واستحالة الدفع، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 127 من القانون المدني الجزائري

⁽¹⁾- عبد الصمد عبو، حالة الطوارئ الصحية وأثرها على الالتزامات التعاقدية في ظل جائحة كورونا، مرجع سابق، ص 67.

⁽²⁾- أحمد علي حسن علي، صالح أحمد اللهيبي، مرجع سابق، ص 618

⁽³⁾- ابراهيم بن فرهيد العزي، مرجع سابق، ص 68.

⁽⁴⁾- المرجع نفسه، ص 70

ومحكمة النقض الفرنسية قدّيماً، حيث اعتبرت مجرد الحرب من أهم نماذج القوة القاهرة، غير أنها عدلت عن ذلك بتقرير عدة مبادئ قانونية بشأن واقعة الحرب وظروفها وذلك من أربع جهات: ⁽¹⁾

- من جهة أولى: عدم اعتبار محكمة النقض الفرنسية الحرب قوة قاهرة بالنسبة للمدين إلا إذا توافرت على مجموع الشروط التي جاء بها الفصل 1148 من القانون المدني الفرنسي.

- من جهة ثانية: قد تكون الحرب سبباً في تعليق تنفيذ الالتزامات العقدية بصفة مؤقتة، وليس سبباً في انتهاء دون تنفيذ، وبوجه خاص في حال عدم ترتيب أي ضرر أو أثر سلبي على الدائن.

- من جهة ثالثة: إن تكيف الحرب كقوة قاهرة وترتبط آثارها مرتبطة بنوع الواقع في كل دعوى قضائية، وظروف كل مدين على حدة، حيث قد تصب في مصلحة مدين دون غيره من المدينين، كونها مسألة نسبية غير مطلقة.

- من جهة رابعة: تعد الواقع والظروف التي نشأت عنها الحرب قوة قاهرة دون الحرب في حد ذاتها وذلك متى ما تجمعت شروطها وحققتها.

المطلب الثاني: تحديات تطبيق نظرية القوة القاهرة

تعتبر القوة القاهرة من المفاهيم القانونية الجوهرية التي تنظم العلاقات التعاقدية، خصوصاً في ظل الظروف الطارئة التي قد تجعل تنفيذ الالتزامات مستحيلةً أو شديد الصعوبة. ومع تزايد الأحداث غير المتوقعة مثل الأوبئة (مثل كوفيد-19) والكوارث الطبيعية (كالزلزال والفيضانات) والتغيرات المناخية، أصبحت القوة القاهرة موضوعاً ذات أهمية كبيرة في كل من القانون الدولي والوطني. ومع ذلك، يواجه تطبيق هذا المفهوم العديد من التحديات، سواء من الناحية النظرية أو العملية، بما في ذلك صعوبة تحديده بدقة، وإثبات استحالة التنفيذ، والاختلافات في تفسيره بين الأنظمة القانونية المختلفة ⁽²⁾.

وبحسب نوع التحديات التي تحول دون إعمال نظرية القوة القاهرة فقد عمدنا إلى تقسيم المطلب إلى أربعة فروع كالتالي: (الفرع الأول) من حيث التعريف والتفرقة، (الفرع الثاني) تحديات الإثبات والتطبيق

⁽¹⁾- محمد الكشبور، مرجع سابق، ص 46-49.

⁽²⁾- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 48.

العملي، (الفرع الثالث) تحديات قانونية واقتصادية وتقنولوجية، (الفرع الرابع) تحديات خاصة بحوادث معينة وأخرى مستقبلية.

الفرع الأول: من ناحية التعريف والتفرقة

الغموض في التعريف: قد يختلف تعريف القوة القاهرة من نظام قانوني إلى آخر، مما يجعل من الصعب تحديد ما إذا كان حدث ما يندرج تحت هذا المفهوم.⁽¹⁾

التفرق بين القوة القاهرة والأحداث الأخرى: قد يكون من الصعب التمييز بين القوة القاهرة والحالات الأخرى مثل المصاعب الاقتصادية أو المخاطر التجارية العادية.

الفرع الثاني: تحديات الإثبات والتطبيق العملي

أولاً: تحديات الإثبات:

1-طرق إثبات القوة القاهرة

ولكي يستفيد المدين من حكم القوة القاهرة يجب عليه أولاً أن يثبت ذلك. وهكذا فإن المدين الذي يعجز عن أداء ما وعد به في عقد ملزم للدائن قد يُعفى نهائياً من أداءه بل ومن المسؤولية المدنية، ولكن فقط إذا أثبتت أن عدم الأداء كان قوة قاهرة⁽²⁾، على سبيل المثال، في حالة الإصابة بفيروس كورونا، يمكنك تقسيم شهادة طبية تثبت إصابتك بالوباء، أو الإشارة إلى أمر احتجاز منزلي صادر عن الحكومة أو إرفاق قرار باتخاذ إجراءات وقائية ضد هذا الفيروس صادر عن الإدارة، وبالتالي بمجرد أن يثبت المدين أن شروط القوة القاهرة قد تواترت وتحقق منها القاضي، لا يمكن لهذا الأخير أن ينكر القوة القاهرة. لأنها من المسائل المتعلقة بالطابع التشريعي للوقائع. ومع ذلك يحق للمدين أن يقدم وقائع جديدة تعتبر قوة قاهرة وفقاً للقاعدة العامة في الإثبات أن البينة على المدعي والمتمثلة في:

⁽¹⁾- محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سابق، ص 85.

⁽²⁾- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 801-809.

● **الأدلة الوثائقية:** وللممثلة في مختلف التقارير الصادرة عن الجهات والهيئات الرسمية، كتقرير الأرصاد الجوية، والتقارير الحكومية⁽¹⁾.

● **الشهادات والخبرات:** وذلك باللحظه إلى الخبراء والقضاة وشهادتهم في تحديد وتقدير طبيعة الحدث، إضافة إلى مدى تأثيره على تنفيذ الالتزامات العقدية.

● **الأدلة القضائية:** وذلك من خلال العودة إلى الأحكام القضائية السابقة الصادرة في الأحداث المماثلة، مما يعزز صحة ادعاء المدين⁽²⁾.

-**إثبات عدم إمكانية التنفيذ:** يتعين على الطرف الذي يعتمد على القوة القاهرة أن يثبت أن الحدث قد جعل تنفيذ الالتزامات غير ممكن، وليس فقط صعباً أو مكلفاً.

-**العلاقة السببية:** ينبغي إثبات وجود رابط مباشر بين الحدث الخارجي وعدم القدرة على الالتزام بالواجبات⁽³⁾.

ثانياً: تحديات التطبيق العملي:

التأخير في الإخطار: قد يفقد الطرف حقه في الاستناد إلى القوة القاهرة إذا لم يقم بإبلاغ الطرف الآخر بالحدث في الوقت المناسب.

التقليل من الآثار: قد يطلب من الطرف المتضرر اتخاذ إجراءات معقولة للتقليل من الآثار الناتجة عن الحدث، وهو ما قد يمثل تحدياً بحد ذاته⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: تحديات قانونية واقتصادية وتجارية

أولاً: تحديات قانونية

تبالين القوانين: يمكن أن تتبالين تفسيرات القوة القاهرة بين الدول، أو حتى بين المحاكم في الدولة الواحدة، مما يسبب حالة من عدم اليقين القانوني.

⁽¹⁾- غانس حبيب الرحمن، تأثير الظروف الاستثنائية على بناء النصوص القانونية، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة الجزائر 1 ، مج: 09، ع: 01، جانفي 2025، ص 154_155.

⁽²⁾- باسم ذنون، القوة القاهرة وأثرها في احكام قانون المرافعات المدنية، مرجع السابق، ص 81_82.

⁽³⁾- محمد حزيط، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2017، ص 6.

⁽⁴⁾- محمد حسين منصور، القوة القاهرة في العقود الدولية، مرجع سابق، ص 153.

العقود الدولية: قد تواجه العقود الدولية تحديات إضافية نتيجة لاختلاف القوانين واللغات والثقافات.⁽¹⁾

ثانياً: تحديات اقتصادية وتجارية:

التأثير على العلاقات التجارية: قد يؤدي التذرع بالقوة القاهرة إلى توتر العلاقات بين الأطراف، خاصة إذا كان هناك خلاف حول ما إذا كان الحدث يندرج تحت هذا المفهوم.

التأمين والتعويضات: قد تواجه صعوبات في استلام التعويضات من شركات التأمين في حال تم الاستناد إلى القوة القاهرة.⁽²⁾

الفرع الرابع: تحديات خاصة بأحداث معينة وأخرى مستقبلية

أولاً: تحديات خاصة بأحداث معينة

الأوبئة (مثل كوفيد-19): في أوقات الأوبئة، قد يكون من الصعب تحديد ما إذا كان الوباء يعتبر قوة قاهرة، خصوصاً إذا كانت بعض الأنشطة لا تزال ممكناً مع اتخاذ تدابير وقائية.

الكوارث الطبيعية: تعتبر الكوارث الطبيعية مثل الزلازل والفيضانات من الأمثلة الواضحة على القوة القاهرة، إلا أنه قد يكون هناك جدل حول تأثيرها المحدد على العقود.⁽³⁾

ثانياً: تحديات مستقبلية

التغير المناخي: مع تزايد حدوث الكوارث الطبيعية نتيجة للتغير المناخي، قد تصبح القوة القاهرة أكثر انتشاراً، مما يؤدي إلى تفاقم التحديات القانونية والعملية.

التطور التكنولوجي: قد تبرز تحديات جديدة مع تقدم التكنولوجيا، مثل الهجمات الإلكترونية التي يمكن أن تُعتبر قوة قاهرة في بعض الحالات.⁽⁴⁾

⁽¹⁾أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي المخاص النوعي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، ص 99.

⁽²⁾محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 89.

⁽³⁾أحمد عبد الكريم سلامة، القوة القاهرة والظروف الطارئة في العقود: دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مصر، 2020، ص 103.

⁽⁴⁾محمد أحمد الغفي، القانون البيئي الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مصر، 2015، ص 78.

خلاصة:

طرقت الباحثة من خلال هذا الفصل إلى بيان جملة الآثار الشرعية والقانونية الناتجة عن أعمال القوة القاهرة على عقود التجارة الدولية والتي تترتب عنها جملة من الالتزامات المتمثلة أساسا في:

-الالتزام المدين بإخطار الدائن بحادث القوة القاهرة لتجنبه أو تخفيف ما قد يلحق به من أضرار.

-الالتزام الدائن بتحفيض الضرر الناتج عن القوة القاهرة.

كما تفضي إلى جملة من النتائج:

-انفساخ العقد تلقائيا بقوة القانون وانتهاء آثاره بمجرد وقوع حادث القوة القاهرة الدائمة وهو ما أخذت به مختلف التشريعات الوضعية على المستوى الوطني، أما في حال القوة القاهرة المؤقتة فإن العقد يتوجه إلى تعليقه أو وقفه إلى حين زوال القوة القاهرة التي تحول دون تنفيذه.

كما تم عرض بعض التطبيقات حول القوة القاهرة وإبراز أهم التحديات العملية التي تواجهها.

الفصل الثاني:

الآليات تسوية منازعات عقود التجارة

الدولية الناجمة عن القوة القاهرة

تمهيد:

تعدد وسائل تسوية منازعات عقود التجارة الدولية الناجمة عن أعمال القوة القاهرة وإن من أهم الوسائل الطبيعية لحل النزاعات التي تنشأ بين الأشخاص الدوليين بشأن القضايا السياسية أو القانونية المفاوضات حيث تتوسع أهميتها في القانون الدولي الحديث بسبب استقلالها، ويعتبر من أبرز الشروط المقررة لمواجهة تغير الظروف خلال مرحلة التنفيذ يتم اللجوء إليه لتسوية المنازعات وديا بين أطراف العقد قبل اللجوء إلى التقاضي، فضلاً عن ذلك فإن أحداث وتداعيات فيروس كورونا إضافة إلى تأثير الحال التجاري بالتقنيات الحديثة كلها أسباب دعت إلى التوجه نحو التحكيم التجاري الدولي بما فيه الإلكتروني بالإضافة إلى الوساطة الإلكترونية إزاء ما تقدمه من تسهيلات ومزيا في سبيل فض النزاعات في هذا المجال.

ونظراً لتعدد وسائل تسوية منازعات عقود التجارة الدولية الناجمة عن القوة القاهرة التي تشكل فئة مفتوحة بنوعيها التقليدي الذي يستدعي الحضور المادي لأطراف العقد أو النوع الحديث الإلكتروني الذي يتم عبر فضاءات إلكترونية ومن ثم كان من غير الممكن حصرها والإحاطة بها جميعها من خلال هذا البحث الذي اقتصرنا فيه على شرط إعادة التفاوض، بالإضافة إلى التحكيم التجاري الدولي والوساطة الإلكترونية.

وقد ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث: (المبحث الأول) نتناول فيه إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية في ظل القوة القاهرة، ثم نتبعه (المبحث الثاني) تحت عنوان أحكام التحكيم التجاري الدولي، و(المبحث الثالث) تحت عنوان أحكام الوساطة الإلكترونية

المبحث الأول: إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية المتأثرة بالقوة القاهرة

لقد اجتهد الفن التعاقدى على مستوى التجارة الدولية في إيجاد جملة من الشروط لإعادة توازن العقود التي تطرأ عليها بعض الظروف ومن أهم هاته الشروط شرط التفاوض والذي يعتبر من أبرزها وأكثراها شيوعا وأهمية على المستوى الدولي.

يعد التوجه إلى إعادة التفاوض بشأن العقود شرطا يجب أن تدرجه الأطراف المتعاقدة في عقود التجارة الدولية لمواجهة التغيرات التي تحدث أثناء مرحلة تنفيذ العقد، ولا يعتبر شرط إعادة التفاوض مفهوما حديثا في عالم التجارة الدولية، بل هو فكرة قديمة الظهور تمت بلوغها وتطبيقاتها بعدة طرق مختلفة.

وستتم مناقشة هذا الموضوع بالتفصيل من خلال تقسيم المبحث إلى مطلبين: مفهوم إعادة التفاوض (المطلب الأول)، ومصير العقود التجارية الدولية أثناء وبعد المفاوضات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم إعادة التفاوض

من أهم خصائص عقود التجارة الدولية التفاوض وذلك كونه يشكل حيزا مهما في إبرام العقود التي تمر عبر مرحلة أولية طويلة من المفاوضات وتبادل الاقتراحات، ولهذا كان الغالب في الشروط التعاقدية اتفاق الأطراف على إعادة التفاوض في حال تعرض العقد خلال مرحلة تنفيذه إلى ظروف قاهرة وذلك رغبة من الأطراف في الحفاظ على العقد والإبقاء على مصالحهم الخاصة

و في هذا المطلب سنتطرق للحديث عن مفهوم إعادة التفاوض من خلال تقسيمه إلى فرعين (الفرع الأول) التعريف بإعادة التفاوض، (الفرع الثاني) نطاق شرط إعادة التفاوض

الفرع الأول: التعريف بإعادة التفاوض

وسنأتي من خلال هذا العنصر على بيان وكشف معنى إعادة التفاوض في كل من الفقه الإسلامي والقانوني وكذا في القانون الدولي.

أولاً: في الفقه الإسلامي

إذا كان التفاوض يعني إجراء مشاورات ومناقشات بين الدول من أجل تحقيق نتيجة مشتركة يتفق عليها حماورو الجانبين، فيمكن العثور على هذا المعنى من خلال تبع سيرة النبي ﷺ وأصحابه من بعده. بدلاً من ذلك، إذا نظرت عن كثب، إحدى وسائل نقل دعوة الإسلام إلى الآخر بالحكمة والوعظ.

ومن الأمثلة الدالة على ذلك ما يأتي:

١- المفاوضات التي جرت بين موسى وأخيه عليهما السلام مع فرعون، يقول الله تعالى: ﴿فَاتَّا فِرْعَوْنَ
فَقُوَّلَّا إِنَّا رَسُولُ رَبِّ الْعَالَمِينَ ﴾١٦﴾ قَالَ أَلَمْ نُرِّبَكَ فِينَا وَلَيَشَّتَ فِينَا مِنْ عُمُرِكَ
سِنِينَ ﴾١٧﴾ وَفَعَلْتَ فَعَلَّتَ أُلَّتِي فَعَلْتَ وَأَنْتَ مِنَ الْكَفَّارِينَ ﴾١٨﴾ قَالَ فَعَلْنَاهَا إِذَا وَأَنَا مِنَ الْأَصْحَالِينَ
فَقَرَرْتُ مِنْكُمْ لَمَّا خَفْتُكُمْ فَوَهَبَ لِي رَبِّي حُكْمًا وَجَعَلَنِي مِنَ الْمُرْسَلِينَ ﴾١٩﴾ وَقِلَّكَ نِعْمَةٌ تَعْنَهَا عَلَيَّ أَنْ عَبَدَتَ
بَنَيَّ إِسْرَائِيلَ ﴾٢٠﴾ قَالَ فِرْعَوْنُ وَمَارِبُ الْعَالَمِينَ ﴾٢١﴾ قَالَ رَبُّ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا بَيْنَهُمَا إِنْ كُنْتُ مُوقِنِينَ ﴾٢٢﴾
قَالَ لِمَنْ حَوْلَهُ أَلَا تَسْمَعُونَ ﴾٢٣﴾ قَالَ رَبُّكُمْ وَرَبُّ أَبَابِكُمُ الْأَوَّلِينَ ﴾٢٤﴾ قَالَ إِنَّ رَسُولَكُمُ الَّذِي أُرْسِلَ إِلَيْكُمْ لِمَجْنُونٌ
قَالَ رَبُّ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَمَا بَيْنَهُمَا إِنْ كُنْتُمْ تَعْقَلُونَ ﴾٢٥﴾ قَالَ لِئِنِّي أَنْخَذْتَ إِلَيْهَا غَيْرِي لَأَجْعَلَنَّكَ مِنَ
الْمَسْجُونِينَ ﴾٢٦﴾ قَالَ أَوْلَوْ جِنْتُكَ يُشَيِّعُ مُّبِينٍ ﴾٢٧﴾ قَالَ فَأَتَ يَهُهُ إِنْ كُنْتَ مِنَ الصَّدِيقِينَ ﴾٢٨﴾ فَالْقَنِ عَصَاهُ
فَإِذَا هِيَ ثَبَانٌ مُّبِينٌ ﴾٢٩﴾ وَنَزَعَ يَدُهُ فَإِذَا هِيَ بِضَاءٍ لِلنَّاظِرِينَ ﴾٣٠﴾ .⁽¹⁾

تشير هذه الآيات إلى أن الله تعالى أمر نبيه موسى عليه السلام بالذهاب إلى فرعون وقومه لدعوتهم إلى الإسلام. من خلال هذا، تم إقامة الحجة على فرعون بواسطة البيان العقلي والمنطقي. ولم يكن ذلك ليتحقق لو لا الحوار والتفاوض الذي جرى بين الطرفين بالشكل الذي رواه الله لنا في القرآن.

⁽¹⁾ سورة الشعرا، الآيات (16-33).

2- ومن المفاوضات القائمة على الحوار والمناظرة ما دار بين إبراهيم عليه السلام وبين أبيه وقومه،

يدعوهم فيها إلى الإسلام، قال تعالى: ﴿ وَأَنْلَأَ عَلَيْهِمْ نَبَأَ إِبْرَاهِيمَ ٦٦ إِذْ قَالَ لِأَبِيهِ وَقَوْمِهِ مَا تَعْبُدُونَ ٦٧ قَالُوا نَعْبُدُ أَصْنَامًا فَنَظَلَ لَهَا عَنِّكِفَيْنَ ٦٨ قَالَ هَلْ يَسْمَعُونَكُمْ إِذْ تَدْعُونَ ٦٩ أَوْ يَنْفَعُونَكُمْ أَوْ يَضْرُونَ ٧٠ قَالُوا بَلْ ٧١ وَجَدْنَا إِبَّانَاهَا كَذَلِكَ يَفْعَلُونَ ٧٤ قَالَ أَفَرَئِي تَمَّ مَا كُنْتُمْ تَعْبُدُونَ ٧٥ أَنْتُمْ وَإِبَّانُوكُمُ الْأَقْرَبُونَ ٧٦ فِيْهِمْ عَدُوٌّ لِيٰ ٧٧ إِلَّا رَبُّ الْعَالَمِينَ ٧٧﴾⁽¹⁾.

ونرى في هذه الآية أن إبراهيم عليه السلام يقنع الناس عن طريق الأسئلة والأجوبة حتى يصل إلى نتيجة مفادها أن شرك القوم باطل، وفي هذه الآية الكريمة نجد أن إبراهيم عليه السلام يقنع الناس عن طريق الأسئلة والأجوبة.

-يعتبر صلح الحديبية نموذجًا للسلام، حيث تم الاتفاق عليه بين المسلمين بقيادة الرسول الكريم محمد ﷺ وزعماء قريش في السنة السادسة للهجرة. جاء ذلك بعد أن توجه النبي ومعه نحو ألف وأربعين مائة من أصحابه إلى مكة لأداء العمرة، وليس للقتال. في البداية، رفض زعماء قريش السماح لهم بدخول مكة واستعدوا لمواجهتهم. لكن الرسول ﷺ اتخذ خطوات حكيمة لمنع تصعيد الأمور نحو الحرب، حيث أرسل خواش بن أمية الخزاعي إلى قريش للتفاوض. ومع ذلك، استمر رفضهم لدخول المسلمين مكة. بعد ذلك، أوضح الرسول الكريم محمد ﷺ أهداف المسلمين من الزيارة، وأرسل عثمان بن عفان رضي الله عنه لتعزيز الحوار مع زعماء مكة. وفيما بعد، أرسل زعماء قريش سهيل بن عمرو للتفاوض مع الرسول ﷺ، الذي اعتذر عن تصرفات بعض زعماء قريش المتشددين، مما أدى إلى إبرام الصلح⁽²⁾. ومن الأمثلة الأخرى على ذلك، المفاوضات التي جرت في العصر الذهبي بين عمرو بن العاص والمقوص خلال الفتح العربي لمصر، والتي انتهت بقبول المقوص لشروط الصلح⁽³⁾.

وقد عرفه الفقهاء المعاصرین بأنه: "اتفاق بين المتعاقدين على إمكانية إعادة النظر في شروط العقد،

⁽¹⁾-سورة الشعراء، (69-77).

⁽²⁾-هاشم يحيى الملح، الوسيع في السيرة النبوية والخلافة الراشدة، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، الموصل، 2005، ص 285-293.

⁽³⁾-محمد طلعت الغنيمي، أحكام المعاهدات في الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، دار المعرفة بالإسكندرية، 2009، ص 68.

وذلك لتعديلها حفاظاً على التوازن الاقتصادي للعقد في ظل الحوادث والظروف⁽¹⁾.

ثانياً: التعريف القانوني لإعادة التفاوض

يعرف البعض: إعادة التفاوض بأنه تضمين العقد شرطاً يحدده الطرفان في العقد نفسه أو في بند منفصل من بنود العقد، يتفق الطرفان بموجبه على إعادة التفاوض على العقد بينهما في حالة وقوع حدث من شأنه أن يخل بتوافق العقد ويلحق ضرراً مادياً بأحد الطرفين المتعاقدين⁽²⁾.

كما ينظر البعض في إعادة التفاوض عليه: "عندما يحدث حدث ذي طبيعة معينة، احتواه طفا العقد وحدده طفا العقد، فإن الشروط التي حددها طفا العقد، سواء كانت نفس الشروط الواردة في العقد أو عقداً منفصلاً، لا تكون طبيعته في رصيد العقد ولا تؤثر على طرف من أطراف التعاقد"⁽³⁾.

وتعتبر المفاوضات أيضاً ب أنها تبادل وجهات النظر بين البلدين المتعارضين لإيجاد حل سلمي للصراع من خلال تواافق الآراء والتوصل إلى حل مرض بإرادتهما⁽⁴⁾.

عرفه علي صادق أبو هيف بأنه تبادل وجهات النظر بين دولتين متعارضتين، بهدف التوصل إلى حل للصراع القائم بينهما⁽⁵⁾.

ثالثاً: إعادة التفاوض في القانون الدولي

تعكس المفاوضات عملية تبادل الآراء بين الأطراف الدولية التي تسعى إلى إبرام المعاهدات أو حل النزاعات أو اتخاذ مواقف معينة أو الاتفاق على تنفيذ أعمال أو تقديم مطالب. يمكن أن تتناول هذه المفاوضات مواضيع متنوعة، سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو عسكرية أو ثقافية أو تنظيمية، أو غيرها من القضايا التي تهم الأطراف المعنية. يتم خلالها تبادل وجهات النظر بين ممثلي الدول أو المنظمات، سواء

⁽¹⁾- وهبة الرحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ج 4، ط 3، 1989، ص 248.

⁽²⁾- رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، مرجع سابق، ص 06.

⁽³⁾- شريف محمد غنام شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 240.

⁽⁴⁾- محمد صالح سفر، منظمة الأمم المتحدة(حلفيات النشأة والمبادئ)، دار الفتح للنشر والتوزيع، قطر، 1997، ص 15.

⁽⁵⁾- محمد حافظ غانم، دراسة لأحكام القانون الدولي فيما يتعلق بالمعاهدات وتطبيقاتها في الوطن العربي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967، ص 65.

كان ذلك عبر حوار الشفهي أو الوثائق المكتوبة المتعلقة بهذه المواجهة⁽¹⁾.

هذا المفهوم يشير إلى المفاوضات في السياق العام للقانون الدولي وال العلاقات الدولية ضمن المجتمع الدولي. ومع ذلك، عندما يتم النظر إلى المفاوضات كأداة سياسية لحل النزاعات وتحديد المسؤوليات، نجد أن علماء القانون الدولي قد قدموا لها تعريفاً فنياً دقيقاً. حيث تركزت معظم تعريفاتهم لإعادة التفاوض على اعتباره وسيلة لتسوية النزاعات الدولية من خلال تبادل الآراء بين دولتين متنازعتين بهدف الوصول إلى حل للنزاع القائم بينهما⁽²⁾.

يتضح من هذا التعريف أن المفاوضات تُعقد بين الدول المتنازعة دون الحاجة لتدخل أطراف خارجية، حيث تتم بشكل مباشر بين الأطراف المعنية. كما أنها تمثل خطوة أولى تسبق جميع وسائل التسوية الأخرى، مما يميزها عن الوسائل الأخرى.

تعتبر المفاوضات الوسيلة الطبيعية وال مباشرة لحل الخلافات الدولية، ويمكن أن تُجرى في الوقت نفسه مع أي وسيلة تسوية أخرى. وغالباً ما تكون المفاوضات بمثابة تمهد للتوصيل إلى اتفاق بشأن الوسيلة المناسبة التي سيتم استخدامها لإنهاء النزاع⁽³⁾.

عند التدقيق في التعريف السابق، يتضح ما يلي:

إن شرط إعادة التفاوض يعد شرطاً اتفاقياً، حيث يعتمد محتواه على ما يتفق عليه الأطراف في العقد. لذا، يتم عادةً تنظيم هذا الشرط بشكل مفصل، بحيث يوضح الأطراف فهمهم له، والأحداث التي قد تواجههم، وتأثيرها على العقد، بالإضافة إلى الحلول التي سيلجأ إليها الأطراف في حال حدوث تلك الأحداث⁽⁴⁾.

ومن خلال جملة التعريف التي أوردناها حول شرط إعادة التفاوض يمكننا القول بأنه: "يعد بندًا هاماً يدرج في العقد بحيث يسمح للأطراف المتعاقدة بإعادة النظر في شروط العقد وتعديلها وفق ما يتحقق مبدأ

⁽¹⁾-صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، الطبعة 11، 2020، ص 181.

⁽²⁾-محسن أفكيرين، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2005، ص 621.

⁽³⁾-إبراهيم محمد العناني، القانون الدولي العام، دار الفكر العربي، القاهرة، 1990، ص 854.

⁽⁴⁾-جاد الله عبد الحفيظ عوض، الشروط التجارية الدولية المعقولة من قبل غرفة التجارة الدولية، دار الثورة للطباعة والنشر، بنغازي، 1996، ص 53.

الحفاظ عليه وتحقيق التوازن الاقتصادي للعقد حفاظاً على مصالح الأطراف".

الفرع الثاني: نطاق شرط إعادة التفاوض

يشير نطاق شرط إعادة التفاوض إلى الأحداث التي يشملها هذا الشرط لمواجهة التأثيرات الناجمة عنها على العقد. ومن خلال التدقيق في الشروط التعاقدية المتعلقة بشرط إعادة التفاوض، يتضح أن هناك شروطًا معينة يجب أن تتوفر في الحدث ليكون من الممكن تطبيق هذا الشرط وتفعيل الأحكام المرتبطة به. بعبارة أخرى، يمتد نطاق شرط إعادة التفاوض ليشمل الأحداث التي تتوافر فيها هذه الشروط فقط. وفي الواقع، تتجلى هذه الشروط بشكل عام في استقلال الحدث عن إرادة المدين، وعدم إمكانية توقعه، وعدم القدرة على دفعه أو تجنب نتائجه السلبية.

أولاً: استقلال الحدث عن إرادة المدين:

يُطلق على هذا الشرط في بعض جوانب الفقه مصطلح "الخارجية"، مما يعني أن الحدث يجب أن يكون خارج إرادة المدين. فمن غير المنطقي أن يستفيد المدين من تغير ظروف العقد للتمسك بأحكام شرط إعادة التفاوض بجذب تعديل العقد، في الوقت الذي يكون فيه سبب هذا التغيير ناتجاً عن فعل المدين نفسه. ولا شك أن هذا الشرط يهدف إلى حماية المتعاقدين من تدخل الطرف الآخر ذي النية السيئة في إحداث التغيير بشكل مباشر أو غير مباشر⁽¹⁾.

ورغم الأهمية الواضحة لهذا الشرط، إلا أنه تعرض للإنكار من قبل بعض الفقهاء من ناحيتين. من جهة يُستبعد بعض الفقهاء وجود هذا الشرط ضمن شروط الحدث الذي يواجه شرط إعادة التفاوض، ويكتفون بشرط عدم التوقع واستحالة الدفع⁽²⁾. ومن جهة أخرى، يرى بعض الفقهاء أن هذا الشرط غير محدد وغير منضبط، ويجب أن يتداخل مع شرطي عدم التوقع واستحالة الدفع، حيث إذا التزم المدين بالعنایة والحيطة في التوقع، وبذل قصارى جهده للتغلب على الحدث ودفعه، فإنه يثبت أنه لم يرتكب أي خطأ وأن الحدث خارج عن إرادته. كما تكتفي بعض قرارات التحكيم التجاري الدولي بالشروطين المذكورين

⁽¹⁾- بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل العقدية في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2001، ص 97.

⁽²⁾- محمد شتا أبو السعد، مفهوم القوة القاهرة، مجلة مصر المعاصرة، العددان 393-394، السنة 74، القاهرة، 1983، ص 191.

في الحدث الذي يواجه شرط إعادة التفاوض⁽¹⁾.

إن الانتقادات المذكورة لم تؤثر على أهمية الشرط في تشكيل الحدث الذي يتطلب إعادة التفاوض. إذ يعتبر معظم الفقهاء أن هذا الشرط أساسي وضروري في هذا السياق، ولا يوجد خلاف حول أهميته، خاصة في عقود التجارة الدولية. من خلال تحليل الشروط التعاقدية، يمكننا أن نستنتج حقيقة ثابتة مفادها أن أي تغيير في الظروف المحيطة بتنفيذ العقد يجب ألا يُعزى إلى إرادة المدين، بل يجب أن يكون خارجاً عن إرادته تماماً⁽²⁾.

ثانياً: عدم امكانية التوقع

يعد توقع الحدث أو عدم توقعه الفيصل في تحديد قدرة المتعاقد على تحاشي وقوع الحدث من خلال الاستعداد السابق لمواجهته إذا كان يتوقعه أو عدم قدرته على ذلك إذا لم يكن يتوقع الحدث.

إنها مسألة فقهية للاعتقاد بأن تحديد توافر ظروف عدم القدرة على التنبؤ يجب أن يكون وفقاً للاحتمال الخطير لحدوث الأحداث. الاحتمال الخطير لحدوث حدث يعني أن هناك فرصة معقولة وحقيقية تسمح لك بالقول إن الحدث سيحدث. بمعنى آخر⁽³⁾، من أجل القضاء على ميزة عدم القدرة على التنبؤ، يجب أن يكون الاحتمال الخطير لحدوث الحدث مرتفعاً. وهكذا، يرفض الفقه فقط الاحتمالات الغامضة أو غير الواضحة لحدوث الأحداث.

تأخذ هيئة التحكيم في الاعتبار معايير الاحتمالات الكبيرة في قياس مدى توافر متطلبات عدم القدرة على التنبؤ. في أحد القرارات، حددت هيئة التحكيم، بالنظر في النزاع، عدم التوقع على النحو التالي: (عدم التوقع يعني أنه في لحظة وقوع الحدث، لا يوجد سبب خاص للإشارة إلى حدوثه)⁽⁴⁾.

⁽¹⁾-قرار التحكيم الصادر في القضية رقم 214 لسنة 1974، منشور في مجموعة احكام مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة، 2002، ص 122.

⁽²⁾-محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح، نموذج من عقود التنمية، محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا، 1982-1983، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص 89.

⁽³⁾-عادل جري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2003، ص 397.

⁽⁴⁾-عبد الحكيم فودة، اثر الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الاعمال القانونية، ط 1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998، ص 397.

ثالثاً: عدم امكانية دفع الحدث وتجنب نتائجه

من أجل تلبية شروط إعادة التفاوض، يجب ألا يكون المدين قادراً على دفع ثمن وقوع الحدث وتجنبه والتغلب على تأثيره السلبي غير المواتي حتى من خلال تقديم التضحيات والخسائر المادية. وإذا كان المدين قادراً على سداد الحدث أو تجنب عواقبه الضارة ولم يرغب في الامتثال لشرط إعادة التفاوض من أجل تغيير بعض شروط العقد، فإنه ينتهك مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، خاصة وأن هذا المبدأ مهم جداً في مجال التجارة الدولية، التي يعتمد الكثير منها على معايير أخلاقية تقوم على الشقة المتبادلة والتعاون وحسن النية بين الطرفين⁽¹⁾.

المطلب الثاني: مصير العقد التجاري الدولي خالل وبعد التفاوض

عندما يتم إبرام الاتفاق، سواء كان ضمنياً أو صريحاً، يتعين على الطرفين الالتزام بالتفاوض بهدف الوصول إلى اتفاق نهائي بشأن العقد المزعزع إبرامه. نظراً لأن عقود التجارة الدولية تتميز بتعقيدها، فإن هناك التزامات تقع على عاتق جميع الأطراف، وأولها الالتزام بالدخول في التفاوض⁽²⁾، وهو التزام يتطلب تحقيق نتيجة. يتوجب على الأطراف البدء في مناقشة شروط العقد على الفور أو الحضور إلى مائدة المفاوضات في الموعد المتفق عليه لبدء التفاوض، وغالباً ما يتم تحديد هذا الموعد بشكل صريح بين الطرفين.

في هذا المطلب سنتحدث عن مصير العقد التجاري الدولي خالل وبعد التفاوض من خلال تقسيمه إلى فرعين: (الفرع الأول) مصير العقد خالل مرحلة التفاوض، (الفرع الثاني) مصير العقد بعد المفاوضات.

الفرع الأول: خالل مرحلة التفاوض

توجد مبادئ أساسية ينبغي أخذها بعين الاعتبار عند الشروع في إعادة المفاوضات بين الأطراف المعنية، بهدف تحقيق أفضل الشروط والنتائج. الغاية التي يسعى الطرفان لتحقيقها هي الالتزام بكافة التزاماتهما دون أي إخلال.

⁽¹⁾- عبد الحليم عبد اللطيف القوين، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات القانونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 198.

⁽²⁾- رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد بدراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 417.

أولاً: الالتزام بالتفاوض بحسن النية في العقود التجارية الدولية

الالتزام بالتفاوض بحسن نية ينطلق من اتفاق التفاوض، وهو بالتالي التزام إرادي يفرضه الاتفاق بين الأطراف المعنية. وقد عُرف في بعض جوانب الفقه بأنه "التعامل بصدق واستقامة مع الطرف الآخر، بحيث تبقى ممارسة الحق ضمن الغرض المفید الذي من أجله تم التفاوض، دون أن تضر بالطرف الآخر"⁽¹⁾. كما عُرف في جوانب أخرى بأنه الأمانة في الأفعال والالتزام بالمعايير التجارية المعقولة المتعلقة بالتعامل النزيه⁽²⁾. يظهر مبدأ حسن النية من خلال نوعين من السلوكيات: الأول سلبي، حيث يتطلب عدم الغش أو الخداع أو استغلال ضعف الطرف الآخر، والثاني إيجابي، حيث يتطلب على الأطراف الالتزام بالإفصاح عن المعلومات الضرورية في التعاقد لضمان أن يكون القبول مبنياً على أساس سليم⁽³⁾.

تفتقر معظم التشريعات المدنية إلى النص على الالتزام بالتفاوض بحسن نية بين الأطراف أثناء التفاوض على العقود التجارية الدولية. بدلاً من ذلك، اعتمدت على مبدأ عام ينص على ضرورة حسن النية في تنفيذ العقود وليس في إبرامها. وقد أشار المشرع الجزائري إلى هذا الالتزام في المادة 107 من القانون المدني الجزائري، حيث تنص الفقرة الأولى على أنه "يجب تنفيذ العقد وفقاً لما يتضمنه وبحسن نية"⁽⁴⁾.

أشارت المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الشهير بتاريخ 24 أكتوبر 1999 إلى أنه من المتعارف عليه قانونياً أن العقد يجب أن ينفذ وفقاً لما يتضمنه وبحسن نية. ومع ذلك، إذا حدثت ظروف استثنائية عامة لم يكن بالإمكان توقعها، فإنه يجوز للقاضي، بناءً على الظروف ومراعاة مصلحة الطرفين، أن يخفف الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويعتبر أي اتفاق يتعارض مع ذلك باطلاً⁽⁵⁾.

⁽¹⁾-علي أحمد صالح، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، دار هومة الجزائر، 2012 ص.391.

⁽²⁾- ذكرى مد حسین، استبراق محمد حمزة، التزامات الأطراف المتفاوضة في عقود التجارة الدولية، مجلة الحق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد، 2 السنة السادسة، جامعة بابل للعلوم القانونية، العراق، 2014، ص 2.

⁽³⁾- أحمد السيد البهبي الشوبيري، التفاوض التعاقدی في إطار القانون وثریه في الالتزام، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بدمشق، العدد الرابع، الجزء الأول، 2019، ص 13.

⁽⁴⁾- المادة 150 من القانون المدني المصري، المادة 243 من القانون المدني العراقي، المادة 1134 من القانون المدني التونسي.

⁽⁵⁾-قرار الغرفة المدنية المحكمة العليا الجزائرية المؤرخ في، 24/10/1999 ملف رقم 191705، المجلة القضائية الصادرة في 1999، العدد 02، ص 95.

تعتبر الفقرة من المادة الثانية من مجموعة المبادئ العامة للعقود التجارية الدولية دليلاً على غياب حسن النية في بداية التفاوض، حيث تنص على أنه "يعتبر الطرف سيء النية، خصوصاً إذا بدأ أو استمر في المفاوضات وهو يعلم أنه لا يعتزم الوصول إلى اتفاق".

أما بالنسبة لطبيعة الالتزام بالتفاوض بحسن نية، فهو التزام يهدف إلى تحقيق نتيجة معينة وليس مجرد بذل جهد، ويطلب من الأطراف اتباع سلوكيات مألفة وعادية بعيداً عن أي غش أو خداع⁽¹⁾.

استناداً إلى الالتزام بمبدأ حسن النية خلال مرحلة التفاوض، يتعهد الطرفان بالحفاظ على الأسرار التي يتعرفان عليها أثناء هذه العملية. فمن المحتمل أن يكتشف كل طرف مجموعة من المعلومات الحساسة المتعلقة به، خاصة فيما يتعلق بقدراتهما المالية، ومصادر الحصول على المواد الأولية، وأسواق تصرف الإنتاج، والآليات المتبعة في ذلك. ولا شك أن اطلاع أي طرف ثالث على هذه الأسرار قد يتسبب في ضرر للطرف الآخر. بالإضافة إلى ذلك، فإن استغلال أحد الطرفين لتلك الأسرار لمصلحته الشخصية دون الحصول على موافقة الطرف الآخر يعتبر أيضاً خرقاً لالتزام السرية⁽²⁾.

لذا، لا يمكن اعتبار مجرد التراجع عن إتمام المفاوضات خطأ في حد ذاته. بل يجب إثبات الخطأ من خلال وقائع أخرى مرتبطة بهذا التراجع، والتي توفر فيها عناصر الخطأ الالزمة لقيام المسؤولية.

ثانياً: الالتزامات المتفرعة عن الالتزام بحسن النية أثناء التفاوض خلال عقود التجارة الدولية

إن تنفيذ الالتزام بالتفاوض وفقاً لمبادئ حسن النية يتطلب وجود التزامات إضافية تنبثق عنه، حتى وإن لم يتم ذكرها بشكل صريح في العقد. ومن أبرز هذه الالتزامات التي تترتب على اتفاق التفاوض هي: الالتزام بالإعلام والالتزام بالحفاظ على سرية المعلومات.

أ: الالتزام بالإعلام

الالتزام بالإعلام يعتبر واجباً ضمنياً يفرضه القضاء، حيث يتعين على الطرف المتعاقد الأكثر دراية في المجال أن يقوم بإبلاغ الطرف الآخر بكلفة البيانات والمعلومات الضرورية والتفاصيل المتعلقة بالعقد التجاري

¹ حمي بارود، المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ومضمون الالتزام بها، مبدأ حسن النية ومقتضياته-دراسة تأصيلية تحليلية-مقال منشور في الجامعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإنسانية، المجلد السادس عشر، يناير 2008، ص 25.

² على أحمد صالح، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 480.

الدولي، دون إخفاء أي شيء. يهدف هذا الالتزام إلى ضمان شفافية التفاوض عند إبرام العقد، مما يمكن الطرف الأضعف من اتخاذ قرار بشأن إبرام العقد أو الانسحاب منه إذا رغب في ذلك، ويعزز من حماية الثقة المشروعة في العقد⁽¹⁾.

لقد أقر المشرع الجزائري الالتزام بالإعلام قبل إبرام العقد بشكل صريح في عدة قوانين. حيث نصت المادة 15 من قانون التأمينات⁽²⁾ على أن "يتعين على المؤمن له أن يصرح عند إبرام العقد بجميع البيانات والظروف المعروفة لديه، وذلك ضمن استماراة تتيح للمؤمن تقدير المخاطر التي سيتولى تغطيتها". كما تنص المادة 4 من قانون حماية المستهلك المتعلق بالمارسات التجارية على أن "يتوجب على البائع إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وشروط البيع"⁽³⁾.

اعتبر المشرع الجزائري أن كتمان واقعة تؤثر في التعاقد يعد تدليسًا يحق للمدلس عليه بموجبه إبطال العقد. وتنص المادة 86 في فقرتها الثانية من القانون المدني على أنه "يعتبر تدليس السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه لم يكن ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة"⁽⁴⁾. ومن هنا، يرى الأستاذ بلحاج العربي في مرجعه السابق أن هذه المادة، التي اعتبرت السكوت العمدي عن واقعة تدليسية، تؤكد بشكل قاطع الالتزام بالإعلام سواء في مرحلة تكوين العقد أو في مرحلة تنفيذه.

لم يقتصر المشرع الجزائري على القواعد العامة التي تتطلب تحديد محل الالتزام، بل نص في المادة 352 من القانون المدني على ضرورة أن يكون لدى المشتري علم كافٍ بالمبيع. ولتحقيق هذا العلم، يجب أن يتضمن العقد بياناً كافياً للأوصاف الأساسية للمبيع⁵، أو أن يذكر في عقد البيع أن المشتري قد اطلع على المبيع. إذا كان المشتري قد حصل على هذا العلم من هاتين الطريقتين، فإن حقه في طلب إبطال بدعوى عدم العلم بالمبيع يسقط. ومع ذلك، يظل من الممكن طلب إبطال العقد في حال إخلال

⁽¹⁾-علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 199.

⁽²⁾-الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات، المؤرخ في، 25/01/1995 الجريدة الرسمية عدد، 23 الصادر بتاريخ 8 مارس 1995، المعدل بالقانون رقم 04/06، المؤرخ في 20/02/2006.

⁽³⁾-المادة 4 من القانون رقم 02/04 المتعلق بالمارسات التجارية المؤرخ في 23/06/2004 الجريدة الرسمية، عدد 41 المعدل والتمم بالقانون 10/06 المؤرخ في 15/08/2010 جريدة رسمية 46.

⁽⁴⁾-المادتين 125 من القانون المصري، والمادة 468 من القانون المدني العراقي.

⁽⁵⁾-ذهبية حامق، الالتزام بالإعلام في العقود، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008/2009، ص 119.

الشخص المحترف أو المهني بواجبه في إبلاغ الطرف الآخر.

تزايد أهمية الالتزام بالإعلام في الوقت الراهن نتيجة للتطور العلمي والتكنولوجي المستمر، الذي يزود الأسواق بمنتجات وسلع معددة في تركيبتها وطريقة استخدامها. بالإضافة إلى ذلك، فإن هذا التطور يحمل خاطر محتملة قد تترجم عن استخدام هذه المنتجات. كما ساهم في توسيع العلاقات الاقتصادية والمعرفية بين المنتجين والمصدرين من جهة، والمستوردين من جهة أخرى، مما يجعل من الضروري الدخول في علاقات تعاقدية لتحقيق التنمية⁽¹⁾.

يعهد المدين بتزويذ الدائن بجميع المعلومات التي تمكنه من إجراء المفاوضات ومن ثم إبرام العقد. وفقاً للرأي السائد في الفقه، فإن الالتزام بالإعلام يعتبر التزاماً ببذل العناية، دون أن يتحمل المدين مسؤولية تحقيق النتيجة المرجوة من هذا الالتزام. حيث يلزم المدين فقط بإبلاغ الدائن (المستورد) بكافة المعلومات والبيانات اللازمة. ويعتبر الالتزام بالإعلام التزاماً مفترضاً وجوده، دون الحاجة إلى نص صريح في العقد، كما أن الإخلال به يستدعي المسؤولية⁽²⁾.

يعتبر جانب من الآراء الفقهية أنه يجب على كل مفاوض في العقد التجاري الدولي أن يقدم للمفاوض الآخر جميع المعلومات الأساسية المتعلقة بالعقد الذي يعتزم إبرامه في المستقبل. فإذا امتنع المفاوض الراغب في التعاقد عن تزويذ الطرف الآخر بالمعلومات اللازمة، فإنه يكون قد ارتكب مناورات تدليسية. وفي حال إخلال المفاوض بالتزامه بالإعلام، فإن ذلك قد يؤدي إلى إبطال العقد مع إمكانية المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة⁽³⁾.

رأى الرأي الثاني من الفقه أن الالتزام بالإعلام يعتبر التزاماً مستقلاً بحد ذاته، وهو وسيلة قانونية تعزز الثقة المشروعة في العلاقات التعاقدية، وليس مجرد التزام تابع للعقد. ويعتبر استقلال هذا الالتزام ضرورياً لمنع

⁽¹⁾-بوطالة معمر، الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات على عقد التجاري الدولي، مقال منشور في مجلة العلوم الإنسانية، عدد 46، سنة 2016، المجلد ب، ص 393-406.

⁽²⁾-حمدي أحمد سعد، الإلتزامات بالإضافة الصفة الخطيرة للشيء المبيع، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي والفقه الإسلامي، المكتب الفني للإصدارات القانونية، دون بلد النشر، 1999، ص 44-45.

⁽³⁾-أحمد عبد الكريم سلام، قانون العقد الدولي-مفاوضات العقود الدولية- دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 2008، ص 280.

القضاء سلطة تقديرية لتحقيق التوازن العقدي بعد إبرام العقد⁽¹⁾.

ذهب الرأي الثالث إلى أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يستند إلى مبدأ حسن النية، الذي يعتبر المصدر والأساس لكل مفاوض يسعى لإبرام العقود التجارية الدولية. يتعين على المفاوض تقسم المعلومات الضوروية التي يمتلكها، طالما أن هذه المعلومات غير معروفة للطرف الآخر. فحسن النية يتطلب إجراء المفاوضات بشرف وأمانة، وبالتالي يعتبر كتمان المعلومات الجوهرية إخلالاً بمبدأ حسن النية، حيث إن الطرف الذي يحتفظ بهذه المعلومات يعلم تماماً أنها ذات أهمية، وأن الطرف الآخر لو كان على علم بما أقدم على إبرام العقد⁽²⁾.

حظي هذا الاتجاه الثالث بدعم واسع في مجال الفقه والقضاء، حيث يعتبر كتمان المعلومات المتعلقة بالتعاقد وعدم الإفصاح عنها للطرف الآخر بمثابة غش وإخلال بمبدأ حسن النية، حتى وإن لم ينص على ذلك بشكل صريح في اتفاق التفاوض⁽³⁾. ويفهم أن حسن النية في التفاوض يتطلب الالتزام بعدها واجبات، من بينها الالتزام بالإعلام.

ومع ذلك، تم انتقاد هذا الرأي بناءً على أن الالتزام بالإعلام له شروطه الخاصة، والتي تتعلق بمعرفة المفاوض بالمعلومات وأهميتها للتعاقد، وجهل المفاوض الآخر بالبيانات والمعلومات الضوروية. هذه الشروط تختلف عن شروط التدليس، ولا يمكن أن يكون لهذا الالتزام أكثر من أساس واحد. ييدو ذلك منطقياً، لأن تغيير الأساس يؤدي إلى تغيير جوهر الالتزام نفسه. بالإضافة إلى ذلك، فإن فصل الالتزام بالإعلام عن الالتزام بحسن النية يقلل من أهمية هذا الالتزام في ظل التطور التقني والتعقيد التكنولوجي، مما يستدعي من البائع التدخل في شؤون المشتري لمساعدته في اختيار المبيع الذي يناسبه ويحقق رغباته في العملية العقدية⁽⁴⁾.

⁽¹⁾- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 438.

⁽²⁾- ذكرى محمد حسين، استيراق محمد حمزة، مرجع سابق، ص 19.

⁽³⁾- العربي بلحاج، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في القانون المدني الجزائري – دراسة مقارنة – دار وائل للنشر، عمان، 2010، ص 110.

⁽⁴⁾- بمعزة بارة نبيهة، الالتزامات التي تحكم المفاوضات في عقود التجارة الدولية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية – المجلد 06 – العدد 02 – ديسمبر 2021، ص 2474.

يمكن القول إنه يوجد التزام يقع على عاتق الطرف الآخر في المفاوضات، وذلك مقابل الالتزام بالإعلام، وهو الالتزام بالاستعلام. كما يلاحظ أن الالتزام بالإعلام ينتهي عندما يبدأ الالتزام بالاستعلام⁽¹⁾.

ب: الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات أثناء التفاوض في العقود الدولية

لا تعني السرية أن تكون المفاوضات غير علنية، بل تشير إلى المعلومات التي يمكن المفاوض من الإطلاع عليها خلال هذه المفاوضات. وبالتالي، يفرض على المفاوض الحفاظ على سرية كل ما يتوصل إليه من معلومات أو يكتشفه أثناء سير المفاوضات، بالإضافة إلى ما يتم تبادله من مستندات وما يُناقشه بين الأطراف من قضايا تتعلق بإبرام العقد⁽²⁾.

تحلى سرية المعلومات المتعلقة بعقود نقل التقنية أو التكنولوجيا في وجود جزء سري يسعى الطرف الآخر للحصول عليه، مما يشكل خطراً كبيراً، خاصةً إذا كانت الصفقة تتعلق بالتكنولوجيا. يكمن السر في جوانب متعددة مثل المنتج نفسه، تصميم آلة أو جهاز، طرق الاستخدام، أو أساليب التعبئة والتبريد، وغيرها من أسرار الصناعة⁽³⁾. يتطلب هذا الالتزام من المفاوض الذي اطلع على هذه المعلومات الامتناع عن إفشاءها للغير أو الاستفادة منها أو استغلالها لمصلحته، إذا كان ذلك قد يسبب ضرراً للطرف الآخر الذي ترتبط به هذه المعلومات⁽⁴⁾.

تعتبر الضمانات المتعلقة بحفظ السرية من الأمور الأساسية، ومن أبرزها التعهد الأدي الذي يتزم بموجبه المفاوض المتلقى بالحافظ على سرية المعلومات التي يحصل عليها خلال عملية التفاوض على العقد التجاري الدولي. يتعهد المفاوض بعدم استخدام هذه المعلومات، سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، في حال فشلت المفاوضات. يستند هذا التعهد إلى الثقة المتبادلة بين الأطراف، والتي قد تتبع من تعاملات سابقة أو من سمعة المفاوض في الأسواق العالمية. يمكن أن يتجسد هذا التعهد في إقرار كتابي يوقعه المستورد، حيث إذا كان جاداً في الحصول على المعلومات، فلن يتزدّ في التوقيع على هذا التعهد، لأن عدم

⁽¹⁾-أبو العلاء علي النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 190.

⁽²⁾-العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 74.

⁽³⁾-قرار محكمة النقض المصرية، المؤرخ في 9 فبراير 1967 بمجموعة أحكام النقض السنة 18 رقم 52 ص، 335.

⁽⁴⁾-أحمد عبد الكريم سلام، مرجع سابق، ص 596.

التوقيع قد يعني فشل المفاوضات بالنسبة له⁽¹⁾. وفي حال خالف المستورد تعهده بعدم إفشاء أسرار المعلومات المقدمة من المورد، فإن العقوبة ستكون الحكم بالتعويض.

من بين الضمانات المقترحة في هذا السياق، إذا لم يكن المورد مطمئناً للإجراءات السابقة، يمكنه أن يطلب من المستورد تقديم كفالة مالية لضمان سرية المعلومات. وذلك لأن المورد يسعى لحماية مصالحه من تسرب المعلومات الفنية دون مقابل. ويمكن خصم مبلغ الكفالة من الثمن المتفق عليه بعد إبرام العقد، وتكون هذه الضمانة مناسبة في الحالات التي لا يوجد فيها تعامل سابق بين المورد والمستورد⁽²⁾.

أكّد المشرع الجزائري على أهمية حماية البيانات وأسرار المعرفة الفنية والمالية، بالإضافة إلى أسرار الأعمال والمهارات والخبرات التقنية. حيث ينص القانون على أن أي شخص يخل بهذا الالتزام يتعرض لعقوبة جزائية وفقاً للمادة 302 من قانون العقوبات، والتي تتضمن عقوبة الحبس لمدة تتراوح بين ثلاثة أشهر وستين، بالإضافة إلى غرامة مالية تتراوح بين 20,000 دج و100,000 دج⁽³⁾. ويشمل ذلك الأفراد الذين يقومون بإفشاء أسرار المؤسسة لأشخاص جزائريين مقيمين في الجزائر، أو الذين يمتنعون عن استغلال هذه الأسرار دون الحصول على ترخيص مسبق من صاحبها.

فيما يتعلق بموقف الاتفاقيات الدولية من الالتزام بالحفظ على سرية المعلومات في مفاوضات عقود التجارة الدولية، فقد أكدت مجموعة مبادئ عقود التجارة الدولية لعام 1994 على أهمية الالتزام بالحفظ على سرية المعلومات التي يتم تبادلها خلال المفاوضات. حيث نصت المادة 2 من البند 16 على أن الطرف الذي يتلقى معلومات سرية من الطرف الآخر أثناء المفاوضات، سواء تم إبرام العقد أم لا، ملزم بعدم إفشاء تلك المعلومات أو استخدامها لأغراض شخصية غير مشروعة⁽⁴⁾.

يجب الالتزام بالحفظ على أسرار المفاوضات طالما أن التفاوض مستمر. ويتعين على الأطراف تحديد فترة زمنية للالتزام السرية من خلال اتفاق يتم توقيعه بين الأطراف المتفاوضة خلال فترة المفاوضات⁽⁵⁾.

⁽¹⁾-حمدي بارود، مرجع سابق، ص 18.

⁽²⁾-محسن شفيق، عقود نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مرجع سابق، ص 63-64.

⁽³⁾-المادة 302 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل والتمم.

⁽⁴⁾-بومعزة بارة نبيه، مرجع سابق، ص 2476-2477.

⁽⁵⁾-أبو العلا علي النمر، مرجع سابق، ص 110.

الفرع الثاني: بعد المفاوضات

تنتهي مفاوضات عقود التجارة الدولية بأحد الأمور التالية:

أ- انتهاء المدة المحددة للمفاوضات:

إذا اتفق طرفا المفاوضات على أن تكون المدة سنة واحدة، ولم يتم التوصل إلى اتفاق بشأن إبرام العقد خلال هذه السنة، فإن انتهاء هذه المدة -أي السنة- يؤدي تلقائياً إلى إنهاء المفاوضات بين الطرفين، لأن ما كان محدداً بغاية معينة ينتهي بانتهاء تلك الغاية¹.

ب- إبرام العقد الذي أنشئت المفاوضات للتحاور بشأنه

إذا اتفق الطرفان على إبرام العقد، فإن ذلك يعني انتهاء المفاوضات، حيث تعتبر هذه المفاوضات مرحلة تمهيدية للعقد. وعندما يتم إبرام العقد، تنتهي المفاوضات بشكل نهائي⁽²⁾.

ج- قطع المفاوضات من الطرفين وعدولهما عن إبرام العقد

إذا اتفق الطرفان على إنهاء المفاوضات لأنهما أدركا أن العقد المقترن لا يخدم مصالحهما، أو أن فائدته ضئيلة، أو بسبب تضارب المصالح بينهما بشكل يجعل التوافق مستحيلاً، فإن المفاوضات تنتهي باتفاقهما على إنهائها. وذلك لأن لكل طرف حق عدم الدخول في العقد، ومتى لم يتم إصدار الإيجاب والقبول، فإن كل طرف يكون في حرية من التزاماته تجاه الآخر⁽³⁾.

إن إخلال أحد أطراف المفاوضات بالتزاماته يؤدي إلى فرض جزاء، إلا أن هذا الجزاء يختلف بناءً على نوع المسؤولية، سواء كانت عقدية أو تقصيرية. في إطار نظرية المسؤولية العقدية، يتمثل الجزاء في ضرورة تنفيذ الالتزام متى توفرت شروطه. حيث يتعين على المدين أداء ما التزم به بشكل عين، وتمثل هذه

⁽¹⁾- محمد حسين عبد العال التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عمليات التجارة الدولية، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 1998، ص 224.

⁽²⁾- محمد صديق محمد عبد الله، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 13، العدد 49، 2016، ص 234.

⁽³⁾-أحمد بن فهد بن حميم، مفاوضات عقود التجارة الدولية، دراسة فقهية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد 38، 2017، ص 410.

الشروط في إمكانية التنفيذ العيني، وعدم وجود إرهاق للمدين في هذا التنفيذ، بالإضافة إلى ضرورة طلب الدائن لهذا التنفيذ⁽¹⁾.

فيما يتعلق بتنفيذ الالتزام بالتفاوض، يرى العديد من الفقهاء أنه لا يمكن تحقيق التنفيذ العيني لهذا النوع من الالتزام. ويستند هذا الرأي إلى عدة اعتبارات، نذكر منها:

إن محل الالتزام الذي لم يتم تفدينه هو "اتفاق التفاوض" وليس "العقد"، لذا لا يمكن القول بوجود عقد قائم، لأن الطرف المتفاوض يرفض تماماً الدخول في عملية التفاوض أو الاستمرار فيها. وإذا تم إجباره على ذلك، فإن ذلك يعد انتهاكاً لحرية إرادته. كما أنه من غير المنطقي أن تعين المحكمة شخصاً ليتمثل المدين في عملية التفاوض، حتى وإن كانت المرحلة التي توقفت عندها المفاوضات تسمح بإبرام العقد⁽²⁾.

ومع ذلك، قد يقوم المتفاوضون أحياناً بوضع بعض الالتزامات الخاصة، مثل الالتزام بالسرية. في هذه الحالة، يمكن للطرف المتضرر أن يلجأ إلى القضاء لمنع الطرف الآخر من استغلال المعلومات التي حصل عليها خلال عملية التفاوض⁽³⁾.

يمكن القول إنه خلال مرحلة التفاوض، لا يمكن أن تتحقق المسؤولية العقدية من خلال التنفيذ العيني كمبدأ عام. بل يحق فقط للطرف المتضرر المطالبة بتعويض عن الأضرار التي لحقت به.

أما بالنسبة للجزاء في سياق نظرية المسؤولية التقصيرية، فإنه يتوجب تعويض المتفاوض عن الأضرار التي لحقت به. ويتم تقدير الضرر في هذه الحالة بناءً على النفقات التي تكبدها الطرف المتضرر منذ بداية المفاوضات، بالإضافة إلى التعويض عن الفرص الضائعة، والتي تتمثل في إمكانية إبرام عقد آخر في تلك الفترة مع طرف آخر. ومع ذلك، فإن التعويض لا يشمل الكسب الفائت الذي كان من الممكن تحقيقه لو

⁽¹⁾-وفاء جوهر، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض على العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، 2009، ص 198-199.

⁽²⁾-بن احمد صليحة، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن الاعمال المتفاوض بالتزامه، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد العاشر، 2014، ص 118.

⁽³⁾-بن احمد صليحة، نفس المرجع، ص 119.

تم إبرام العقد النهائي⁽¹⁾. أما إذا نجحت المفاوضات، ستنتقل الأطراف إلى المرحلة التالية، وهي صياغة العقد.

توجد العديد من القواعد والضوابط التي يجب مراعاتها عند صياغة العقد التجاري الدولي، ومن أبرزها فهم رغبات الأطراف المعنية. تعتبر هذه الخطوة أساسية لضمان نجاح الصياغة، حيث يجب التعرف على الأهداف الحقيقة لكل طرف، مما يساعد في تحديد طبيعة الاتفاق ووضع الشروط المناسبة لتحقيق الأهداف المرجوة وضمان الحقوق المرتبطة بتنفيذ الالتزامات⁽²⁾، على سبيل المثال، إذا كان العقد يتعلق بتوزيع سلعة معينة في دولة محددة، يجب على الشخص المسؤول عن الصياغة جمع المعلومات من كلا الطرفين لتحديد الإطار القانوني المناسب لتنفيذ هذا الغرض. في هذه الحالة، يمكن اختيار عقد الوكالة التجارية أو عقد التمثيل التجاري. أما إذا كان الهدف هو صياغة عقد شركة، فيجب الاستفسار عن نوع الشركة، سواء كانت شركة مساهمة، أو ذات مسؤولية محدودة، أو شركة تضامن، أو شركة توصية بسيطة⁽³⁾.

يُفضل تجنب استخدام الكلمات التي تحمل معانٍ متعددة أو غير مألوفة في لغة الأعمال. وإذا كان من الضروري استخدام عبارة معروفة بين الطرفين لكنها غير شائعة في السياق العملي، يجب توضيحها. من الناحية الفنية، ينبغي التأكد من أن المصطلح المستخدم يحمل نفس المعنى لدى كلا الطرفين. في حال وجود معانٍ متعددة، يجب توضيح المعنى المتفق عليه بشكل واضح⁽⁴⁾. من المستحسن أن يقوم الشخص المسؤول عن الصياغة بإعداد قائمة بهذه المصطلحات وإرفاقها بالعقد، أو تحصيص بند في مقدمة العقد لتعريفها.

⁽¹⁾-معداوي نجية، محاضرات في مقاييس عقود التجارة الدولية (أقيمت على طلبة السنة الأولى ماستر)، جامعة البليدة 02 -لونيسي علي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، تخصص قانون أعمال، السنة الجامعية 2022-2023، ص 67.

⁽²⁾-محمد حسن منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، د.ط، مصر، 2010، ص 134.

⁽³⁾-أبو العلا على أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 37.

⁽⁴⁾-معداوي نجية، مرجع سابق، ص 69.

المبحث الثاني: أحكام التحكيم التجاري الدولي

بعد بلوء أطراف العقد إلى إعادة التفاوض كوسيلة طبيعية لمعالجة احتلالات العقد وانتهائها بالفشل في الحفاظ على العقد، يتم اللجوء إلى الطرق القانونية الأخرى لتسوية نزاعات العقود في ظل القوة القاهرة ولعل من أهمها: التحكيم الذي يعتبر قضاءا خاصا يهدف إلى حل المنازعات التجارية على المستوى الدولي التي يقدمها المتنازعون في إطار احترام مبادئ القانون. على الرغم من عدم وجود تعريف رسمي للتحكيم، والذي يعبر عن الموافقة الصريحة من المتنازعين، ويرجع نجاحه على المستوى الدولي إلى التوازن بين القطاعين الخاص والعام الذي يضمن فعاليته، فضلاً عن سرعة الإجراءات التي يتميز بها مقارنة بالقضاء العادي. وتعترجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيتال) مصدراً أساسياً للقواعد الإجرائية التي يمكن للأطراف المتنازعة الاتفاق عليها من أجل تسهيل إجراءات التحكيم بشكل سليم في إطار علاقتها التجارية.

وفي هذا المبحث سنتحدث أكثر عن هذه الآلية وذلك من خلال تقسيمه إلى مطابق: مفهوم التحكيم التجاري الدولي (المطلب الأول)، (المطلب الثاني) إجراءات التحكيم التجاري الدولي.

المطلب الأول: مفهوم التحكيم التجاري الدولي:

يعد التحكيم التجاري الدولي من أهم النتائج التي تربت على الثورة التجارية الهائلة التي ضربت العالم بعد التقدم التكنولوجي الهائل الذي جعل العالم قرية صغيرة وسهلت تدفق السلع والخدمات من أقصى الشرق إلى أقصى الغرب قدر الإمكان. الواقع أن أهم العقود التجارية الدولية مثل العقود الفنية والتصناعية كانت تبرم في مناطق نائية دون الحاجة إلى اجتماع الأطراف معاً، مما استلزم وجود وسيلة سلمية لحل المنازعات الناشئة عن مثل هذه المعاملات، وأصبحت تلك الوسيلة هي التحكيم لما يتميز به من سرعة وخبرة فنية وسرية تتماشى مع احتياجات التجارة الدولية. وفي هذا المطلب سنتحدث عن التحكيم التجاري الدولي من خلال تقسيمه إلى أربعة فروع: (فرع أول) تعريف التحكيم، ثم الانتقال إلى (الفرع الثاني) طبيعة التحكيم التجاري الدولي و(الفرع الثالث) مزايا التحكيم التجاري الدولي، أما (الفرع الرابع) أنواع التحكيم التجاري الدولي.

الفرع الأول: تعريف التحكيم

أولاً: التحكيم في الفقه الإسلامي

يتم التحكيم من خلال اتفاق بين الأطراف المتنازعة على تعيين حكم للفصل بينهما. وقد عرّف العلماء التحكيم بأنه "تعيين حكم للفصل بين خصمين". كما عرّفه المجمع الإسلامي بأنه "اتفاق بين طرفين نزاع معين على تعيين شخص للفصل في المنازعة بينهما¹، بحكم ملزم يتماشى مع الشريعة الإسلامية".

كثيراً ما يختار صاحب الحق الابتعاد عن المحاكم لاسترداد حقوقه عبر القضاء، ويفضل التوصل إلى اتفاق مع خصمه لتعيين حكم يرضونه، ليقوم بالنظر في نزاعهم والاستماع إلى أقوالهم. ومن هنا، يسهم التحكيم في حل النزاعات ويتحقق المدف من اللجوء إلى القضاء بطريقة أكثر سهولة وإجراءات أقل تعقيداً. لذلك، يعتبر التحكيم أحد الأسس المهمة في نظام القضاء الإسلامي، حيث يُعد وسيلة مشروعة للفصل بين المتنازعين وحل قضاياهم.²

وقد دل على مشروعيّة التحكيم الكتاب والسنة وعمل الصحابة أيضاً ومن ذلك قول الله تعالى:

﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِمْ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَقِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَيْرًا ﴾³.

ومن الأدلة على مشروعيّة التحكيم، ما حدث عندما جاء قوم أبي شريح إلى النبي ﷺ، حيث سمعهم ينادونه "أبا الحكم". فاستدعي النبي أبو شريح وسأله: "إن الله هو الحكم وإليه الحكم، فلماذا تُكْنِي أبا الحكم؟" فأجاب أبو شريح بأنه عندما يختلف قومه في أمر ما، يأتون إليه فيحكم بينهم، فيرضى الطرفان. فقال النبي: "ما أجمل هذا! وما لديك من الأولاد؟" فأجاب: "لدي شريح وعبد الله ومسلم". فسأله النبي: "من أكبرهم؟" فقال: "شريح". فقال النبي: "فأنت أبو شريح"، ثم دعا له وأولاده.⁴

و قال تعالى أيضاً: ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَحِدُّوْا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا سَلِيمًا ﴾⁵.

¹ - محمد بكر اسماعيل، الدر المختار شرح تنوير الأ بصار، الجزء الأول، دار عالم الكتب العلمية للنشر، بيروت، 2003، ص 428.

² - عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، عمان، 1995، ص 791.

³ - سورة النساء، الآية رقم 35.

⁴ - سنن النسائي 199/08، ورواه البيهقي في السنن الكبرى باب في التحكيم 145/10، دار الكتب العلمية، ط 3، ج 5، ج 10، بيروت، لبنان، 1424هـ-2003م.

⁵ - سورة النساء، الآية رقم 65.

هناك دلائل من آثار أصحاب رسول الله ﷺ، مثل عمر بن الخطاب وأبي بن كعب وزيد بن ثابت رض، تشير إلى جواز التحكيم. فقد خاصم سيدنا عمر بن الخطاب أبا بن كعب في مسألة تتعلق بالأرض، فاختاروا زيد بن ثابت ليحكم بينهما. كما تحاكم عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم، رغم أنه لم يكن قاضياً⁽¹⁾.

وقد تناول المجمع الفقهي الإسلامي مبدأ التحكيم، وبعد اطلاعه على البحوث الواردة إليه والاستماع إلى المناقشات تقرر لديه⁽²⁾:

لتحكيم اتفاق طرف خصومة معينة، على تولية من يفصل في منازعة بينهما، بحكم ملزم، كما يجوز للطرفين الرجوع في التحكيم قبل الحكم في التحكيم، كما يجوز لهذا الأخير عزل نفسه. لا يجوز التحكيم في العقوق المتعلقة بالله تعالى كالحدود، ولا فيما يستلزم الحكم فيه بالإثبات أو النفي بالنسبة لغير المحاكمين من لا ولية للحكم عليه.

يجب توفر شروط القضاء، ويجوز الاحتكام إلى المحاكم الدولية غير الإسلامية للتوصل إلى ما هو جائز شرعاً في ظل غياب المحاكم الدولية الإسلامية.

ثانياً: تعريف التحكيم في التشريعات الوضعية:

في الفقه القانوني الوضعي، يشير التحكيم إلى طريقة بديلة لحل النزاعات التي لا تتطلب تدخل القاضي في إطار المحكمة التقليدية. وقد تم تعريف التحكيم وفقاً لفقهاء القانون الوضعي على أنه إجراء قانوني يتم من خلاله عرض النزاع على محكمين مختارين من قبل الأطراف أو معينين وفقاً لإجراءات قانونية محددة.

أ- عند فقهاء القانون الوضعي:

عرفه البعض بأنه "رغبة الأطراف المتنازعة في تجنب عرض نزاعهم على القضاء العادي، وبدلاً من ذلك، تفضيلهم تقديمهم إلى محكم أو مجموعة من المحكمين يختارونهم بأنفسهم، مع تحديد موضوع النزاع

⁽¹⁾ سنن البيهقي باب القاضي 10/144.

⁽²⁾ قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: 91/8/91، المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبو ظبي، من 1-6 ذي القعدة 1415هـ.

والقانون الذي يرغبون في تطبيقه". بينما عرّفه آخرون بأنه "نظام لتسوية المنازعات من خلال محكمين يتم اختيارهم مباشرة من قبل المتخاصلين أو عبر وسيلة أخرى يتلقون عليها، وهو يعكس رغبة مشتركة بين أطراف النزاع في استبعاد قضائهم من الخضوع لقضاء المحاكم المختصة وفقاً للقانون"⁽¹⁾.

وأشار تشارلز جاريسون إلى أن التحكيم هو النظام الذي يتم من خلاله تسوية نزاع قائم بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص متخصص يمارس مهنة قضائية تم تعيينه من قبل هؤلاء الأطراف. من جهة أخرى، أوضح الأستاذ أوبى أن التحكيم هو إجراء يتفق فيه الأطراف على تقديم نزاع معين أمام محكم يختارونه، حيث يحددون سلطاته للفصل في النزاع، مع التزامهم بقبول القرار الذي يصدره المحكم واعتباره ملزماً لهم⁽²⁾.

ب-في التشريعات الوضعية:

يعتبر قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 09-08 من القوانين الرائدة في التشريعات العربية، حيث تناول الكتاب الخامس فيه الطرق البديلة لحل النزاعات. ومع ذلك، لم يتضمن هذا القانون تعريفاً للتحكيم، سواء في صيغته القديمة أو الجديدة. وقد نصت المادة 1006 على أنه "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي يمكنه التصرف فيها بحرية"، مع الإشارة إلى أنه لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو في حالة الأشخاص وأهليتهم. كما يمنع على الأشخاص المعنوية العامة طلب التحكيم، باستثناء علاقتهم الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.⁽³⁾

⁽¹⁾- عمران علي سائح، التحكيم والقانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005-2006، ص 50.

⁽²⁾- بودلال فطومة، التحكيم في العقود الإدارية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي اليابس، سيدى بلعباس، 2011، ص 51.

⁽³⁾- العربياوي نبيل صالح، اتفاق التحكيم، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 15، 2016، ص 549.

كما عرف قانون التحكيم المصري في الفقرة الأولى من المادة 4 من القانون رقم 27 لسنة 1994، المعدل بالقانون رقم 9 لسنة 1997، التحكيم بأنه العملية التي يتفق عليها طرفا النزاع بإرادتهما الحرة. ويشمل ذلك التحكيم الذي يتم من خلال جهة معينة، سواء كانت منظمة أو مركز دائم للتحكيم، أو أي جهة أخرى غير ذلك⁽¹⁾.

وتنص المادة الأولى من قانون التحكيم النموذجي (modellaw) الصادر عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية على أن التحكيم التجاري يتم بين طرفين يتواجد مقرهما في دول مختلفة. ويشمل هذا القانون جميع المسائل الناشئة عن العلاقات التجارية، والتي تتضمن: العلاقات التجارية المتعلقة بتزويد أو تبادل السلع والخدمات، اتفاقيات التوزيع، التمثيل التجاري أو الوكالة، التصنيع، التأجير، أعمال البناء، الاستشارات الهندسية، والترخيص.⁽²⁾

ويعتبر التحكيم التجاري الدولي نوعاً من أنواع التحكيم بشكل عام، حيث تنطبق عليه القواعد التي تنظم التحكيم الاختياري. ومع ذلك، يجب أن يكون هذا النوع من التحكيم مرتبطاً بعلاقة تجارية دولية، وهو الأكثر شيوعاً وانتشاراً من حيث الاتفاقيات المتعلقة بالتحكيم الدولي، بالإضافة إلى الفقه والقضاء الدولي. وقد حظي هذا المجال باهتمام كبير، سواء من خلال كثرة الاتفاقيات الدولية أو من خلال المؤلفات الفقهية التي تتناول موضوع التحكيم التجاري الدولي.⁽³⁾

اهتم المجتمع الدولي بتنظيم التحكيم في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية، حيث بدأت ملامح هذا الاهتمام تتجلى منذ نهاية الحرب العالمية الأولى. فقد تم توقيع بروتوكول جنيف الأول في عام 1923 الذي تناول شروط التحكيم، بالإضافة إلى اتفاقية جنيف لعام 1927 التي تتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم. ومن بين الاتفاقيات البارزة، تبرز اتفاقية نيويورك لعام 1958، التي انضمت إليها الجزائر مع تحفظ بعد التصديق على أحكامها في عام 1988، والتي تتعلق بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية⁽⁴⁾.

⁽¹⁾- بكلية نور الدين، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في الأنظمة القانونية العربية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 01، 2007-2008، ص 15.

⁽²⁾- عباس عبد القادر، مرجع سابق، ص 313.

⁽³⁾- عمران علي سائق، مرجع سابق، ص 15.

⁽⁴⁾- العرياوي نبيل صالح، مرجع سابق، ص 362.

وبخدر الإشارة إلى التحكيم التجاري الإلكتروني كأحد أهم الصور الحديثة للتحكيم.

يعتقد البعض أن مفهوم التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن المفهوم التقليدي للتحكيم، الذي يعتبر إجراءً خاصاً لحل منازعات التجارة الدولية. ومع ذلك، يتميز التحكيم الإلكتروني في الطريقة التي ينفذ بها هذا الإجراء، حيث يعتمد على استخدام الإنترنت ووسائل الاتصال الحديثة مثل الكمبيوتر والفاكس، بدءاً من المرحلة الأولى وحتى النهاية.⁽¹⁾

وقد عرف التحكيم الإلكتروني بأنه: "كافحة القرارات الصادرة عن هيئة التحكيم بشكل إلكتروني دون الحاجة للتواجد المادي، والتي تفصل بشكل قطعي في المنازعة المعروضة عليها سواء أكانت تلك القرارات كلية تفصل في موضوع المنازعة ككل، أم جزئية تفصل في شق منها".⁽²⁾

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد بأن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتطرقوا إلى تعريفه باعتباره أحد المصطلحات المعاصرة، غير أنه من خلال تتبع أقوال الفقهاء حول الأحكام القضائية فإن ما يقال حولها يقال بالنسبة لأحكام التحكيم⁽³⁾.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم:

اختلاف فقهاء القانون حول طبيعة الوساطة وفقاً للاتجاهات الآتية:

أولاً: الطبيعة الاتفاقيّة للتحكيم (النظرية العقدية).

يميل أنصار هذا الاتجاه إلى مبدأ سلطان الإرادة، حيث يعتبرون أن التحكيم هو عملية تعاقدية تستمد فيها سلطة المحكم من إرادة الأطراف المتنازعة. ويعتبرون التحكيم وسيلة استثنائية لحل النزاعات، تخرج عن القاعدة العامة التي تقضي بعرض المنازعات على القضاء. في هذا السياق، يتمحور التركيز حول اتفاق الأطراف، الذي يمنح حكم التحكيم قوته التنفيذية. لذا، فإن الحكم والاتفاق يشكلان وحدة

⁽¹⁾- حسام الدين فتحي ناصف : التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية. دار النهضة العربية، القاهرة، 2005 ص 15، 16

⁽²⁾-ليندة بومحراث. طرق تسوية منازعات التجارة الإلكترونية-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية-قسنطينة2015-2016، ص461.

⁽³⁾-المرجع نفسه، ص462.

متکاملة، حيث لا يمكن أن يكون الحكم إلا نتیجة وانعکاساً لهذا الاتفاق⁽¹⁾.

ظهرت النظرية العقدية التي تعتبر أن التحكيم يتمتع بطابع تعاقدي، حيث يهدف إلى تحقيق مصالح خاصة، على عكس النظام القضائي الذي يسعى لتحقيق مصالح عامة. و تستند سلطة هيئة التحكيم إلى إرادة الأطراف و رضاهما عن اللجوء إلى التحكيم وما يصدر عنها من أحكام.

كما أن الإرادة الخاصة في التحكيم تحدد الإجراءات الواجب اتباعها والقانون الذي يجب تطبيقه على موضوع النزاع، وهو ما يختلف تماماً عن الوضع في القضاء العادي. بالإضافة إلى ذلك، ليس من الضروري أن يكون الحكم منتمياً للهيئة القضائية في الدولة.

وأن تتمتع حكم التحكيم بالحجية، يمليه اتفاق ضمني بين أطراف الاتفاق على التحكيم، وعلى احترام وتنفيذ ما يقضي به الحكم.

تستند جوهر النظرية العقدية لطبيعة التحكيم إلى أن التحكيم هو نتیجة لإرادة الأطراف، حيث يُعتبر تراضياً أو اتفاقاً، أو عقداً يؤدي إلى إنشاء نظام التحكيم. ومع ذلك، يُلاحظ أن هذه النظرية قد ركزت بشكل كبير على مبدأ سلطان الإرادة في الاتفاق على التحكيم، متجاهلةً في الوقت نفسه الدور القضائي للمحكם.

تستند هذه النظرية إلى مفهوم أن وظيفة المحكم تتشبه في جوهرها وظيفة القاضي، مما يعني أن عمل المحكم يعتبر عملاً قضائياً. وبالتالي، يتم معالجة النزاع أمامه وفقاً للمراحل نفسها التي تُتبع في النظام القضائي. يؤدي التحكيم نفس الوظيفة التي يقوم بها القضاء في الدولة، وهي الفصل في النزاعات وتحقيق العدالة بين الأطراف المتنازعة. وبالتالي، يكتسب التحكيم طبيعة قضائية. عليه، فإن نظر النزاع أمام المحكم يتبع نفس الإجراءات المتتبعة أمام القاضي، وينتهي بحكم مشابه لحكم القاضي، سواء من حيث إمكانية الطعن فيه أو من حيث قابلية التنفيذ⁽²⁾.

⁽¹⁾- رضوان أبو زيد، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، 1981، ص 24. محمد سليم العوا، النظام القانوني للتحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص 216.

⁽²⁾- حسن محمد سليم، النظام القانوني للتحكيم في إطار المجموعة العقدية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص 217.

ثانياً: الطبيعة القضائية للتحكيم (النظرية القضائية).

بناءً على ذلك، يرى مؤيدو هذه النظرية أن التحكيم يعتبر قضاءً ملزماً للأطراف المعنية، طالما اتفقوا عليه، وأنه يعوض القضاء الإجباري للدولة. ويُعتبر عمل الحكم بمثابة أحد أشكال ممارسة العدالة التي تقوم بها الدولة. وعندما يُسمح للأطراف باللجوء إلى التحكيم، تقتصر مهمة الحكم على أداء وظيفة قانونية، مما يجعل عمله عملاً قضائياً، حيث تتوفر فيه عناصر العمل القضائي مثل الادعاء والمنازعة، بالإضافة إلى الشخص الذي يمنحه القانون السلطة لحل النزاع⁽¹⁾.

يعتبر حكم الحكمين عملاً قضائياً بالمعنى الدقيق من حيث الشكل والمضمون. من حيث الشكل، يُصدر الحكم في صيغة حكم قضائي ويتبع نفس الإجراءات المتبعة في إصدار الأحكام القضائية. أما من حيث المضمون، فإن الحكم غالباً ما يستند إلى قواعد القانون الموضوعي ويعالج نزاعاً حقيقياً بين الأطراف، مع الالتزام باحترام حقوق الدفاع.

يمكن انتقاد أصحاب هذه النظرية لأنهم أولوا اهتماماً كبيراً لعمل الحكم، بينما أغفلوا مصدر سلطة هذا الحكم، وهو اتفاق التحكيم⁽²⁾.

ثالثاً: الطبيعة المركبة للتحكيم (النظرية الثالثة - المختلطة)

اتخذ مؤيدو هذه النظرية موقعاً متوازناً بين النظريتين السابقتين، حيث يوازن هؤلاء بين الطبيعة التعاقدية والطبيعة القضائية للتحكيم. ويعتبرون أن للتحكيم طبيعة مركبة أو مزدوجة، إذ تظهر جوانب تعاقدية نتيجة لاتفاق التحكيم الذي يتم إنشاؤه، بينما تظهر جوانب قضائية من خلال حكم التحكيم الذي يحسم النزاع⁽³⁾.

تهدف هذه النظرية إلى التوفيق بين النظريتين السابقتين، العقدية والقضائية، وذلك لتجنب الانتقادات الموجهة لهما. فهي تعتبر التحكيم موقعاً وسطاً يجمع بين الطبيعة التعاقدية والطبيعة القضائية،

⁽¹⁾- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 44.

⁽²⁾- أنور رسلان، الإختصاص القضائي لهيئات التحكيم وفقاً لقانون المحكمة الدستورية، المجلة الدستورية، العدد الثالث، السنة الأولى، جويلية، 2003، ص 05.

⁽³⁾- علي طاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006 ص 61.

حيث يتميز بطابع مرحلي. يبدأ التحكيم من خلال اتفاق الأطراف على اللجوء إليه بدلاً من التوجه إلى القضاء، وينتهي بإصدار حكم التحكيم الذي يتم تنفيذه من قبل القضاء.⁽¹⁾

إن اعتماد مفهوم الطبيعة المختلطة للتحكيم يعكس فكرة العقد كتمثيل لمبدأ سلطان الإرادة من جهة، ويعبر عن فكرة القضاء من خلال حكم التحكيم من جهة أخرى. يمر هذا التحكيم بمراحل متدرجة ومتعددة، حيث يتخذ في كل مرحلة طابعاً خاصاً؛ فهو في البداية اتفاق، ثم يتتحول إلى إجراء في منتصف الطريق، وينتهي بحكم في المرحلة الأخيرة.

وانتقدت هذه النظرية، على أنه يترب على قبولها إهانة القيمة القانونية لحكم التحكيم الذي لا يصدر الأمر بتنفيذه إلا عن طريق القضاء، وهذا يتنافى مع قصد المشرع من إقرار نظام التحكيم.⁽²⁾

رابعاً: نظرية استقلال التحكيم:

يعتبر بعض الفقهاء أن التحكيم يعد وسيلة قانونية فريدة لحل النزاعات، وهو نظام مستقل بحد ذاته. ويعود ذلك لعدة أسباب، من بينها أن العقد ليس هو الأساس في التحكيم، بل هو مجرد أداة خاصة تساعد في تحقيق الأهداف التي يسعى إليها الأطراف المتنازعة.⁽³⁾

دعا بعض الفقهاء إلى استقلال نظام التحكيم، مشددين على طبيعته الفريدة وذاتيته المستقلة التي تميزه عن العقود وأحكام القضاء.⁽⁴⁾

ذهب بعض الأشخاص إلى أن التحكيم لا يُعتبر نوعاً من القضاء، بل هو نظام مختلف في وظيفته وطبيعته وبنائه الداخلي عن القضاء، وبالتالي يسير بشكل موازٍ له.

⁽¹⁾- سحر عبد الستار يوسف، المركز القانوني للمحكم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص 28.

⁽²⁾- عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1990، ص 104.

⁽³⁾- سامية راشد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، الكتاب الأول، إتفاق التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1984، ص 70.

⁽⁴⁾- إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص 41.

الفرع الثالث: مزايا وعيوب التحكيم

أصبح التحكيم وسيلة بديلة لحل النزاعات، لاسيما في المجال التجاري الدولي، وذلك في ظل تزايد الأنشطة التجارية والاقتصادية التي تمارسها الدول. ويتميز التحكيم بمزايا اقتصادية تلبي احتياجات التجارة الدولية وتعزز الاستثمارات الأجنبية. ومع ذلك، فإنه لم يخلُ من الانتقادات.

ومن الجدير بالذكر أن القانون رقم (09/08) المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية قد نظم أيضاً طرقاً بديلة أخرى لحل النزاعات، مثل الصلح والوساطة والخبرة، والتي قد تتدخل مع نظام التحكيم.

أولاً: مزايا التحكيم:

تعزى الزيادة الملحوظة في الإقبال على التحكيم في مجال المعاملات الاقتصادية إلى مجموعة من المزايا التي يقدمها، حيث يعتبر التحكيم نظاماً أكثر مرونة مقارنة بالقضاء التقليدي. فهو يلبي احتياجات المعاملات ذات الطابع الدولي من خلال تسهيل إجراءات حل النزاعات التي قد تنشأ عنها. ويمكن تلخيص مزايا التحكيم في النقاط التالية:

✓ سرعة الفصل في النزاع

تسهم تسوية المنازعات من خلال التحكيم في تحقيق سرعة وسهولة الإجراءات. وقد اشترطت العديد من أنظمة ومؤسسات التحكيم التجاري الدولي تحديد فترة زمنية معينة يجب أن يصدر فيها حكم التحكيم، وذلك لتجنب التأخير، في حال لم يحدد الأطراف هذه المدة في اتفاق التحكيم⁽¹⁾.

✓ الحفاظ على أسرار الخصوص

يهدف اللجوء إلى التحكيم إلى تجنب مبدأ العلنية، الذي يعتبر أحد أسس النظام القضائي. يتميز التحكيم بسرية الإجراءات، حيث يمكن للأطراف أن يشترطوا عدم نشر الأحكام. يعتبر مبدأ العلنية من المبادئ الأساسية في عملية التقاضي وضمان تحقيق العدالة. ومع ذلك، قد يكون له تأثيرات سلبية على التجار، حيث يمكن أن يؤدي إلى كشف أسرارهم الصناعية والتكنولوجية أو الاتفاقيات الخاصة بهم.

⁽¹⁾-علي عوض حسن، مرجع سابق، ص 29.

✓ حرية المحكمين في تحديد واختيار القانون الواجب التطبيق

تمثل إحدى مزايا التحكيم مقارنة بالقضاء في عدم خضوع النزاع لأي قانون سوى ذلك الذي يختاره الأطراف. حيث يمكن للمتنازعين الاتفاق على قانون أو قواعد معينة تختلف عن القانون الوطني، ويقوم المحكمون بالفصل في النزاع بناءً على هذا الاختيار. كما يمكن أن يترك هذا الاختيار للمحكمين أنفسهم، على عكس القضاة في المحاكم الذين يتبعون عليهم الالتزام بنصوص القانون الوطني.

✓ قلة النفقات

تميز عملية التحكيم بتكليف أقل مقارنة بإجراءات التقاضي أمام المحاكم بمختلف درجاتها، حيث تتطلب هذه الإجراءات رسوماً ومصاريف وأتعاباً للمحامين والخبراء والمحضرات. وفي سياق التجارة الدولية، تتعلق المنازعات بمبالغ كبيرة، ومع ذلك، فإن أتعاب المحكمين، مهما كانت مرتفعة، لا يمكن مقارنتها بالمبالغ المتنازع عليها.⁽¹⁾

✓ كفاءة وخبرة المحكمين

يمكن أن يكون القاضي متميزاً في مجاله، لكنه غالباً ما يفتقر إلى الخبرة في مسائل التجارة الدولية. وهذا يستدعي الحاجة إلى تعيين خبير متخصص، مما يؤدي إلى النزاع وزيادة التكاليف.

لذا، يفضل التوجه مباشرةً إلى خبير مختص واختيار الحكم بعناية، حيث يتيح نظام التحكيم للأطراف اختيار الخبراء الذين يرغبون فيهم للفصل في النزاع بسرعة. كما أن وجود عدد من المحكمين يوفر فرصة للاستعانة بعدة خبراء في الهيئة المختصة، مما يسهم في تحسين عملية الفصل في النزاع⁽²⁾.

✓ تشجيع الاستثمارات الأجنبية ودعم التنمية الاقتصادية الشاملة

أصبح النظام القضائي للدولة غير فعال في تنظيمه وقواعده عمله لحل منازعات التجارة الدولية. وقد أظهر الواقع العملي أن التحكيم يمثل بدليلاً فعالاً، حيث أسهم في وضع مجموعة من الحلول التي تتناسب مع خصوصية مشكلات التجارة الدولية وعقودها.

⁽¹⁾-علي عوض حسن، مرجع سابق، ص 29.

⁽²⁾-هشام خالد، تكوين المحكمة التحكيمية في منازعات التجارة الدولية، المجلد الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 30.

يتسم التحكيم بطبيعته الرضائية، حيث يلجأ أطراف النزاع إلى هذه الوسيلة بإرادتهم الحرة، دون أي إكراه. وبالتالي، يحافظ التحكيم على العلاقة بين الأطراف⁽¹⁾، إذ لا يعتبر وسيلة هجومية عنفية، بل يعزز الثقة ويرب وجهات النظر.

يتواجد الأطراف أمام هيئة تحكيم واحدة، مما يضمن لكل طرف أن صوته الفني والقانوني ودفاعه قد تم الاستماع إليه من قبل خصمه والحكم. لذا، في غياب اتفاق تحكيم أو شرط تحكيم قائم على قبول الأطراف، لا يملك الحكم أي ولاية أو سلطة للنظر في النزاع، ولا يمكن استدعاء الخصم أمام هيئة التحكيم دون موافقته، مما يعني أن حكم التحكيم في هذه الحالة لا يكون له أي أثر ملزم⁽²⁾.

يمثل التحكيم للطرف الأجنبي وسيلة للحياد والاستقرار في المعاملات، مما يساهم في حماية استثماراته. فالقوانين الداخلية في الدول النامية غالباً ما تكون سهلة التعديل والإلغاء، مما يجعلها عرضة لعدم الاستقرار. وبالتالي، يساعد التحكيم في تقليل مخاوف المستثمرين الأجانب من تمسك الدول بالحصانة القضائية تجاه مطالباتهم، وهو ما قد يؤدي، إذا أصرت الدولة على ذلك، إلى انتهاك حقوقهم ومتطلباتهم⁽³⁾.

ثانياً: عيوب التحكيم:

على الرغم من المزايا التي تم ذكرها سابقاً، فإن نظام التحكيم ليس خالياً من بعض العيوب والاعتراضات. يرى البعض أن التحكيم، رغم ظهوره المبكر مقارنة بالقضاء، يعود ذلك إلى تأخر نشوء الدولة. فالقضاء يعتبر إحدى سلطات الدولة التي تسعى لتحقيق العدالة، وهي وظيفة لا ينبغي أن تُترك للأفراد، وإلا سادت الفوضى واحتكر الأقوياء أو الأغنياء السلطة، مما يؤدي إلى ضياع حقوق الضعفاء والفقراء.

يمثل التحكيم وسيلة إنقاذ للشركات الكبرى في مواجهة القضاء الوطني، مما يضع الدول النامية تحت سيطرة الحكم الذي قد لا يتمتع بنزاهة القاضي⁽⁴⁾.

⁽¹⁾-محى الدين علم الدين، منصة التحكيم التجاري، ، الجزء الأول، دون ناشر، دون تاريخ نشر، ص 08.

⁽²⁾-عصمت الشيخ، التحكيم في عقود الدولة ذات طابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 42.

⁽³⁾-حفيظة السيد حداد الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ، 2001 ص 06.

⁽⁴⁾-محمد مختار أحمد بربيري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص 15-16.

يعتقد البعض أن تكاليف القضاء، مهما كانت مرتفعة، تظل أقل من تكاليف التحكيم، خصوصاً عندما يتم التحكيم في أكثر من دولة، حيث تترتب على ذلك نفقات سفر وأتعاب مرتفعة للمحكمين. كما أن اللجوء إلى التحكيم قد يصبح أكثر خطورة في حال استمر النزاع لفترة طويلة، مما يؤدي إلى زيادة الأعباء المالية⁽¹⁾.

إن الادعاء بأن التحكيم يتمتع بالسرية يعد حجة ضعيفة وغير مقنعة. فالمحاكم في مختلف الدول مليئة بالأحكام المتعلقة بالنزاعات التي تشمل الأسرار التجارية وبراءات الاختراع، بالإضافة إلى عقود أخرى. في الواقع، الشركات الكبرى هي التي تسعى للحفاظ على السرية، وليس الأطراف الضعيفة. وبالتالي، فإن شرط السرية غالباً ما يكون في مصلحة الطرف القوي.⁽²⁾

يعتبر التحكيم ضرورة لا مفر منها، ويجب أن يظل استثناءً أمام القضاء الوطني، حيث يعزز من حماية الشركات الكبرى المستمرة ضد القضاء المحلي. والادعاء بوجود تحيز من القضاء لصالح الدولة ليس دقيقاً، إذ يوجد أيضاً تحيز من هيئات التحكيم لصالح الشركات الكبرى التي تحيم على التجارة الدولية، مما يجعل من النادر أن تصدر أحكام تحكيم لصالح الدول النامية. تلجأ الأطراف الأجنبية إلى التحكيم لتفادي تطبيق القوانين الوطنية، ويعتبر كبار فقهاء القانون التجاري في الغرب أن المدف من نظام التحكيم هو استبعاد القوانين الوطنية، وذلك لوضع العلاقات التجارية الدولية تحت مظلة نظام قانوني دولي جديد، أكثر قدرة على تلبية احتياجات التجارة الدولية وملاءمة لصالح الأطراف المعنية.⁽³⁾

التحكيم يعتبر إحدى آليات النظام الرأسمالي العالمي، حيث تستخدمه القوى الكبرى لتعزيز هيمنتها على دول الشمال مقابل دول الجنوب. يُعد التحكيم وسيلة بديلة للجيوش، مما أدى إلى تردد الدول في العالم الثالث في قبول هذه الآلية، وذلك بسبب الإرث الثقيل الذي خلفته الحقبة الاستعمارية، حيث استفادت الدول الاستعمارية بشكل كبير وحققت ثروات هائلة.

هناك من يعتقد أن مزايا التحكيم تتجاوز مجرد المثالية، وأن القول بأن التحكيم يحمي الأطراف

⁽¹⁾-إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 12.

⁽²⁾-مراد محمود المواجهة، التحكيم في عقود الدولة ذات طابع الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة الأولى، 2010م، ص 42-43.

⁽³⁾-المرجع نفسه، ص 44.

الأجنبية من الفساد وتبني نظم التقاضي في الدول النامية هو قول غير دقيق. فالفساد والانحراف هما ظاهرتان لا تعترفان بالحدود، وفضائح الفساد والانحراف في الدول المتقدمة ليست مقتصرة على أي جهة معينة.

لذا، يجب التوقف عن اعتبار نظام التحكيم مجرد ضمانة إجرائية تهدف إلى تشجيع الاستثمار فقط. بل ينبغي مراعاة مصالح جميع الأطراف المعنية، ولا يمكن تحقيق ذلك إلا إذا أصبح نظام التحكيم غير مفروض من قبل القوى الاقتصادية الكبرى التي تركز فقط على مصالح الدول النامية⁽¹⁾.

الفرع الرابع: أنواع التحكيم التجاري الدولي

يتتنوع التحكيم التجاري إلى عدة أنواع، حيث يُعرف التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي. كما يمكن أن يكون التحكيم اختيارياً أو إجبارياً، وقد يكون داخلياً أو خارجياً، بالإضافة إلى إمكانية أن يتم وفقاً للقانون أو من خلال الصلح. سنقوم بتوضيح هذه الأنواع فيما يلي:

أولاً: التحكيم الحر

هو نوع من التحكيم يقوم الخصوم بإقامته لحل نزاع معين، حيث يتم تحديد الإجراءات والقواعد التي ستطبق عليه. ما يميز هذا النوع من التحكيم هو عدم وجود منظمة تحكيم تشرف عليه. كما أن الأطراف المعنية تتولى وضع نظام خاص بإجراءات التحكيم، ويمكنها الاستناد إلى لوائح أعدت خصيصاً لهذا الغرض، مثل اللائحة التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة لتنظيم التحكيم التجاري الدولي⁽²⁾.

هو التحكيم الذي يقوم به الأطراف المعنيون في نزاع معين، حيث يتمتعون بحرية اختيار المحكمين الذين يرغبون فيهم بأنفسهم. كما يحق لهم تحديد القواعد الإجرائية والموضوعية التي تنظم النزاع. يقوم هؤلاء الأطراف بإبرام اتفاق التحكيم سواء قبل نشوء النزاع أو بعده، ويختارون أعضاء هيئة التحكيم، بالإضافة إلى تحديد مكان وزمان التحكيم ولغته⁽³⁾.

⁽¹⁾-حقيقة السيد حداد، المرجع السابق، ص 14.

⁽²⁾-عبدلي حبيبة، التحكيم التجاري الدولي كحتمية لعملية النص القانوني الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 01، العدد 02، 2016، ص 112.

⁽³⁾-مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار المدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 50.

ثانياً: التحكيم المؤسسي

هو الذي تتولى الإشراف عليه هيئة تحكيم محددة، وذلك وفقاً لقواعد وإجراءات تم إعدادها مسبقاً، مما يتماشى مع متطلبات التجارة الدولية. كما يعتبر هذا الأسلوب الأنسب لحل النزاعات المرتبطة بالعقود الدولية للاستثمار⁽¹⁾.

إن التحكيم الذي تقوم به هيئات أو مؤسسات أو مراكز وطنية أو دولية دائمة متخصصة في التحكيم، وذلك استناداً إلى قواعد وإجراءات محددة تضعها الاتفاقيات الدولية أو القرارات التي أنشأت هذه الهيئات. ويعتبر هذا النوع من التحكيم الأكثر شيوعاً في مجال تسوية منازعات العقود الدولية.⁽²⁾

ثالثاً: التحكيم بالقانون

هو الذي يتعين الالتزام بتطبيق القواعد الإجرائية والموضوعية للقانون الذي يحدد النزاع، سواء من خلال إخضاع التحكيم في جميع مراحله لقانون معين أو بتطبيق قانون خاص في كل مرحلة من مراحل التحكيم، وذلك بناءً على إرادة الأطراف المتنازعة⁽³⁾.

التحكيم هو العملية التي يلتزم فيها المحكم بتطبيق القواعد الإجرائية والموضوعية للقانون الذي ينظم النزاع. يمكن أن يخضع جميع مراحل التحكيم لقانون واحد، أو يمكن أن يتم تطبيق قانون مختلف على كل مرحلة من مراحله، وذلك وفقاً لرغبة الأطراف المعنية⁽⁴⁾.

رابعاً: التحكيم بالصلح

وهو التحكيم الذي يخول لهيئة التحكيم صلاحية الفصل في المنازعة طبقاً لمبادئ العدالة والإنصاف دون التقيد بالقواعد القانونية، هذا ويحد الإشارة إلى بروز تحكيم من نوع خاص فرضته ظروف التطور التكنولوجي وانتشار الإنترن特 وتعامل الاقتصادي المتعامل بها حالياً ألا وهو التحكيم الإلكتروني، المتأخر الوجود بيننا نحن دول العالم الثالث⁽⁵⁾.

⁽¹⁾-ذبيح زهير، مرجع سابق، ص 299.

⁽²⁾-منان فراح، مرجع سابق، ص 52.

⁽³⁾-هشام البخفاوي، الوسيلة البديلة التقليدية والمستحدثة لحل النزاعات التجارية، مجلة صوت القانون، المجلد 04، الغدد 03، 2017، ص 382.

⁽⁴⁾-حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 92.

⁽⁵⁾-عبدلي حبيبة، مرجع سابق، ص 113.

يفصل في النزاع بناءً على ما يراه محققًا للعدالة، بهدف الوصول إلى حكم يحافظ على التوازن بين مصالح الأطراف المتنازعة. حتى وإن تضمن هذا الحكم مخالفة لأحكام القانون التي تنظم وقائع النزاع، والتي يتعين على القاضي تطبيقها عند عرض القضية عليه، إلا أنه يظل ملزمًا بالمبادئ الأساسية في التقاضي، وأهمها احترام حقوق الدفاع، لكي يتمتع حكمه بقوة إلزامية تجاه الأطراف المعنية.¹

المطلب الثاني: إجراءات التحكيم التجاري الدولي:

نظراً لطبيعة عقود التجارة الدولية والتي تتم بين عدة أطراف متباعدة جغرافياً من دول مختلفة مما يدفعه هؤلاء إلى السعي لإيجاد آلية إلكترونية لاختصار المكان والزمان وأقل تكلفة، مما جعل التحكيم التجاري الإلكتروني يحظى بإقبال كبير من قبل أطراف العقد التجاري الدولي، ولذا ارتأت الباحثة التركيز في معالجة إجراءات التحكيم التجاري الدولي على إجراءات التحكيم التجاري الإلكتروني.

وبما أن الإجراء التحكيمي يمر بمرحلتين: الأولى هي مرحلة نشوء النزاع وبدء الخصومة من خلال إطار مكاني وزماني معين، والثانية هي مرحلة إصدار الحكم في النزاع وتنفيذه، فإنه من الضروري تناول هاتين المرحلتين بتقسيم المطلب إلى: (فرع أول) الإطار المكاني والزماني لإجراءات التحكيم التجاري الإلكتروني، (الفرع الثاني) القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني ، (الفرع الثالث) سير إجراءات التحكيم التجاري الإلكتروني، (الفرع الرابع) إصدار حكم التحكيم التجاري الإلكتروني وتنفيذه، (الفرع الخامس) رسوم التحكيم التجاري الدولي.

الفرع الأول: الإطار المكاني والزماني لإجراءات التحكيم

يمثل الإطار المكاني والزماني لإجراءات التحكيم أهمية كبيرة تؤثر بشكل مباشر على عملية التحكيم، وذلك على النحو التالي:

أولاً: النطاق المكاني لإجراءات التحكيم

يعتبر البعض أن توطين هذا النوع من التحكيم يمثل تحدياً، لذا تم اقتراح عدة حلول لتحديد موقع التحكيم. من بين هذه الحلول، يتم حل المسألة من خلال الرجوع إلى موقع المحكم، مما يعني تطبيق قانون

⁽¹⁾- حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 93.

مكان الحكم. ومع ذلك، يبدو أن هذا الحل أقل إقناعاً في حالة التحكيم الإلكتروني، حيث يثار التساؤل: هل يجب الاعتماد على موقع الحكم عند بدء الإجراءات، أم يجب الاعتماد على قانون موطنه أو محل إقامته؟ وتزداد الأمور تعقيداً عندما نتعامل مع هيئة تحكيم مكونة من ثلاثة ممكينين بدلاً من ممكِّم واحد.

قد يقترح البعض حلاً بديلاً للمشكلة يتمثل في نظرية التحكيم غير التوطيني، التي تستوجب الاعتراف بالطابع غير التوطيني للتحكيم الإلكتروني، مما يعني عدم ارتباط هذا النوع من التحكيم بقانون مكان التحكيم. ومع ذلك، يصعب قبول هذا الرأي من قبل المحاكم الوطنية، كما أنه يتعارض مع أحكام اتفاقية نيويورك⁽¹⁾.

يعتقد آخوه فقهي آخر أن التحكيم الإلكتروني هو نظام بدأ بالظهور نتيجة لزيادة وتنوع استخدامات شبكة الاتصالات الدولية (الإنترنت). حيث تخصصت بعض المحاكم التحكيم الافتراضية في حل النزاعات المتعلقة بعقود التجارة الدولية، خاصة تلك التي تتم عبر الإنترنت. في هذا النظام، لا يتطلب حضور الأطراف، بل يكفي تبادل المستندات وملفات الدفع والطلبات الأخرى بشكل إلكتروني. وتم دراسة القضية وتداولها وإصدار الحكم وإبلاغه للأطراف عبر شبكة الإنترنت.

لذا، فإن تحديد موقع هذا النوع من التحكيم ليس له أهمية كبيرة، حيث تتم جميع جوانبه من خلال مجتمع افتراضي يتجاوز حدود الدول. يمتلك هذا المجتمع قواعده وأحكامه الخاصة، ولا تفرض عليه حدود جغرافية، كما أنه لا يحتاج إلى تأشيرات مرور لإنعام عملياته. ومع ذلك، فإن مجال اتهام القواعد الإجرائية المتعلقة بحضور الخصوم وإبلاغهم واستجوابهم وتبادل المستندات والملفات، بالإضافة إلى تمكين كل طرف من الدفاع عن نفسه، يبدو محدوداً الأثر⁽²⁾.

نظرًا لأن أطراف الاتفاق للتحكيم الإلكتروني أو وكلاءهم لا يحتاجون إلى السفر لمسافات طويلة لحضور جلسات التحكيم التي تعقدتها هيئة التحكيم في دولة أجنبية، بل يمكنهم المشاركة في الإجراءات التحكيمية من بلدانهم، وأن إجراءات التحكيم الإلكتروني تتميز بسرعة أكبر مقارنة بإجراءات التحكيم التقليدي بفضل إمكانية استخدام الإنترنت لتسهيل الاتصال وتبادل المستندات والملفات بشكل مباشر،

⁽¹⁾-أسامة إدريس بيد الله، التحكيم الإلكتروني (ماهيتها، إجراءاته)، المجلد 01، المكتبة الشاملة الذهبية، 2019، ص. 16.

⁽²⁾-أحمد عبد الكريم سلام، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية. دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 332.

يبز السؤال حول ما إذا كان إتمام جميع إجراءات التحكيم بشكل إلكتروني يؤثر على المبادئ الأساسية للتحكيم، مثل مبدأ احترام حقوق الدفاع وبدأ المواجهة. إذ أن غياب أحد الأطراف عن الحضور الشخصي أمام الآخر قد يؤدي إلى حرمانه من فهم واضح للنزاع.

وباستقراء الوثائق الدولية والتشريعات الوطنية نجد أنها قد تضمنت عدداً من المبادئ يتعين على هيئة التحكيم مراعاتها في أدائها لمهمتها ما يلي :

✓ مبدأ احترام حق الدفاع:

ليس من السهل وضع تعريف دقيق لمفهوم حقوق الدفاع، إلا أن المفهوم التقليدي يشير إلى حق الخصم في أن يسمع رأيه من قبل القاضي أو الحكم. فإذا صدر الحكم دون الاستماع إليه، يعتبر الحكم مخالفًا لحق الدفاع⁽¹⁾ وقد تطور هذا المفهوم ليشمل حق الخصم في مناقشة ما يقدمه خصميه من وسائل دفاع وأدلة خلال سير القضية. وقد حرصت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأنظمة المؤسسات الدائمة للتحكيم على التأكيد على ضرورة احترام هذا المبدأ⁽²⁾ وبالتالي، يتعين على التحكيم أن يتيح الفرصة الكاملة للدفاع أمام الأطراف، بينما يبقى استخدام هذه الوسائل متوجهاً لإرادتهم.

✓ مبدأ المواجهة:

يعبر هذا المبدأ عن ضرورة عدم إصدار حكم على أي طرف دون الاستماع إلى دفاعه ورأيه، أو على الأقل منحه الفرصة للدفاع عن نفسه فيما يوجه إليه من طلبات، بحيث يكون الحكم ناتجاً عن تفاعل وجهات النظر بين الأطراف .

ولتحقيق هذا المبدأ، يجب أن يمتد إلى العلاقة بين الخصوم خلال سير إجراءات التحكيم، كما يتعين على المحكم الالتزام به أيضاً. لذا، لا يجوز لجنة التحكيم أن تستند في حكمها إلى وقائع أو أدلة أو مذكرات أو مستندات قدمها أحد الأطراف دون أن تكون قد خضعت للاطلاع والنقاش من الطرف الآخر. وإذا انتهكت هيئة التحكيم مبدأ المواجهة، فإن حكمها يعتبر باطلًا لمخالفته النظام العام الإجرائي⁽³⁾.

⁽¹⁾-عزمي عبد الفتاح : قانون التحكيم الإلكتروني. مطبوعات جامعة الكويت، 1990، ص 260.

⁽²⁾-المادة (2/15) من لائحة إجراءات غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998.

⁽³⁾-محمد نور شحاته، سلطة التكيف في القانون الإجرائي. دار النهضة العربية، القاهرة، 1993 ص 211.

✓ مبدأ المساواة

يعتبر مبدأ المساواة في المعاملة بين الأطراف في نزاعات التحكيم أحد الأسس الجوهرية لضمان العدالة وتعزيز ثقة الأطراف في المحكمين. يعتبر المحكم قد انتهك هذا المبدأ إذا سمح لأحد الخصوم بالحضور أمامه دون وجود الخصم الآخر، أو إذا أجرى اتصالات شخصية مع أحدهما في ظروف قد تثير الشكوك حول كونها تتعلق بموضوع النزاع في غياب الطرف الآخر.

أما بالنسبة لاحترام التحكيم الإلكتروني لهذه المبادئ الأساسية، فقد تم الإشارة إلى أن إدارة الجلسات بشكل إلكتروني توفر فيها وسائل فنية متقدمة. فقد ظهرت عبر الإنترن特 أدوات حديثة تتيح تبادل الصوت والصورة والنصوص بشكل شبه متزامن بين الأطراف. كما أن البريد الإلكتروني يمكن من نقل النصوص والمستندات السمعية والمرئية المقدمة من كلا الطرفين في النزاع⁽¹⁾.

تتيح المؤتمرات الافتراضية المرئية نقل الصوت والصورة والفيديو بشكل فوري، ويطلب استخدامها فقط وجود ميكروفون وكاميرا فيديو على الكمبيوتر. وقد تم استخدام هذه التقنية في الولايات المتحدة الأمريكية ضمن سياق الخصومات القضائية. ومن هنا، يتضح أن المداولات المرئية تساهم في تعزيز احترام حقوق الدفاع وتطبيق مبدأ المواجهة والمساواة بين أطراف النزاع.

ثانياً: النطاق الزمني لإجراءات التحكيم

يعتبر تحديد موعد بدء إجراءات التحكيم أمراً بالغ الأهمية، سواء من حيث انطلاق التحكيم أو من حيث سيره وانتهائه. فيما يتعلق ببداية التحكيم، يعني تحديد وقت بدء الإجراءات تحديد اللحظة التي تُعتبر فيها الدعوى قد قدمت أمام هيئة التحكيم، وذلك من خلال تقديم المدعى طلب التحكيم إلى تلك الهيئة. وفي هذه الحالة، يتوجب على الهيئة إبلاغ الطرف المطلوب التحكيم ضده خلال فترة زمنية محددة، كما يجب على الطرف المطلوب التحكيم ضده الرد على طلب الطرف الأول خلال مدة معينة.

فيما يتعلق بإجراءات التحكيم، يعتبر تحديد موعد بدء الإجراءات أمراً بالغ الأهمية، حيث يتطلب اتخاذ إجراء معين أو إتمامه خلال سير النزاع التحكيمي. ويبدو أن حساب مدة هذه الإجراءات يبدأ من

⁽¹⁾-حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 59.

تاريخ بدء التحكيم، ويشمل ذلك تسليم المستندات، وتبادل المذكرات، أو إغلاق باب المرافعة، أو تقديم أي دفع.

تعتبر لحظة بدء إجراءات التحكيم نقطة حاسمة في تحديد المدة الالزمة لإصدار حكم التحكيم أو إنتهاء الإجراءات. في سياق التحكيم الإلكتروني، تبدأ الإجراءات وفقاً لبرامج التحكيم في المحكمة الافتراضية عند تعيين محكم متخصص للنظر في النزاع. يقوم المحكم بعد ذلك ب مباشرة مهامه من خلال التواصل لطلب معلومات إضافية تتعلق بالقضية. يتعين على هيئة التحكيم، سواء كانت مكونة من محكم واحد أو ثلاثة محكمين في حالات خاصة، أن تصدر قرارها بشأن النزاع خلال 72 ساعة، أي ثلاثة أيام عمل، تبدأ من تاريخ استلام المركز لرد المدعى عليه وطالبات المدعى. يمكن للمحكم تدديد هذه المدة في حال حدوث أعطال في الشبكة أو بناءً على طلب الأطراف المعنية⁽¹⁾.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني

تخضع مسائل إجراءات في الأصل لقانون القاضي، أي لقواعد المرافعات والإجراءات المعمول بها في الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات. وبما أن الحكم ليس له قانون خاص به، إذ إن المحكمين لا يمثلون دولة معينة، بل يتم اختيارهم من قبل الأطراف المتنازعة، ويستمدون سلطتهم من اتفاقيهم على تعيين حكم بينهم، فإنهم يفصلون في النزاعات بهدف تحقيق السلام بين هؤلاء الأطراف. لذا، إذا اعترف القانون بحق الأطراف في اللجوء إلى التحكيم واستبعاد القضاء الوطني، فإنه يعترف أيضاً بحقهم في تنظيم مسائل التحكيم بالاتفاق. ومع ذلك، قد لا تحدد الأطراف المتنازعة القانون أو القواعد الإجرائية التي تتبعها هيئة التحكيم. وبالتالي، يمكن أن يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم من خلال اتفاق الطرفين، وفي حال غياب هذا الاتفاق، يتم اللجوء إلى معايير أخرى لتحديد طبيعة هذا القانون، وهذه المعايير هي:

– المعيار الأول: يستند إلى قانون دولة مقر التحكيم.

– المعيار الثاني: يستند إلى تطبيق قانون الدولة الذي يحكم موضوع النزاع.

⁽¹⁾–أسامي إدريس بيد الله، مرجع سابق، ص 17.

– المعيار الثالث: يستند إلى تطبيق القواعد الإجرائية المنصوص عليها في اللوائح والأنظمة الداخلية

لهيئات التحكيم المنظم (1).

تؤكد نصوص المواثيق التي تنظم هذه الهيئات على حق الأطراف في إجراء التحكيم، ومن بين هذه النصوص لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية في باريس (المادة 1/15) والاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري لعام 1961 (المادة 4). لذا، يتوجب على الأطراف الراغبة في إجراء التحكيم الإلكتروني التأكيد من أن القانون أو لائحة التحكيم المختارة تسمح بمثل هذا النوع من التحكيم. ومع وجود لوائح تحكيم تتضمن إجراءات إلكترونية، مثل لائحة تحكيم المحكمة الإلكترونية ولائحة تحكيم المنظمة العالمية للملكية الفكرية، بالإضافة إلى نظامها حل المنازعات المتعلقة بالأسماء والعناوين أو الواقع الإلكترونية، لم تعد هناك صعوبات في هذا المجال. (2)

الفرع الثالث: سير إجراءات التحكيم الإلكتروني:

تبدأ عملية التحكيم بتقدیم طلب التحكيم، تليها سلسلة من الإجراءات تشمل الإعلانات، التبليغات، المرافعات، تقدیم أوجه الدفاع المتنوعة، وتبادل المستندات والمذكرات، وذلك وفقاً للخطوات التالية:

أ-تقديم طلب التحكيم:

يشير طلب التحكيم إلى الطلب الذي يقدمه أحد طرفی اتفاق التحكيم إلى مركز التحكيم المتفق عليه أو إلى الطرف الآخر، حيث يُخُطِّره برغبته في إحالة النزاع إلى التحكيم، ويطلب منه اتخاذ إجراءات الالزمة لبدء واستكمال عملية التحكيم. عادةً ما يتضمن هذا الطلب عدة شروط، منها:

الشرط الأول: أن يكون الطلب مكتوباً.

الشرط الثاني: تقدیم الطلب ضمن المدة المتفق عليها بين الطرفين.

الشرط الثالث: يتعلّق بالبيانات التي يجب أن يحتوي عليها الطلب، حيث يتضمن نوعين من

(1)- هيئم عبد الرحمن البقلي، التحكيم الإلكتروني كأحد وسائل تسوية المنازعات، ار العلوم للنشر والتوزيع - مصر، 2013، ص 53.

(2)- حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 2005، ص 37.

المعلومات: الأولى تتعلق بأطراف الدعوى، مثل الاسم والعنوان للمدعي والمدعي عليه، والثانية تتعلق بموضوع الدعوى، وتشمل الواقع والمسائل المتنازع عليها بين الطرفين ⁽¹⁾.

عندما يحدث نزاع يتعلق بعاملة أو نشاط ناتج عن استخدام شبكة الإنترنط، يمكن للمتضارر زيارة موقع البرنامج على الرابط (www.Vmag.org) لتقديم شكوى. يتعين عليه الضغط على عبارة (fill a complaint ⁽²⁾) التي ستوجهه إلى نموذج يتوجب عليه ملء المعلومات المطلوبة فيه، والتي تتضمن:

أ. المعلومات الخاصة بالمدعي، والتي تشمل اسمه الكامل، وعنوانه الإلكتروني، واسم الشركة التي يمثلها إن وُجدت، بالإضافة إلى العنوان الكامل للشركة.

ب. المعلومات الخاصة بالمدعي عليه، والتي تتضمن اسمه الكامل، وعنوانه الإلكتروني، واسم الشركة التي يمثلها إن وُجدت، مع ذكر العنوان الكامل للشركة.

ج. المعلومات المتعلقة بالنزاع وظروف نشأته (وقائع النزاع) بشكل مفصل حسب التواريخ، مع توضيح سبب الدعوى، وما إذا كانت تتعلق بحقوق الملكية الفكرية أو الأسرار التجارية أو أي سبب آخر يُستند إليه في الدعوى.

د. الطلبات المتعلقة بحل النزاع، حيث يمكن للمدعي أن يطلب أن تكون المعلومات المتعلقة بادعائه سرية. بعد أن يقوم المدعي عليه بملء النموذج، يتعين عليه الضغط على عبارة "عرض النزاع" الموجودة في نهاية النموذج.

وعندما يتلقى مركز التحكيم هذا الطلب، يبدأ في استكمال إجراءات التحكيم والتواصل مع المدعي عليه ⁽³⁾.

ب-الإعلانات والتبليغات والإخطارات:

إجراءات التحكيم لا تقتيد بالقواعد النظامية المعمول بها في أنظمة التقاضي الداخلية. إذ تلعب إرادة

⁽¹⁾-عصام عبد الفتاح مطر : التحكيم الإلكتروني بين النظرية والتطبيق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 439.

⁽²⁾-المراجع نفسه، ص 440.

⁽³⁾-أسامي إدريس بيد الله، مرجع سابق، ص 19.

الأطراف دوراً كبيراً في تنظيم هذه الإجراءات وتحديد مسارها. وبالتالي، يتمتع الأطراف بحرية كاملة في تحديد كيفية الإعلان أو الإخبار، وكذلك الوسيلة التي يتم من خلالها تبليغ الطرف الآخر بطلب التحكيم، بالإضافة إلى تبليغ أي مستندات أو أوراق يقدمها أحد الطرفين إلى علم الطرف الآخر.

ج- خصوصيات جلسات التحكيم الإلكتروني:

في سياق التحكيم العادي، تقوم هيئة التحكيم بعقد جلسات مرافعة تتيح لكل طرف فرصة توضيح موضوع الدعوى وتقليل حجمه وأداته. كما يمكن لها الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة.

ذهب بعض الفقهاء إلى أنه وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، فإن للأطراف الحق في تحديد ما إذا كانت جلسات المرافعة الشفوية ضرورية أم لا. فإذا اتفقوا على الاكتفاء بتبادل المذكرات والمستندات التي تدعم ادعاءاتهم وطلبات الدفاع، فإن هيئة التحكيم ملزمة بذلك. وهذا الأمر ممكن، خاصة في سياق التحكيم الإلكتروني.

من جهة أخرى، هناك رأي آخر يشير إلى أن الوسائل التقنية المتاحة في هذا المجال، مثل وسائل الاتصال الحديثة عبر الإنترن特، تتيح تبادل الأصوات والصور والنصوص بشكل شبه متزامن بين الأطراف، مما يجعل إدارة الجلسات إلكترونياً أمراً مقبولاً¹.

الفرع الرابع: إصدار حكم التحكيم الإلكتروني وتنفيذه

يتم إصدار قرار التحكيم بعد انتهاء المحاكمة وإجراءاتها، ما لم تظهر ظروف استثنائية تمنع ذلك، وفي هذه الحالة يجب توضيح تلك الظروف للأطراف المعنية إن وجدت. ويشترط أن يكون القرار مكتوباً، حيث تكفي أغلبية الآراء لإصداره، مع توقيع الرئيس والأعضاء، مع ضرورة ذكر رأي العضو المخالف إذا لم يكن الحكم بالإجماع. يجب أن يتضمن القرار ملخصاً لأقوال المتهم ومستنداته، وأسباب الحكم، ومنطوقه، بالإضافة إلى المكان وتاريخ صدوره².

¹- حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 55.

²- المادة (760) قانون المرافعات الليبي.

أما بالنسبة لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني، فإن بعض الآراء تشير إلى وجود صعوبات تتعلق بشكل الحكم وضرورة توقيعه.

فيما يتعلق بضرورة توقيع الحكم، تعدد الوثائق الدولية والوطنية التي تشترط ذلك، ومنها المادة (1/31) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، التي تنص على أنه "يجب أن يصدر الحكم كتابةً ويوقعه الحكم أو المحكمون".

ويموجب نظام القاضي الافتراضي، يبدأ الحكم بعد تعينه بالتواصل مع الأطراف لطلب أي معلومات إضافية تتعلق بموضوع النزاع. ويعين عليه الفصل في النزاع خلال 72 ساعة، أي ثلاثة أيام عمل، تبدأ من تاريخ استلام المركز لرد المدعى عليه على ادعاءات المدعي. بعد دراسة القضية، يقوم الحكم بإصدار حكمه بناءً على ظروف الدعوى وما يراه عادلاً وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف. وتم جميع هذه الإجراءات إلكترونياً، بدءاً من ملء النموذج الخاص بالتحكيم وحتى صدور حكم التحكيم الموقّع إلكترونياً من قبل الحكم⁽¹⁾.

وفي هذا السياق، نصت المادة (4/25) من لائحة المحكمة الإلكترونية على أن "يتولى السكرتارية نشر الحكم على موقع القضية، وتبلغه للأطراف بكل وسيلة ممكنة". وبما أن النص جاء عاماً بشأن وسائل إبلاغ الحكم للأطراف، فمن الممكن أن يتم ذلك من خلال إرسال بريد إلكتروني⁽²⁾.

- تتمثل القيمة الحقيقية للتحكيم في الحكم الذي يصدره المحكمون، حيث لا يكتسب هذا الحكم أي قيمة قانونية أو عملية إذا بقي مجرد نصوص مكتوبة غير قابلة للتنفيذ. إن تنفيذ حكم التحكيم يعد جوهر نظام التحكيم نفسه، ويحدد فعاليته كوسيلة لحل وتسوية المنازعات.

في سياق التحكيم الإلكتروني، يعتقد البعض أن الجهات الرسمية المسؤولة عن التنفيذ، بدءاً من المحكمة المختصة التي تصدر الصيغة التنفيذية للحكم، وصولاً إلى رجال التنفيذ مثل المخربين والشرطة، لن يقبلوا بسهولة مسؤولية تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، إلا في حال وجود قانون وطني أو اتفاقية دولية تلزم السلطات الوطنية بقبول وتنفيذ الأحكام الإلكترونية⁽³⁾.

⁽¹⁾- هيثم عبد الرحمن البقلبي، مرجع سابق، ص 98.

⁽²⁾- عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 484.

⁽³⁾- حازم حسن جمعة، اتفاق التحكيم الإلكتروني وطرق الإثبات عبر وسائل الاتصال الحديثة. مؤتمر دبي، سنة 2003.

هناك اتجاه آخر يشير إلى أنه يتبع على طالب تنفيذ الحكم التحكيمي التقليدي أو العادي تقديم النسخة الأصلية من الحكم أو نسخة رسمية منه. بينما لا يشير هذا الشرط أى مشكلات في مجال التحكيم التقليدي، فإن الوضع مختلف في التحكيم الإلكتروني لسبعين رئيسين:

الأول: يتعلق بنظام المعلوماتية الذي لا يفرق بين النسخة الأصلية والصورة.

الثاني: يتعلق بالتحديات التي تثيرها رسمية المستندات الإلكترونية.

ويشير إلى أنه يمكن أن تعادل الوثيقة الإلكترونية النسخة الأصلية، ويمكن تنفيذ الحكم بناءً عليها

بشرطين هما:

-يجب أن يكون هناك ضمان لتمكن التشغيل فيما يتعلق بكمال المعلومات.

-يجب أن تكون المعلومات قابلة للكشف للشخص المقدم إليه.

يُعتبر أن تحقيق كمال المعلومة يتحقق بمجرد أن تظل المعلومة كاملة دون أي تلف أو تشويه. كما يتم تقييم مستوى إمكانية التشغيل بناءً على موضوع المعلومة.

يعتقد اتجاه ثالث أن التنفيذ الطوعي لأحكام التحكيم الإلكتروني يعد أمراً مرغوباً، حيث أن أحد الأهداف الرئيسية للتحكيم الإلكتروني هو تعزيز الثقة في التجارة الإلكترونية، وخاصة ثقة المستهلك. فقد يقوم الطرف القوي الذي يصدر الحكم ضده بتنفيذ الحكم لصالح المستهلك، حتى وإن لم يكن راضياً، لأنه يسعى للحفاظ على سمعته كشخص موثوق في سوق التجارة الإلكترونية⁽¹⁾، وفي حال عدم حدوث التنفيذ الطوعي، يجب على التنظيم الذاتي للتحكيم الإلكتروني أن يوفر آلية إجبارية للتنفيذ تعوض عن سلطات التنفيذ الحكومية، أو أن يقدم حافز خاصة للمحكوم عليه تشجعه على تنفيذ حكم التحكيم طواعية. وبالتالي، فإن هناك فوائد كبيرة ستعود على التجار الذين يختارون طوعية تنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني، حتى لا يفقدوا المنافع الاقتصادية العديدة التي يحصلون عليها نتيجة تواجدهم في السوق الإلكتروني.

تنوع آليات التنفيذ الجبري التي يمكن أن يقدمها مجتمع التجارة الإلكترونية لضمان تنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني. ومن بين هذه الآليات، على سبيل المثال لا الحصر، خدمات التعهد بالتنفيذ،

⁽¹⁾- حسام الدين فتحي ناصف : مرجع سابق، ص 68.

وصناديق تمويل الأحكام، بالإضافة إلى ربط مراكز التحكيم الإلكتروني بمصادر بطاقة الائتمان. وفيما يلي، سيتم عرض هذه الآليات بإيجاز.

أ- خدمات التعهد بالتنفيذ:

تعتمد هذه الآلية على وجود عقد بين طرف العقد الإلكتروني، وهو البائع والمشتري، بالإضافة إلى متعهد التنفيذ قبل إبرام عقد البيع. يجب أن يتضمن هذا العقد شرط تنفيذ التحكيم الإلكتروني تحت إشراف أحد مراكز التحكيم الإلكتروني.

ب- صندوق تمويل الأحكام:

من خلال هذه الآلية، يتم إنشاء صندوق لتمويل الأحكام يساهم فيه تجار السوق الإلكتروني، ويتولى مركز تحكيم معتمد من قبلهم الإشراف على هذا الصندوق وإدارته. يضمن هذا الصندوق للمستهلكين استرداد أموالهم التي تقضي بها هيئة التحكيم مباشرة، حيث يمتلك المركز القدرة على تنفيذ الحكم الصادر عنه من خلال الأموال المودعة في الصندوق ⁽¹⁾.

ج- ربط مراكز التحكيم الإلكتروني بمصدر بطاقة الائتمان:

تفترض هذه الآلية أن يقوم مركز التحكيم الإلكتروني بإبرام عقد مع أحد مصدري بطاقة الائتمان، مثل شركة فيزا أو ماستركارد. بدوره، يرم مصدر بطاقة الائتمان عقداً مع التاجر الذي يرغب في الاستفادة من خدمة الائتمان. ويتضمن كل من هذين العقددين شرطاً يلزم مصدر بطاقة الائتمان بإعادة المبلغ إلى حساب المشتري (المستهلك) في حال تلقيه قراراً تحكيمياً من المركز المتفق عليه يؤكد ذلك ⁽²⁾.

الفرع الخامس: رسوم التحكيم الإلكتروني

توضح لائحة مركز تحكيم ووساطة الوييو، التي يلتزم بها الأطراف المتنازعة، تفاصيل رسوم التحكيم بدءاً من تقديم طلب التحكيم وحتى الحصول على الحكم الإلكتروني. تتنوع هذه الرسوم لتشمل رسوم التسجيل، الرسوم الإدارية، ورسوم المحكمين .

⁽¹⁾- عصام عبد الفتاح مطر : التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 492.

⁽²⁾- أسامة بيد الله، مرجع سابق، ص 21.

بالنسبة لرسوم التسجيل، يتم تحديدها بناءً على قيمة المبلغ المتنازع عليه. إذا كان المبلغ غير محدد، يتعين دفع 1000 دولار مع تقديم طلب التحكيم، ويطبق نفس المبلغ في حال كان موضوع النزاع غير مالي⁽¹⁾.

أما الرسوم الإدارية، فهي مسؤولية المدعي وستتحقق خلال ثلاثة أيام من تاريخ إرسال طلب التحكيم. تُحتسب هذه الرسوم وفقاً بحدول الرسوم المعمول به عند بدء التحكيم. في حال تأخر المدعي عن دفع الرسوم الإدارية، يُمنح مهلة إضافية قدرها خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطار الكتابي، وإلا يعتبر متراجعاً عن دعواه أو عن الدعوى المقابلة أو عن أي زيادة فيها.

فيما يتعلق برسوم المحكمين، تُحتسب بناءً على إجمالي مبلغ النزاع، وإذا كان هناك دعوى مقابلة، تضاف إلى المبلغ الإجمالي. تشمل هذه الرسوم الأتعاب والنفقات المتعلقة بفض النزاع، ويقوم المركز بتقدير رسوم هيئة التحكيم وفقاً لذلك.

يحدد مركز التحكيم رسوم الهيئة في حالتين:

الحالة الأولى: عندما لا تكون الهيئة من محكم فرد أو ثلاثة محكمين، حيث يتم تقدير الرسوم بناءً على الجهد الذي بذلته الهيئة والمسؤوليات التي تحملتها.

الحالة الثانية: عندما لا يكون مبلغ النزاع محدداً عند إحالته للتحكيم، أو إذا لم يكن أصل النزاع مالياً، يتعين على الأطراف دفع مبلغ ألف دولار عند إحالة النزاع. بعد ذلك، يقوم المركز بتقدير رسوم المحكمين بعد دراسة موضوع النزاع والوسائل المناسبة لحالته. وفي حال عدم قبول النزاع لعدم اختصاص المركز، يستحق المركز رسماً قدره ألف دولار. ومن المهم الإشارة إلى أن مراكز التحكيم تستوفى مبلغ التأمين في البداية، وبعد إخطار المحكمين، يجب دفعه خلال 30 يوماً من إحالة النزاع إليها⁽²⁾.

⁽¹⁾-المادة (67) من لائحة مركز تحكيم ووساطة الويبو.

⁽²⁾-عصام عبد الفتاح مطر : التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 495 – 497

المبحث الثاني: أحكام الوساطة الإلكترونية

مع ظهور العقود الإلكترونية وتطور وسائل إضفاء الشرعية عليها، تطورت الوساطة كحل بديل. ويبدو أن الوساطة الإلكترونية وسيلة أكثر ملاءمة لتسوية المنازعات المتعلقة بوسائل إبرام العقود التجارية. وبكل جدية، فإن حل المنازعات المختلفة الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية أمر صعب من الناحية العملية.

ولتحديد مفهوم وأهمية هذا العنصر ارتأينا أن نتطرق إلى هذا المفهوم في هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى ثلاثة مطالب، مفهوم الوساطة الإلكترونية (المطلب الأول)، أحكام سير عملية الوساطة الإلكترونية(المطلب الثاني) آثار الوساطة الإلكترونية على العقد التجاري الدولي(المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم الوساطة الإلكترونية

الوساطة هي أساس نظام بدائل تسوية المنازعات والمحرك الذي يحرك النظام. كما تعتبر الوسيلة الأساسية لإيجاد حل متفق عليه بين المتنازعين وهي في صميم البدائل ولهذا السبب. وللوصول إلى تعريف للوساطة، لا بدّ من مناقشة تعريف الوساطة أولاً من حيث اللغة ومن حيث الاصطلاح.

وقد عمدت الباحثة إلى تقسيم المطلب إلى: (الفرع الأول) تعريف الوساطة، (الفرع الثاني) تعريف الوساطة الإلكترونية وتمييزها عن غيرها، خصائص الوساطة الإلكترونية (الفرع الثالث)، شروط الوسيط (الفرع الرابع)، الآثار الإيجابية والسلبية للوساطة الإلكترونية (الفرع الخامس).

الفرع الأول: تعريف الوساطة

الوساطة في اللغة من الفعل (وسط) الواو والسين والطاء: بناء صحيح يدل على العدل والنصف، وأعدل الشيء: أوسطه ووسطه، قال الله عز وجل: ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا﴾.⁽¹⁾ ويقولون: ضربت وسط رأسه بفتح السين، ووسط القوم بسكونها.

⁽¹⁾-سورة البقرة، الآية 143.

وهو أوسطهم حسبا، إذا كان في واسطة قومه وأرفعهم محلا⁽¹⁾.

فوسط الشيء (بسطه) وسطا وسطة صار في وسطه يقال وسط القوم ووسط المكان فهو وسط القوم وفيهم وساطة توسط بينهم بالحق والعدل، و(توسط) فلان: أخذ الوسط بين الجيد والرديء وبينهم وسط فيهم بالحق والعدل والشيء: صار في وسطه يقال: توسط القوم، و(الأوسط): المعتدل من كل شيء (ج) أوسط وهي وسطي (ج) وسط، وأوسط الشيء ما بين طفيفه وهو من أوسط قومه من خيارهم، و(الوسط) ظرف بمعنى (بين) يقال جلس وسط القوم، وسط الشيء ما بين طفيفه وهو منه والمعتدل من كل شيء، يقال: شيء وسط بين الجيد والرديء وما يكتنفه أطرافه ولو من غير تساو والعدل والخير يوصف به المفرد وغيره، و(ال وسيط) المتوسط بين المתחاصمين والمتوسط بين المتابعين أو المتعاملين والمعتدل بين شعرين وجمعه وسطاء.⁽²⁾

وإذا ما أردنا ربط للمعنى اللغوي بالاصطلاحى، نجد أن من توسط القوم أو جلس بينهم لم يجل إلى هذا أو إلى ذاك، وتلك صفة أساسية في الطرف الثالث وهو الوسيط الذي يحاول تقرير وجهات النظر بين المתחاصمين بحياد دون تحييز إلى أحد الأطراف، كما أن من معانى هذا الفعل العدل، والمهدف الأساسي الذي تسعى إليه الوساطة هو الإصلاح بين الأطراف ومن ثم إقامة العدل بينهم⁽³⁾.

من التعريفات العديدة التي وردت لضبط مفهوم الوساطة اصطلاحا نذكر ما يأتي: عرفها كريستوفر مور بأنها: "التدخل في مفاوضات أو في نزاع من قبل طرف ثالث مقبول من الطرفين ولا يملك سلطة أو يملك سلطة محدودة في اتخاذ القرار، ويعمل على مساعدة الأطراف المعنية على الوصول طوعا إلى تسوية مقبولة من الطرفين المتنازعين، وقرب من هذا التعريف ما ذكره بنسلم أوديجا في مؤلفه كتعريف للوساطة: تدخل في نزاع أو في عملية تفاوض يقبل الأطراف أن يقوم بها طرف ثالث من صفاته أن يكون غير

⁽¹⁾-سعاد قصعة، الوساطة الالكترونية كوسيلة بديلة لحل المنازعات الالكترونية، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر، المجلد 09، العدد 02، 2020، ص16-17.

⁽²⁾-سعاد قصعة، الطرق البديلة عن الخصومة القضائية-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وتعديلات قانون الإجراءات المدنية والإدارية- دكتوراه علوم تخصص شريعة وقانون، كلية الشريعة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2017-2018، ص174.

⁽³⁾-حنان عتيق، الوساطة الالكترونية كآلية لحل المنازعات عقود التجارة الالكترونية، مجلة معارف، كلية العلوم السياسية، جامعة البويرة، المجلد 18، العدد 02، 2022، ص22.

منحاز، حيادي ولا يملك السلطة أو القوة لصنع القرار وذلك بهدف مساعدتهم، بطريقة تطوعية على الوصول إلى اتفاقية خاصة بهم ومقبولة منهم⁽¹⁾.

كما عرفها مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بأنها: "وسيلة اختيارية لتسوية المنازعات بحل ودي بمساعدة ثالث، تعتمد على الحوار والمشاورات المتبادلة لإقناع طرف النزاع بحل مقتربة، والتوصل إلى حل نابع منهم للنزاع القائم بينهم بعد فحص طلباتهم وادعاءاتهم⁽²⁾.

كما عرفها كارل أ. سليكيو بأنها: "عملية يساعد من خلالها طرف ثالث شخصين أو على التوصل إلى حل نابع منهم بشأن قضية أو أكثر من القضايا المتنازع عليها.⁽³⁾

من خلال هذه التعريفات نستنتج أن الوساطة تقوم على تقرب وجهات النظر بين للمختصين وخلق أرضية للحوار والتفاوض من أجل الوصول إلى حل تابع منهم، وليس لل وسيط سلطة صنع أو فرض القرار عليهم.

على غرار التشريعات لم يتناول المشرع الجزائري تحديد الدلالة القانونية للوساطة ويشير إلى ذلك بصفة واضحة في نصوص القانون رقم . 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الإدارية. إذا أكتفي بالإشارة إلى الوساطة كطريقة لفض التزاعات . ويوضح ذلك في المادة 994 رقم . 09/08 حيث تنص الفقرة الأولى على انه يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على المختصين.

كما في الفقرة الثانية من نفس المادة إذا قبل الخصوم بهذا الاجراء يعني وسيطا لتلقي وجهة نظر اطراف النزاع ومحاولة التوفيق بينهم وارضائهم⁽⁴⁾.

⁽¹⁾-مسعودي يوسف، الوساطة الالكترونية كآلية لتسوية منازعات الاستهلاك المبرمة بوسائل الكترونية، المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة احمد دراية، المجلد 02، العدد 02، 2018، ص146.

⁽²⁾-فارس كريم وهند فايز، الوساطة في المنازعات الإلكترونية، مجلة الحقائق العلمي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 03، 2014، ص 251.

⁽³⁾-فاتح خلاف، الوساطة حل النزاعات الإدارية في ظل قانون الإجراءات الإدارية، مجلة الفكر، العدد 11، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 431.

⁽⁴⁾-القانون رقم 09-08 المتضمن الإجراءات الإدارية والقانونية، المؤرخ 25 فبراير 2008، جريدة رسمية، العدد 21، 2008.

الفرع الثاني: تعريف الوساطة الإلكترونية وتمييزها عن غيرها

من أجل تعريف الوساطة الإلكترونية بشكل واضح وشامل، لا بد من النظر إليها من خلال تعريفين. التعريف الأول هو التعريف التقليدي، ثم ننتقل بعد ذلك إلى التعريف الحديث لبحث في أهم السمات التي أدت إلى اعتماد الوساطة كآلية فعالة في منازعات التجارة الإلكترونية.

أولاً: التعريف التقليدي للوساطة الإلكترونية

تمحور عملية الوساطة حول محاولة إقناع المتنازعين بقبول الحل الذي يقترحه الوسيط لحل النزاع، دون أي ضغط أو إكراه⁽¹⁾.

وبالتالي، فإن الوساطة بالمعنى التقليدي، هي ”وسيلة لحل النزاعات ودياً، حيث يقوم أطراف النزاع، والوسطي يقدم النصائح والإرشاد، ويتاح للمتنازعين إمكانية القبول دون ضغط أو إكراه من الوسيط لحل النزاع.

يقدم الوسيط المشورة والتوجيه مع عرض إمكانيات قد يقبلها الطرفان المتنازعان دون ضغط أو إكراه من الوسيط لحل النزاع.

وتتمثل مهمة الوسيط وجهده في التركيز على نقاط الخلاف أو اقتراح الحلول.⁽²⁾

ثانياً: التعريف الحديث للوساطة الإلكترونية

يستمد المفهوم الحديث للوساطة الإلكترونية من تدخل أجهزة الاتصال الحديثة، بما في ذلك الإنترنـت.

الوساطة الإلكترونية هي وسيلة لحل النزاعات المتعلقة بـ: عقود التجارة الإلكترونية بشكل خاص والعقود الإلكترونية بشكل عام وباستخدام الوسائل التكنولوجية.

⁽¹⁾-أنور محمد صدقي، بسيير سعد زغلول، الوساطة في أحكام الخصومة الجنائية، دراسة تحليلية نقدية، مجلة الشرعية والقانون، العدد 40، 2009، ص2009.

⁽²⁾-عبد السلام ذيب، الإطار القانوني والتنظيمي للوساطة في الجزائر، الملتقى الدولي حول ممارسات الوساطة في الجزائر، يوم 15-16 جوان 2009، منشور على الموقع dz.grfnystie.www.

تعرف الوساطة بأنها ”عملية تتم بشكل فوري و مباشر على الإنترت و تهدف إلى تسهيل التفاعل والتفاوض بين المتنازعين للتوصيل إلى تسوية.“ و تهدف إلى تيسير التفاعل والتفاوض بين المتنازعين للتوصيل إلى حل عادل و مقبول لدى المتنازعين.⁽¹⁾

وبالتالي فهي لا تختلف عن الوساطة التقليدية من حيث المدف والاطار العام إلا أنها تختلف عنها من حيث الوسيلة، حيث تتم من خلال استخدام وسيلة من الوسائل الإلكترونية حيث يكون الوسيط والاطراف المتنازعة متواجدان عادة في دول مختلفة يجتمعون ويتحاورون عن بعد باستخدام وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة، والتي غالبا ما تكون شبكة الانترنت بخلاف ما يجري عليه العمل في الوساطة التقليدية حيث يجتمع كل من الوسيط والاطراف المتنازعة وجها لوجه وفي إقليم دولة واحدة.⁽²⁾

عرفتها المادة 03-01 من قانون الاونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي بانها : ”عملية يتم من خلالها حل النزاع وديا سواء بالوساطة او التوفيق، مع محاولة الوسيط الوصول الى حل للنزاع دون اللجوء الى الاجبار لكلا الطرفين.“ و تتم هذه العملية في مراكز الوساطة الإلكترونية حيث تتوفر جميع الوسائل المادية والبشرية لانجاح العملية قصد حل النزاع بين الطرفين.⁽³⁾ **تمييز الوساطة الإلكترونية عن الوسائل الأخرى**

تعتبر الوساطة الإجراء الأكثر استخداما وتطبيقا في القانون المقارن، سواء كان عقدا عاديا أو عقدا إلكترونيا. خصوصية الوساطة، بالمقارنة مع البدائل الأخرى، تختل المرتبة 1 من البدائل حل النزاعات الناشئة عن مختلف الإجراءات القانونية. يصف هذا القسم هذه الوسائل.

⁽¹⁾-خالدي اسمهان، مرجع سابق، ص 14.

⁽²⁾-بوزنة ساجية، الوساطة في ظل قانون الإجراءات المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرزا، بجاية، 2012، ص 110.

⁽³⁾-ختان عبد الحسن، حسن علي كاظم، الوساطة الإلكترونية وسيلة في تسوية المنازعات، مجلة الكلية الإسلامية، العراق، المجلد 1، العدد 50، 2018، ص 547.

ثالثا: تميزها عن المصطلحات المشابهة

1- الوساطة الإلكترونية والتحكيم الإلكتروني:

تفق الوساطة الإلكترونية والتحكيم الذي يعقد بواسطة الوسائل الإلكترونية الحديثة بنوع النزاعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية، كما أن كلاهما قد أصبح يتسم بالطابع الإلكتروني، وذلك حتى يكون لهذه الوسائل القدرة على فصل التنازعات.

وبالرغم من التشابه بين التحكيم الذي يعقد بواسطة الوسائل الإلكترونية الحديثة، والوساطة الإلكترونية، إلا أنه يوجد اختلافات بينهما أهمها:

- من حيث العلاقة التي تربط الطرفين :

يتعلق بالعلاقة التي تربط بين أشخاص تربط بينهم علاقة وثيقة ويعرف كل منهم الآخر معرفة جيدة، ومن أجل الحفاظ على هذه العلاقة وعدم إيهما، فإنهم يتفقون على إخضاع علاقتهم ومنازعاتهم لشخص ثالث يحدد أوجه الخلاف والتقارب بين وجهات نظرهم، وذلك للتوصل إلى حل يلي رغبتهما ويخظى بالتالي بقبولهم. أما في التحكيم فقد يحتفظ الطرفان بعلاقات تجارية مستمرة فيما بينهما وهذا يكون في القليل النادر، وقد لا يوجد بينهما علاقات سوى العلاقة الناشئة والناشئ عن النزاع وهذا في الغالب الأعم والتي بإنهما يذهب كل طرف إلى حال سيله.

التحكيم ينتهي بصدور حكم قابل للتنفيذ وملزم للأطراف، أما الوساطة فهو مجرد اقتراح لتقارب وجهات النظر يحرر في محضر لا تكون له صفة الإلزامية أو الحجية إلا بعد المصادقة عليه من قبل القضاء.⁽¹⁾

- من حيث الدور الذي يلعبه الطرف المحايد:

إن الوسيط الإلكتروني تقتصر مهمته على مجرد تقديم اقتراحات وآراء للأطراف المتنازعة بشأن النزاع القائم بينهم حتى ولو خاض في تفاصيل النزاع مع أنه غير مطالب بذلك، كما يقوم الوسيط بتحفيز

⁽¹⁾-دريس كمال فتحي، التحكيم التجاري الدولي، محاضرات أقيمت على طلبة السنة الثانية ماستر، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الشهيد حمزة لخضر - الوادي-، السنة الجامعية 2022-2023.

الأطراف على التفاوض وإجراء الاتصالات بينهم، وذلك بهدف الوصول إلى قرار يوافق عليه جميع الأطراف المتنازعة، فإن إرادة الأطراف هي التي تلعب دوراً رئيسياً في إصدار القرار، وفي حال عدم رغبتهما بذلك فإن الوسيط لا يكون له أي دور ذلك أنه لا يملك أي سلطة لفرض التسوية ومن ثم قد تنتهي الوساطة الإلكترونية بدون أي نتائج. بينما يتمتع المحكم بسلطة قضائية تمنحه القدرة على إصدار أحكام وقرارات ملزمة للطرفين.

- من حيث الإلزام:

تحتفل الوساطة الإلكترونية عن التحكيم الإلكتروني من حيث أنه يحق لطرف النزاع الانسحاب في أي مرحلة كانت عليها الوساطة في حين أنها لا يتمتعان بنفس الإمكانية في حالة التحكيم. وبعد هذا الفارق أمراً منطقياً للطابع الإلزامي للتحكيم سواء من ناحية الإجراءات أو من ناحية حكم التحكيم والطابع غير الإلزامي للوساطة، وإذا كانت هناك اختلاف بين التحكيم والوساطة.

2- الوساطة الإلكترونية والمفاوضات الإلكترونية

تحتفل المفاوضات الإلكترونية عن عملية الوساطة الإلكترونية في عدة نواحي أهمها:

✓ من حيث أطراف العلاقة :

تتميز الوساطة عن المفاوضات بوجود طرف ثالث، محايد، يقوم بتحريك عملية الوساطة وإثارة النقاط التي تساعد في تسوية النزاع، وفي المفاوضات المباشرة الإلكترونية يجري الاتصال بين طرف النزاع مع بعضهم البعض من خلال صفحة النزاع المعدة على الموقع الإلكتروني التابع لمركز الوساطة الخمية بكلمة المرور حيث أن الأطراف وحدهم يقومون أثناء مرحلة المفاوضات المباشرة بحل سوء التفاهم والمنازعات بينهم دون أي تدخل من جانب الوسيط أو موظفو مركز الوساطة.

✓ من حيث التكاليف:

إن عملية التفاوض تكون مجانية، فالمراكم لا تأخذ مقابل تقديم أدوات الإتصال للمتفاوضين، سواء كانت على شكل صفحة على الموقع التابع لمركز أو على شكل اتصال هاتفي عبر قنوات المركز، وبغض النظر عن نتيجة التفاوض إيجابية كانت بأن تم حل النزاع من خلالها، أم سلبية لم يتوصلا المتفاوضان من

خلالها ينهيان فيه النزاع. أما فيما يخص الوساطة الإلكترونية فتستوفي مراكز الوساطة، رسوماً وبدلات وساطة.

✓ من حيث السلطات الممنوحة للأطراف

إن سلطة الأطراف المتفاوضة في التفاوض تكون أوسع، كون الحقوق التي يتم التفاوض بشأنها تعود لهم بشكل كامل، فت تكون سلطة كل منهم مطلقة فيما يملك، بينما الوساطة يتمتع الوسيط فيها بسلطة واسعة، كونه يقابل الأطراف ويحاول تضييق فجوة الخلاف بينهم، رغم أنه لا ينتهي بحكم ملزم لهم⁽¹⁾.

✓ من حيث مدة إنهاء النزاع في المفاوضات الإلكترونية

المدة الممنوحة لهم للاتصال والتفاوض من خلال صفحة الاتصال التابعة للمركز هي ثلاثة أيام فقط بعدها يتم إغلاق ملف القضية بصورة آلية، ما لم يطلب طرف النزاع قبل انتهاء مدة الثلاثة أيام المحددة منح مدة إضافية وتقديم أسباب تبرر ذلك 30 ، وقد حدد مراكز أخرى هذه المدة بعشرة أيام مع إلزام المتفاوضين في حالة انتهاء مدة التوصل لحل النزاع بإحالته للمركز مع طلب وسيط أو أكثر لحل النزاع⁽²⁾.

الفرع الثالث: خصائص الوساطة الإلكترونية

تعتبر الوساطة الإلكترونية وسيلة ترتكز على مبدأ حل النزاعات دون اللجوء إلى المحاكم عن طريق تبادل وجهات النظر والاعتماد على الوسيط بإجراءات سرية وتكليف منخفضة وسرعة في إيجاد الحلول وهي الميزة الخاصة للعقود التجارية.

تتميز الوساطة الإلكترونية بعدة خصائص – تسعى من خلالها منح الثقة للمتنازعين في اللجوء إليها كطريق بديل للقضاء⁽³⁾.

⁽¹⁾-منصور داود، فعالية الوساطة الإلكترونية كآلية لحل منازعات التجارة الإلكترونية، "مركز الوساطة الإلكتروني square trade نموذجاً"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، مجلد 06، عدد 02، 2021، ص 947.

⁽²⁾-منصور داود، مرجع سابق، ص 947.

⁽³⁾-عبد الكريم عروي، الطرق البديلة في حل المنازعات القضائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود المسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن عين، الجزائر، 2012، ص 80-81.

أولاً: التقنيات المستعملة في الوساطة الالكترونية:

تحرص الوساطة الالكترونية على استغلال أدوات فعالة تصاحب سير النزاع من بداية الإحالة إلى غاية الفصل فيه، وذلك بتوفير قنوات اتصال آمنة خلال مرحلة الوساطة.

ثانياً: أطراف الوساطة الالكترونية:

من خلال منح أطراف النزاع قابلية الاتصال والتفاوض مع الوسيط حول مسائل النزاع وذلك من خلال عمل الوسيط على اقتراح حلول ودية لفض النزاع مع اعطائهم الفرصة الكاملة للإطلاع ودراسة الحلول المقترحة من طرفه، بالإضافة ان الوسيط يركز على سماع وجهة نظرهم وتعليقاتهم حول سير العملية وطرح احتمالات التي يراها مناسبة دون ضغط او اكراه.

ثالثاً: خصوصية معاملات الوساطة الالكترونية

الزامية حفاظ الوسيط على سرية البيانات المقدمة من طرف المتنازعين واحفاءها أي كان نوعها، مع صيانة العروض الخطية والشفوية الصادرة عن أي طرف أو أحد من الوكلاه وعدم تقديم أي منها إلى القضاء في جميع الحالات، وتعتمد أيضاً على المرونة في تطبيق الإجراءات خلال عملية الوساطة وكذا سرعة في العمل ومحاولة فضه مع الاقتصاد في التكاليف، بالإضافة إلى الغاء ما تم حفظه وتخزينه من بيانات ومعلومات القضية المتنازع عليها.

رابعاً: غياب الشروط الشكلية :

تمتاز الوساطة بالمرونة مع متطلبات أطراف النزاع، فهي تتلاءم مع شبكة الانترنت فلا يوجد في الوساطة أي اجراء شكلي يترتب عليه البطلان، فالوساطة بوجه خاص تهدف إلى اتباع أي اجراء يمكنه من فض الخلاف بين المتنازعين.⁽¹⁾

⁽¹⁾- داود منصور، فعالية الوساطة الالكترونية كآلية بديلة لجسم منازعات التجارة الالكترونية (مركز الوساطة الالكترونية نموذجاً)، مجلـة العـلوم القانونـية والـاجتمـاعـية، جـامـعـة زـيـان عـاـشـور الـجـلـفـة، الـجـلـد 06، العـدـد 02، جـوـان 2021، صـ945.

الفرع الرابع: الشروط المستطلبة توافرها في الوسيط

نصت غالبية التشريعات في دول العالم على مجموعة من الشروط يجب أن تتوفر في الشخص الذي يتولى إدارة عملية الوساطة بهدف مساعدة عملية الوساطة الإلكترونية ويمكن إجمال أهم هذه الشروط على النحو التالي⁽¹⁾:

- **الاختصاص**: يعتبر الشرط الأساسي في تعين الوسيط، فيجب أن يكون الوسيط متخصصاً ومؤهلاً تماماً على قيادة عملية الوساطة والتي يقتضي من خلالها طرفاً النزاع بمحارته وفي حال أن لم يكن آهلاً لذلك فعليه الاعتذار عن قبول النظر في النزاع أو عن الاستمرار فيه.
- **الحيدة**: وهي القاعدة التي من خلالها تم تعينه ليكون الوسيط بين طرفي النزاع ولا يفضل أي طرف على الآخر فالحيدة هي عنوان للوساطة وعليه يتعين على الوسيط أن يقوم بقيادة وتحريك عملية الوساطة بحيدة خلال مراحل سير عملية الوساطة الإلكترونية.
- **الإعلان عن أي مصلحة**: يتعين على الوسيط أن يكون واضحاً وصريحاً مع الأطراف ومركز الوساطة ومن ذلك يجب أن يعلن عن أي مصالح فعلية محتملة له من النزاع المعروض عليه أو مع أي طرف في النزاع بل إن عليه ابتداء رفض طلب تعينه ك وسيط إذا ما توافرت له أي مصلحة في النزاع، ما لم يمكّن طرفاً النزاع في تعينه ك وسيط بعد الإعلان.
- **السرية**: تعتبر من أهم الخصائص التي تميزها الوساطة الإلكترونية، وفي أغلب الأحيان يلحد الأطراف إلى الوساطة الإلكترونية من أجل هذه الميزة، فانطلاقاً من حماية وصيانة خصوصيات المتنازعين فال وسيط يقوم بدور الحماية والمحافظة على كل ما يجري في عملية الوساطة، وما تم من خلاله من تبادل للوثائق والطلبات والتي تعتبر في هذه المرحلة سرية تامة وهذا خلافاً لما اتفق عليه الأطراف أو سمح له بالنشر تنفيذاً للقانون⁽²⁾.

⁽¹⁾- ضريفي نادية، الوساطة الإلكترونية كآلية لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية، العدد 05 (خاص بالملتقى الدولي حول التجارة الإلكترونية وتكنولوجيات الاتصال - الفرص والتحديات)، جامعة محمد البشير الإبراهيمي برج بوعريريج، ديسمبر 2019، ص 25.

⁽²⁾- سمير خليفني، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمر، تizi وزو، الجزائر، 2010، ص 135.

الفرع الخامس: الآثار الإيجابية والسلبية للوساطة الإلكترونية

أولاً: الآثار الإيجابية:

تميّز الوساطة الإلكترونية بعدد من المزايا التي تجعلها فريدة مقارنة بوسائل تسوية المنازعات الأخرى، مما ساهم في زيادة الإقبال عليها⁽¹⁾. لذا، فإن لها أهمية خاصة نستعرضها فيما يلي:

✓ البساطة والمرونة

تمتاز الوساطة الإلكترونية بالبساطة والمرونة وسرعة حسم المنازعات، وهو ما يتلائم مع طبيعة معاملات التجارة الدولية بصفة عامة والإلكترونية منها بصفة خاصة، وهو ما يميزها عن التقاضي الذي تكون إجراءاته طويلة ومعقدة نسبياً.

تجلّى مرونة الوساطة الإلكترونية في سرعتها في الوصول إلى الحلول وتوفير الوقت، حيث لا تتطلب حضور الأطراف المتنازعة أو انتقامهم لمقابلة الوسيط. بالإضافة إلى ذلك، تسهل هذه الوساطة تبادل الأدلة والوثائق والمستندات، وذلك من خلال استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة مثل البريد الإلكتروني وغيرها⁽²⁾.

تظهر مرونة الوساطة الإلكترونية من خلال قدرة الوسيط على الاتجاه مع كل طرف بشكل منفصل ونقل مواقفهم إلى بعضهم البعض، وهو ما لا يمكن للقاضي القيام به. بالإضافة إلى ذلك، يتمتع الأطراف بحرية اللجوء إلى القضاء أو أي وسيلة أخرى لحل النزاعات في حال عدم نجاح الوساطة الإلكترونية في التوصل إلى تسوية ودية⁽³⁾.

✓ السرعة في الإجراءات وتخفيض الوقت

تميّز الوساطة بوضوح وبساطة قواعدها الإجرائية، حيث لا تقييد بإجراءات محددة مسبقاً. فال وسيط ليس ملزماً باتباع خطوات معينة، مما ينح الأطراف حرية اختيار القواعد التي تناسبهم، بشرط أن تنسجم هذه

⁽¹⁾-حسين الماحي ، تنظيم إعادة الميكلة والصلح الواقي والإفلاس، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019، ص.32.

⁽²⁾-إمـ الله الجعيدي محمد عمر، -التنظيم القانوني للوساطة في تسوية النزاعات المدنـية الإلكترونية، مجلـة أبحـاث قـانونـية، السنـة الرابـعة، العـدد السـابـع، كلـية القـانـونـ، جـامـعـة التـحـديـ، ليـبيـاـ، طـبعـة 2019، صـ 183.

⁽³⁾-شـروـق عـبـاس فـاضـلـ، النـظـام القـانـونـي للـوسـاطـةـ، مجلـة جـامـعـة تـكـيـتـ للـحقـوقـ، المـجلـد 01ـ، العـدـد 02ـ، العـراـقـ، 2016ـ، صـ 96ـ97ـ.

القواعد بالحيادية والنزاهة واحترام سيادة القانون⁽¹⁾.

تساهم الوساطة الإلكترونية في تقليل التوتر في المنازعات القضائية، حيث تعتمد على مشاركة الأطراف المتنازعة في العملية بهدف الوصول إلى تسوية النزاع، دون التقييد بقواعد قانونية صارمة أو مبادئ قانونية قد تكون غير مناسبة لطبيعة النزاع⁽²⁾.

تتيح الوساطة الإلكترونية للأطراف المتنازعة استغلال الوقت بشكل فعال والحصول على حلول سريعة، حيث قد تستغرق إجراءات الوساطة في بعض الحالات من ساعتين إلى أربع ساعات فقط، ونادرًا ما تتطلب الوساطة وقتاً طويلاً.

يجب على الوسيط أن يقوم بمهامه خلال فترة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ إحالة النزاع، ويمكن تجديد هذه الفترة لمرة واحدة فقط بعد الحصول على موافقة الأطراف المتنازعة⁽³⁾.

✓ تحقيق العدالة الناجزة

تساهم الوساطة الإلكترونية في تحقيق العدالة بشكل فعال من خلال تلبية احتياجات الأطراف المتنازعة. يتم ذلك من خلال الوصول إلى تسوية النزاع بطرق أكثر بساطة مقارنة بالإجراءات التقليدية في المحاكم، مما يسهم في تقليل الوقت المستغرق.

تساهم الوساطة الإلكترونية في تحقيق العدالة الرضائية بشكل فعال، حيث تُعقد جلساتها عن بُعد عبر الشبكة المعلوماتية، مما يخفف عن الأطراف المتنازعة عبء الانتقال إلى موقع الجلسات. بالإضافة إلى ذلك، يستخدم الوسيط مهاراته الشخصية لإقناع الأطراف بتقدیم تنازلات متبادلة وتعديل مراكزهم القانونية، مما يسهم في حل النزاع بأسرع وقت ممكن. وهذا يساعد على تجنب تقلبات أسعار صرف العملات والبضائع والخدمات، خاصة في مجال التجارة الإلكترونية⁽⁴⁾.

⁽¹⁾-نادية ضريفي، سماح مقران، مرجع سابق، ص 26.

⁽²⁾-حسين الماحي، التحكيم النظامي في التجارة الدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2015 ، ص 13.

⁽³⁾-شروع عباس فاضل، نفس المرجع، ص 92-107.

⁽⁴⁾-ختام عبد الحسن شنان، د. حسن علي كاظم، الوساطة الإلكترونية وسيلة في تسوية المنازعات، مجلة الكلية الإسلامية، الجامعة الإسلامية، العدد الحسيني، 2018، ص 539.

✓ سرية إجراءات الوساطة الإلكترونية

تمييز الوساطة الإلكترونية بطابع سري يلتزم به كل من الأطراف المتنازعة وال وسيط، مما يتبع حل النزاع بسرية كاملة. هذه الخصوصية تمثل أحد الأهداف الرئيسية للتجار في معاملاتهم التجارية، حيث قد تدفعهم إلى اللجوء إلى القضاء الذي تعقد جلساته بشكل علني، مما قد يؤثر سلباً على أمرهم المالية والشخصية من خلال عرضها أمام العامة⁽¹⁾.

بالإضافة إلى أنه لا يسمح بالاستناد إليها بين الأطراف أو في مواجهة الآخرين، كما يمنع إفشاوها. تشمل السرية طلب اللجوء إلى الوساطة الإلكترونية والموافقة على المشاركة فيها، بالإضافة إلى جميع الاقتراحات أو العروض أو التنازلات أو المعلومات أو الوثائق، سواء التي يقدمها الأطراف المتنازعة أو التي يتم إعدادها في سياق الوساطة⁽²⁾.

تمييز الوساطة الإلكترونية بالسرية في جميع جوانبها، سواء من حيث وجودها أو سيرها أو نتائجها. ذلك يتم من خلال توفير قنوات اتصال آمنة تُستخدم في جميع مراحل الوساطة، بدءاً من الاتفاق الأولي وحتى توقيع الاتفاق النهائي.

✓ المحافظة على المصالح المشتركة والعلاقات الودية بين الخصوم:

المدارف الأساسي للوساطة الإلكترونية هو الوصول إلى حل أو تسوية ودية بين الأطراف المتنازعة، بالإضافة إلى الحفاظ على العلاقات الودية بينهم واستمرارها. في حين يُعرف القضاء التقليدي بأنه قضاء العلاقات المكسورة، حيث يصبح الخصمان أعداء. أما الوساطة الإلكترونية، فتبدأ أعمالها وإجراءاتها بينما تظل العلاقات والروابط قائمة بين الأطراف المتنازعة، مما يسهم في تعزيز التفاهم والتعاون بينهم⁽³⁾.

بما أن الوساطة هي عملية تطوعية تتميز بالسرية والأمان، ولا تتضمن أي إلزام في قرارتها، فإنها

⁽¹⁾- حسام عدلي حاد، الوساطة الإلكترونية كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بنها، 2023، ص 69.

⁽²⁾- بوجمعة جعفر، مرجع سابق، ص 19.

⁽³⁾- معتز حمدان مرزوق بدر، ص 59-60.

تساهم في بناء علاقات ودية بين الأطراف وتساعد في الحفاظ على استمراريتها⁽¹⁾.

إن الدور الأساسي الذي يلعبه الوسيط في الوساطة الإلكترونية يتمثل في تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة للأطراف المتنازعة، بدلاً من التركيز على تطبيق القانون. وهذا يساعده في الحفاظ على العلاقات والمصالح المشتركة، حيث لا يتعرض أي طرف للخسارة نتيجة الوساطة، مما يجعل كلاً الطرفين راحين. وهذا يختلف عن الأحكام القضائية التي غالباً ما تصدر لصالح طرف على حساب الآخر⁽²⁾.

✓ استمرار العلاقات الودية بين الفرقاء:

تتيح الوساطة للأطراف المتنازعة فرصة الاجتماع في جلسات مخصصة، حيث يمكنهم عرض وجهات نظرهم بهدف كسر الجمود القائم بينهم والسعى لإيجاد حل يرضي جميع الأطراف. وبالتالي، فإن التسوية الناجمة عن الوساطة تُعتبر نتاجاً مشتركةً لجميع الأطراف، مما يميزها عن القضاء الذي ينتهي غالباً بحكم لصالح طرف وخسارة آخر⁽³⁾، مما قد يؤدي إلى تدهور العلاقة الودية بين الأطراف وزيادة التوتر والعداوة. يمكننا إذن أن نعتبر أن الوساطة الإلكترونية تشكل خطوة بارزة نحو تعزيز بيئة الأعمال العالمية، من خلال تقديم حلول مبتكرة وفعالة لحل النزاعات التجارية في العصر الرقمي.

ثانياً: الآثار السلبية:

على الرغم من المزايا العديدة التي توفرها الوساطة الإلكترونية في حل النزاعات التجارية، إلا أنه قد تظهر بعض الآثار السلبية نتيجة لذلك سنوضحها في هذا الفرع.

✓ عدم الزامية الوساطة

للطرفين دائماً الحق في رفض الاقتراح المقدم من الوسيط، والذي يمكن أن يكون سبباً لإطالة النزاع ومنع التوصل إلى تسوية⁴.

⁽¹⁾-بوجعة جعفر، مرجع سابق، ص 32-33.

⁽²⁾-ختام عبد الحسن شنان، د. حسن علي كاظم، ص 547.

⁽³⁾-خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، سنة، 2008، ص 146.

⁽⁴⁾-شعبان حسام، الاختصاصات المتنازعات التجارية الإلكترونية بين القضاء الوطني والتحكيم عبر الأنترنت دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2018، ص 168.

✓ التحديات القانونية والتنظيمية:

تختلف القوانين المتعلقة بالوساطة الإلكترونية من بلد إلى آخر، ويمكن أن تتسب بمحاولات تنفيذ قرارات الوساطة عبر الحدود في حدوث تعقيدات قانونية. هذا الخلاف القانوني يمكن أن يعيق فعالية الوساطة الإلكترونية في العقود الدولية.

✓ تأثير المخاطر التقنية:

بالإضافة إلى التغارات الرقمية الموجدة في بلد واحد، ناهيك عن الاتصالات الدولية، فإن تأثير المخاطر التكنولوجية التي تتحذ أشكالا مختلفة عبر الإنترن، من التلاعب بمحظى البرامج المستخدمة في آليات الوساطة، سواء كانت مقصودة أم لا، وهذا يؤثر على الحق في المواجهة والاستماع¹.

على الرغم من هذه العيوب، تظل الوساطة الإلكترونية وسيلة فعالة وموثوقة لحل أي نزاع تجاري ينشأ، حيث إنها صك غير ملزم للطرفين وتحافظ على العلاقات بين الطرفين في حالة عدم وجود اتفاقية تسوية، ولكن بمجرد إبرام اتفاقية تسوية واستمرار الاتفاقية، تصبح ملزمة لكلا الطرفين. أما بالنسبة للفحوة الرقمية، فيمكن التغلب عليها باستخدام برامج حديثة مختلفة تكافح تغلغل الواقع والماكر لحل مثل هذه النزاعات.

المطلب الثاني: أحكام سير عملية الوساطة الإلكترونية:

بمجرد موافقة طرف النزاع على الوسيط والإجراءات يتم الانتقال إلى المرحلة الثانية للوساطة يتم في هذه المرحلة مناقشة الموضوع واستخراج نقاط الخلاف الجوهرية وذلك بعد إرسال بريد الكتروني متضمن اسم مرور من قبل الوسيط لكل من طرف النزاع يستطيع طرف النزاع من خلال الدخول إلى صفحة النزاع المعدة على موقع المركز ليتمكنوا من حضور جلسات الوساطة لمناقشتهم طلباتهم والتداول معهم حول موضوع النزاع بهدف التوصل إلى حل وسيط يقبله الطرفين.

¹ -عاشور رامز، الوساطة والفاوضات الإلكترونية كوسائل بديلة لفض المنازعات عقود التجارة الدولية الإلكترونية، مجلة القدس للبحوث الأكاديمية، نسخة العلوم الإنسانية والاجتماعية، دون عدد، 2023، ص 80.

بعدما يقدم طرفا النزاع طلباتهم بغية التوصل إلى حل يرضي الطرفين تعقد جلسات الوساطة الالكترونية ثم يقوم الوسيط بإعداد اتفاق التسوية النهائية ويلزم عرض على طرف النزاع حتى يتم التوقيع عليه، وخلال جلسات الوساطة وهذه العملية تتم بواسطة على النقر على الخانة المتخصصة له بعد الدخول على عنوان موقع الالكتروني الخاص بالمركز ثم يقوم بإدخال العنوان الالكتروني واسم المرور الذي سبق إن أرسله له الوسيط والخاص بالنزاع المراد التعديل عليه، وفي نهاية هذه العملية تظهر قائمة على شاشة الحاسوب تتضمن القضايا وأرقامها ليقوم باختيار رقم القضية المطلوب والدخول عليها بالنقر على الخانة الخاصة بها، وإجراء التعديل المراد القيام به بعد ذلك ينقر على مفتاح اقرأ أو أرسل رسالة مع إرسال نسخ لل وسيط وعدد المتنازعين.

- **رسوم الوساطة الالكترونية:** بما إن الوساطة الالكترونية مدفوعة الأجر فان الرسوم لها أهمية في سير إجراءات الوساطة، وتقسم تكاليف الوساطة الالكترونية إلى ثلاثة تكاليف يمكن حصرها فيما يلي¹ :
 - **رسوم التسجيل:** وهي الرسوم التي يستوفيها المركز من طالب الإجراء أو التسوية عند قيد الطلب لدى المركز.
 - **المصاريف الإدارية:** وهي المبالغ المقررة تبعا لطبيعة النزاع وإبداء حله، وتعطي تكاليف المراسلات والإخطارات التكاليف الإدارية الالزامية.
 - **الأتعاب:** وهي المصاريف المقررة لل وسيط في عملية الوساطة.

كما أن هناك مجموعة من المراكز التي تستوفي رسوم ومقدار ونوع الوساطة الالكترونية، وهي كالتالي:

1. يستوفي مركز وساطة Internet neutral مبلغ 250 دولار عند تقديم الطلب ونفس المبلغ عند الجواب، هذا مقابل ساعتين من جلسات الوساطة وساعتين من إعداد الطلبات والاطلاع أما رسوم الوساطة فتقدر بقيمة المبلغ المتنازع عليه.
2. كما كان يستوفي Square Trade مركز وساطة مبلغ 20 دولار عند إرسال طلب الوساطة.

¹ - داود منصور، مرجع سابق ذكره، 947

3. مركز بيع Elance يعفي مقدم الطلب من دفع رسوم التسجيل المقدر ب 20 دولار، كما يستوفى المركز نفس المبلغ نفس المبلغ السابق كرسم للوساطة إذا كان مبلغ النزاع ل يتجاوز 1000 دولار، أما إذا تجاوز هذا المبلغ يضاف 1 بالمائة كرسم عليها، أما جلسات الوساطة التي تتعقد من الساعة السابعة صباحا إلى الساعة السابعة مساءا يدفع عن كل ساعة منها 125 دولار، وغيرها يضاف إلى المبلغ بنسبة 50 بالمائة، على أن ليتجاوز 2500 دولار

4. مركز Sony لبيع الإلكترونيات يعفي المتنازعين من أداء أية رسوم.

–مراكز الوساطة وشروط التسجيل فيه: ⁽¹⁾

يعود السبب في اللجوء لهذا الأسلوب هو التشجيع على إحالة النزاع على الوساطة باعتبار انه لا يتصور أن يتوصل الطرفان بمفردهما للحل، ومن بين هذه المراكز نظام الوساطة التابع للمنظمة الدولية، وهو إجراء يتضمن كلًا من الوساطة والتحكيم، وتبعد مساعيه بموافقة الأطراف على اللجوء إليه، على أن يتم الاتصال بينهما بواسطة البريد الإلكتروني أو الهاتف أو المخاطبة.

ظهر كذلك مركز أبحاث القانون العام بكلية الحقوق جامعة مونتريال بكندا بنظام المحكمة القضائية، يجري بمقتضاه استخدام الوساطة والتحكيم عبر وسائل الكترونية في تسوية بعض النزاعات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية **K online ombudsoffice** وهي مكتب للوساطة اسس عام 1996 من قبل مركز يسمى **center for technologyand dispute resolution** وهذا المركز تابع لجامعة **Massachusetts** الأمريكية، وهو يقدم أعمال الوساطة مجانا.

تسري آلية الوساطة الإلكترونية عندما يقوم المدعي بإيداع طلب وساطة إلكترونية عبر تعبئة نموذج إلكتروني سري، وعلى مقدم الطلب أن يكون واضحًا ودقيقًا وعليه إيراد ملخص عن شكوكه، وإذا قبل طلب الوساطة المقدم منه، يستلم جواباً إلكترونياً بالقبول مع رمز دخول، وكلمة سر تسمح له بالولوج إلى قاعدة الوساطة الإلكترونية.

⁽¹⁾–نادية ضريفى، سماح مقران، مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية، مج:3، ع1، 2018م، ص29.

-تقديم الطلب إلكترونياً لمركز الوساطة

تبدأ عملية الوساطة الإلكترونية بتبعة الطلب المخصص لذلك مسبقاً على موقع المركز الإلكتروني، والمتضمن البيانات الشخصية لطالب الوسيط وملخصاً عن موضوع النزاع والطرف الآخر وكيفية الاتصال به، وباستلام المركز للطلب ودراسته وقبوله، يقوم بإرسال تأكيد للطالب يختره من خلاله بقبول الطلب.

وعليه وفقاً لمركز Square Trade تمر العملية عبر ثلاثة مراحل⁽¹⁾:

المرحلة الأولى: يقوم المدعي بالدخول إلى موقع الوساطة الإلكترونية للمركز ملء استمارة المطالبة على شبكة الأنترنت، وتحتوي هذه الاستمارة على اسم المدعي وعنوانه الإلكتروني وتفاصيل النزاع، بالإضافة بعض المعلومات عن المدعي عليه وكيفية الوصول إليه، وادخال جميع المعلومات ذات الصلة على شكل إلكتروني.

المرحلة الثانية: بعد استلام المركز للطلب يقوم بدراسته وقبوله، ثم يقوم بتأكيد لتقديم الطلب يعلمه باستلام الطلب وقبول النزاع .

المرحلة الثالثة: يقوم المركز بتبلغ الطرف الآخر، ويسأله فيما إذا كان يرغب في تسوية النزاع عن طريق الوساطة الإلكترونية، فإذا كان جوابه الرفض فإن إجراءات الوساطة تنتهي ويتم إبلاغ طالب الوساطة بأن الوساطة الإلكترونية غير ممكنة، أما إذا كانت إجابته قبول الوساطة تبدأ عملية الوساطة ويتم تبلغ الطرف الآخر. أما إذا قدم الطلب من كلا الطرفين يكتفي المركز عند استلامه الطلب بإرسال تأكيد إلى طرف النزاع من خلاله باستلام طلب الوساطة والتاريخ المحدد لبداية عملية الوساطة.

- توجيه الإشعار: حتى يتحقق المدفوع من الوساطة الإلكترونية، وحتى تتحل لكل طرف فرصة متكافئة للوصول إلى تسوية مرضية، يتعين إشعار طرف النزاع بقبول طلب الوساطة، وعليه يتم توجيه الإشعار وفق المركز Square Trade بمجرد قيام المدعي بإكمال استمارة التقديم، مزود الخدمة في المركز يقوم وعبر البريد الإلكتروني الاتصال بالمدعي لإبلاغه قبول القضية، ورمز دخول كلمة السر تسمح له الولوج

⁽¹⁾-حنان عتيق، الوساطة الإلكترونية كآلية لحل المنازعات عقود التجارة الإلكترونية، مجلة معارف، العدد 02، المجلد 18، جامعة البويرة، ص.34

إلى قاعدة الوساطة الإلكترونية ومن ثم يجري إبلاغ الطرف الآخر عبر بريده الإلكتروني، ليتم التواصل فيما بينهم وتبادل الآراء حول القضية. مع العلم أنه يعطي بعض مزودي خدمات حل النزاعات على شبكة الأنترنت الأطراف صلاحية تعيين الوسيط عن طريق اختياره عبر لائحة أسماء مع بيانات مختلفة متوفرة على الموقع، أما البعض الآخر، فيقومون بالاتصال بالدعى عليه لأخذ موافقته على استعمال الخدمة وذلك قبل تسجيل الطلب، وتعيين الوسيط، فإذا وافق على استعمال الخدمة، يعين الوسيط وتنطلق آلية الوساطة في مرحلتها الثانية، حيث يتم في هذه المرحلة مناقشة موضوع النزاع واستخراج نقاط الخلاف الجوهرية، وذلك بعد إرسال بريد إلكتروني متضمن اسم المرور من قبل الوسيط لكل من طرف النزاع، يستطيع طرف النزاع من خلال الدخول إلى صفحة النزاع المعدة على موقع المركز، ليتمكنوا من حضور جلسات الوساطة لمناقشة طلباتهم والتداول معهم حول موضوع النزاع بهدف التوصل إلى حل وسيط يقبله الطرفين.

- انتهاء عملية الوساطة الإلكترونية. ⁽¹⁾

في حالة توصل الوسيط إلى تسوية النزاع وديا بين الخصوم أو العكس تنتهي عملية الوساطة فإذا تم التوقيع على اتفاق التسوية من قبل المتنازعين تنتهي عملية الوساطة لأن هذا الاتفاق بعد المصادقة عليه يصبح ملزما وواجب النفاذ قانونا ولا يخضع لأي طعون وهذا ما نصت عليه المادة 18 من قواعد الوساطة الصادرة عن WIPO.

أما إذا لم يتم التوصل إلى تسوية ودية للنزاع فهذا راجع إلى سبب من الأسباب الواردة في المادة 11 من قانون الأونسيتار النموذجي للتوفيق التجاري الدولي وهو كما يلي:

-إصدار إعلانا من الموفق بعد التشاور مع طرف النزاع يحتوي على أنه لا يوجد ما يسوغ القيام بهزيد من جهود التوفيق من تاريخ حدوث الإعلان.

-إصدار إعلانا من الموفق بعد التشاور مع طرف النزاع يحتوي على أنه لا يوجد ما يسوغ القيام بهزيد من جهود التوفيق من تاريخ حدوث الإعلان.

⁽¹⁾-نادية ظريفى، سماح مقران، مرجع سابق، ص 31.

- توجيه إعلان للموفق صادر من طرف النزاع يبين فيه انتهاء إجراءات التوفيق في تاريخ صدور الإعلان.
- إصدار أحد طرف النزاع إعلاناً موجهاً إلى الطرف الآخر والموفق في حالة تعينه يفيد بانتهاء إجراءات التوفيق في تاريخ صدور الإعلان، كذلك من الأسباب انتهاء عملية الوساطة انتهاء المدة المحددة لتسوية النزاع أو تغيب أحد طرف النزاع أو كلاهما عن جلسات الوساطة بدون معدرة مشروعة.
- عند انتهاء عملية الوساطة سواء كانت إيجابية أو سلبية يرسل الوسيط فوراً إخطار مكتوباً إلى المركز يعلم فيه بانتهاء الوساطة، ويقع على هذا الأخير واجب الحفاظة على ما ورد في هذا الإخطار من المعلومات، وان لا يكشف لأي شخص عن وجود عملية الوساطة لديه أو عن نتيجتها، كما يجب عليه إعادة كل الوثائق والمستندات للأطراف والتي قدموها خلال عملية الوساطة إلا في حالة استعمال المعلومات الخاصة بموضوع الوساطة في أية معطيات إحصائية ينشرها تكون متعلقة بنشاطه شرط إن لا يكشف عن هوية أطراف النزاع وهذا ما نصت عليه المادة 19 من القواعد الوساطة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية الوليبو.
- يلغا الأطراف في حالة فشل المساعي لحل النزاع بإحدى الطرق الثلاثة السابقة إلى وسيلة أخرى تعتبر من أهم وأنفع الوسائل الإلكترونية لحل منازعات عقود التجارة.

المطلب الثالث: آثار الوساطة الإلكترونية على العقد التجاري الدولي

تلعب الوساطة الإلكترونية دوراً حيوياً في تسهيل عمليات التفاوض بين الأطراف المتنازعة، حيث يقوم طرف محايد بتسهيل الحوار للوصول إلى حل يرضي جميع الأطراف. هذه العملية لا تكرر فقط على الجوانب القانونية، بل تأخذ بعين الاعتبار مصالح الأطراف، مما يعزز من فرص الوصول إلى تسوية مرضية. ويقسم هذا المطلب إلى: (الفرع الأول) تسوية النزاع، (الفرع الثاني) عدم التوصل إلى حل النزاع.

الفرع الأول: تسوية النزاع:

في حال استطاعة الوسيط من تحقيق مهمته وتوحيد آراء أطراف النزاع ، فإن هذا الأخير سيباشر في إجراءات اتفاق تسوية النزاع بين أطراف الخصوبة ليتم بعد ذلك عرضه والمصادقة عليه من قبل هؤلاء، وبحدر الإشارة أنه وبمجرد المصادقة على الاتفاق الصادر تنتهي عملية الوساطة ويصبح هذا الاتفاق ملزماً للطرفين ونافذاً من الناحية القانونية، فلا يحق للأطراف المعنية الانسحاب أو التراجع عن تنفيذه وهو ما

جاء طبقاً للمادة 15 من قانون اليونيسترال النموذجي حيث نصت على: "إذا أبرمت الأطراف اتفاقاً يسوى منازعاتها، كأن ذلك الاتفاق على التسوية ملزماً وواجباً للإنفاذ".

وفي حالة عدم وفاء أحد الطرفين بتنفيذ الاتفاق فإن مركز الوساطة يتيح للأطراف فتح القضية من جديد، ويكون ذلك خلال أسبوعين من تقديم طلب الوساطة الأولى⁽¹⁾.

الفرع الثاني: عدم التوصل إلى حل النزاع

قد تنتهي الوساطة بفشل الوسيط في وجود حل للنزاع وتوحيد آراء الأطراف، أو قد تنتهي بانسحاب أحد الأطراف وإعراضه عن إجراءات الوساطة، حيث لا يملك الوسيط سلطة إلزام الأطراف على المضي في إجراءات المصادقة على اتفاق الوساطة، وإنما تتجلى مهمته في محاول تقارب الآراء للوصول إلى اتفاق وحسم النزاع وذلك عبر الطرق الإلكترونية الحديثة.

في حال اسفرت الوساطة كآلية عن فشلها في حسم النزاع المعروض يلجأ الوسيط مباشرة إلى اخطار مركز الوساطة بانتهاء العملية وذلك كتابياً، مما يرتب على المركز واجب المحافظة على كل ما ورد في الإخطار الكتابي، بالإضافة إلى إعادة كل الوثائق والمستندات التي قدمها الأطراف خلال سير عملية الوساطة⁽²⁾.

⁽¹⁾-حنان عتيق، الوساطة الإلكترونية كآلية لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 38.

⁽²⁾-حنان عتيق، المرجع نفسه، ص 39.

خلاصة:

يستخلص من الفصل الثاني للدراسة أن تسوية المنازعات في ظل عقود التجارة الدولية المتأثرة بأحداث القوة القاهرة يعد من أهم الجوانب التي تتطلب تنظيمها بشكل دقيق، نظراً لتعقيدات العلاقات التجارية، وتحسناً لحدوث أي خلافات بين الأطراف من عدة دول مختلفة وقد أتينا على ذكر إعادة التفاوض، والتحكيم التجاري الدولي، والوساطة الإلكترونية كآليات لحل هذا النوع من النزاعات، وتوصينا من خالل ذلك إلى:

- اللجوء إلى شرط إعادة التفاوض المتضمن في بنود العقد، أو المتفق عليه بعد حلول القوة القاهرة، وذلك رغبة من الأطراف في الحفاظ على استمرارية العقد وذلك للخروج عن المفهوم التقليدي للقوة القاهرة الذي لا يساهم في استقرار المعاملات التجارية على المستوى الدولي، والانتقال إلى المفهوم الحديث الذي يحاول تحقيق إعادة التوازن الاقتصادي للعقد وهو ما ذهبت إليه منظمات التجارة الدولية.

- بعد اللجوء إلى إعادة التفاوض قد ينتهي الأطراف إلى تعديل بنود العقد إعادة صياغته، وقد يفشلون في ذلك وهو الغالب فيتم حينها اللجوء إلى آليات أخرى لتسوية النزاعات كالتحكيم التجاري والوساطة الإلكترونية.

خاتمة

إنه وبعد الخوض بالبحث والتقسي في موضوع هذ البحث الموسوم بـ: أثر القوة القاهرة على عقود التجارة الدولية في الفقه الإسلامي والتشريعات الدولية، حيث يعد من أهم المواضيع المرتبطة بعقود التجارة الدولية في العصر الحديث خاصة وأن الأحداث والظروف تتغير بشكل دائم، وقد أوجزت الباحثة أهم النتائج المتوصل إليها من خلال معاجلة مختلف عناصر وجزئيات هذا الموضوع، إضافة إلى الإشارة في نهاية الدراسة إلى بعض التوصيات.

أولاً: النتائج:

من أهم النتائج التي خلصت إليها الباحثة ما يلي:

● للقوة القاهرة عدة تعاريف فقهية وتشريعية كانت محل خلاف بين الفقهاء وقد توصلنا إلى أنها في عمومها تعني: "كل حادث ينشأ مستقلاً عن إرادة أطراف العقد بحيث لا يمكن تصوره أو الاحتراز منه عند إبرام العقد مع عدم القدرة على دفعه وتوخي آثاره مما يؤدي إلى إعفاء المدين من تنفيذ التزامه وتعويض الضرر الذي يصيب الدائن".

● تعتبر القوة القاهرة من أهم النظريات الفقهية والقانونية التي تواجه نوعاً ما صعوبة في تحديد مفهومها وذلك نظراً لعدم تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية لهذا المصطلح وان كانت عالجته تحت عدة مسميات (تحمل التبعية، الآفة السماوية، الجائحة....)، بالإضافة إلى عدم وضع مختلف التشريعات الوضعية كالمشرع المصري والعربي مثلاً لمفهوم قانوني محدد والاقتصار على ذكرها كسبب أجنبي يؤدي إلى انفاسخ العقد واستحالة تنفيذه.

● تتحلى شروط تطبيق القوة القاهرة عموماً في كل من الفقه الإسلامي و مختلف التشريعات الوضعية في:

— أن يكون الحادث أجنبياً خارجاً عن إرادة المدين.

— لا يمكن توقعه قبل إبرام العقد.

— عدم القدرة على دفعه.

● يتفق أغلب الفقهاء وكذا التشريعات على عدم وجود فرق بين القوة القاهرة والحوادث الفجائية إذا

يفضي كل منهما إلى انفساخ العقد.

● تختلف نظرية القوة القاهرة عن نظرية الظروف الطارئة في عدة جوانب أبرزها نطاق تطبيق كل منها حيث تؤدي الأولى بمفهوم القانوني إلى انفساخ العقد وإنهائه تلقائيا، أما الثانية فتؤدي إلى تخفيف الالتزام فحسب دون انقضائه.

● يجوز لأطراف العقد الاتفاق على تنظيم أحكام القوة القاهرة وتوسيع مفهومها كونها لا تعتبر من النظام العام فحاز الاتفاق على خلافها.

● يواجه تطبيق حدت القوة القاهرة جملة من الصعوبات وأبرزها اختلاف تفسيرها من القانون المدني إلى القانون العام، واختلاف التعامل معها من التشريعات الوطنية إلى الدولية حيث تتسع هذه الأخيرة في مفهوم القوة القاهرة، وكذا في إضفاء طابع المرونة على شروط تطبيقها وذلك نظراً للخصوصية التي تتمتع بها العقود التجارية الدولية.

● عند حدوث القوة القاهرة تترتب بعض الالتزامات على أطراف العقد، فيلتزم المدين بإخطار الدائن بالحدث في أسرع وقت وكذا بالنتائج المتوقعة والمحتملة جراء الحدث، في حين يلتزم الدائن بتحفيض الضرر ما أمكنه واتخاذ التدابير الالزامية لتقليل حجم الخسائر الناتجة عن الاعلال بتنفيذ العقد من قبل المدين.

● في المفهوم القانوني للقوة القاهرة على مستوى التشريعات الوطنية فإن آثارها تفضي إلى استحالة التنفيذ وانفساخ العقد تلقائيا مع انتفاء المسؤولية عن المدين، أما بالنسبة للتشريعات الدولية والاتفاقية وحفظها على مصالح الأطراف واستقرار المعاملات فيقول أثر القوة القاهرة إلى وقف تنفيذ العقد وذلك لتعديلها من خلال شرط إعادة التفاوض كحل أولي، أو اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي والوساطة في حال اسفرت المفاوضات عن فشلها في إعادة التوازن للعقد.

● يشكل شرط إعادة التفاوض وسيلة ناجعة في إيجاد البديل لتنفيذ عقود التجارة الدولية في ظل القوى القاهرة وهو ما أثبتته جائحة كورونا مؤخراً مما دفع المشع الفرنسي ومبادئ اليونيدرو والعديد من التشريعات إلى تبني مبدأ إعادة التفاوض وتطبيقه على العديد من العقود على اختلافها.

● يكون اللجوء إلى القضاء والتحكيم التجاري الدولي لمعالجة احتلال تنفيذ العقد بعد فشل أطرافه

في عملية إعادة التفاوض للحفاظ على العقد.

● نظراً لطبيعة وخصوصية عقود التجارة الدولية فإن اتفاق الأطراف يتجه إلى وسائل بديلة عن التحكيم والتقاليد لتسوية النزاعات عند فشل المفاوضات وذلك كالوساطة والتوفيق والتي أثبتت هي الأخرى فعاليتها خلال الحوادث العالمية الأخيرة.

الوصيات والاقتراحات:

● سعي التشريعات الوطنية وكذا الدولية وراء وضع مفهوم دولي مصطلح القوة القاهرة وتحديد معيار تقدير تغير الظروف مما يعطي أكثر الحلول للنزاعات التجارية الدولية وذلك في فترات زمنية وجيزة.

° ضرورة العمل على تعزيز التعاون الدولي لمواجهة الصعوبات التي تملّها القوة القاهرة في مجال عقود التجارة الدولية ويتتحقق ذلك من خلال توحيد التشريعات مما يسهل تطبيق النظرية وآثارها القانونية على هذا النوع من العقود.

° تجنب الجمود والتمسك بمبدأ قدسيّة العقد من قبل هيئات التحكيم التجاري الدولي وهو الملاحظ من خلال قراراتها، والاتجاه نحو التوسيع في إعمال نظرية القوة القاهرة وكذا المرونة في تعديل الالتزامات العقدية المتأثرة بهذا الحدث.

° على أطراف العقد تنظيم مسألة إخطار المدين للدائن بالحادث الواقع والنتائج المترتبة على وقوعه خلال مرحلة المفاوضات والإبرام وذلك من الناحيتين الشكلية وكذا الموضوعية.

° ضرورة تضمين أطراف العقد شرط إعادة التفاوض خلال إبرامه بشكل صريح وتنظيمه بدقة حفاظاً على كيان العقد وتجنبها للإشكالات المتوقعة ظهورها خلال مرحلة تنفيذه.

الملاحق

الملحق رقم (1): المبادئ العامة لعقود التجارة الدولية (اليونيدرو)

مادة 1-2-6

(احترام العقد)

عندما يصبح تنفيذ العقد أكثر كلفة بالنسبة لأحد الأطراف، يظل هذا الطرف، متزماً بتنفيذ التزاماته وفقاً للأحكام الواردة أدناه في شأن الظروف الشاقة.

مادة 2-2-6

(تعريف الظروف الشاقة)

توازف الظروف الشاقة إذا وقعت أحداث تخل ب بصورة جوهرية بتوافر العقد إما بدفع تكاليف التنفيذ على أحد الأطراف، وإما بخضوع قيمة ما ينتقاه أحد الأطراف، ويتعين توافر ما يلي:

(أ) أن تقع هذه الأحداث، أو يضم بها الطرف الذي تعرض لها، بعد إبرام العقد.

(ب) أن لا يمكنأخذ هذه الأحداث في الحسبان بصورة معقولة من قبل الطرف الذي تعرض لها، عند إبرام العقد.

(ج) أن تكون هذه الأحداث خارجة عن سيطرة الطرف الذي تعرض لها.

(د) أن لا يكون الطرف الذي تعرض لهذه الأحداث قد تحمل بخطر وقوع هذه الظروف.

مادة 3-2-6

(أثر الظروف الشاقة)

(1) في حالة الظروف الشاقة، يحق للطرف الذي تعرض لها طلب إعادة التفاوض، ويتعين توجيهه هذا الطلب مسبباً دون تأخير غير مبرر.

(2) لا يخول طلب إعادة التفاوض، في حد ذاته، للطرف المعذور من الطرف الشاق الحق في الاستئناف عن التنفيذ.

(3) إنما يتم التوصل إلى اتفاق خلال مدة معقولة، فيحق لأي من الطرفين النجوة إلى القضاء.

- (3) يجوز للطرف الدائن في حالة التأخير غير الجوهري في التنفيذ، أن يوجه إخطاراً يسمح فيه بمدة إضافية معقولة، ويجوز له فسخ العقد عند الفضاء هذه المدة. فإذا كانت المدة الإضافية المسموح بها غير معقولة فتمتد لمدة معقولة. ويجوز للدائن أن يضمن إخطاره ما يفيد أن عدم تنفيذ الالتزامات خلال المدة الممنوعة يموجب الإخطار يترتب عليه اعتبار العقد منتهياً بقوة القانون.
- (4) لا تطبق الفقرة (3) إذا كان الالتزام غير المنفذ ثانوي الأهمية بالنسبة لمجموع الالتزامات المدين.

مادة 6-1-7

(بنود الإعطاء من المسئولية)

لا يجوز التمسك بالبند الذي يحد من مسؤولية أحد الأطراف عن عدم التنفيذ أو أن يستبعد هذه المسئولية أو يسمح لأحد الأطراف بأن يقدم تنفيذاً يختلف اختلافاً جوهرياً عما كان من المعمول أن يتوقعه الطرف الآخر إذا ما كان التمسك بذلك البند شديد الإيجاب بالنظر إلى الغرض من التعاقد.

مادة 7-1-7

(النحوة القاهرة)

- (1) يطرد المدين من المسئولية عن عدم التنفيذ إذا ثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى حادث لا سيطرة له عليه أو كان من غير المعمول أن يدخله في حساباته عند إبرام العقد أو كان لا يستطيع تجنبه وقوعه أو تقادمه أو تجاوز تنتائجها.
- (2) إذا كان الحادث مزقاً فحسب، فيظل الإعطاء منتجاً لآخر خلال مدة معقولة يراعى فيها أثر الحادث على تنفيذ العقد.

- 3) يلتزم المدين بأن يخطر الدائن بوجود الحادث ونتائجها 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.

البحث الثاني : الحق في التنفيذ

مادة 1-2-7

(تنفيذ التزام نفدي)

في الأحوال التي لا يسد فيها المدين ديناً متمثلاً في مبلغ نفدي، فيجوز للدائن مطالبه بالسداد.

مادة 2-2-7

(تنفيذ التزام غير نفدي)

في الأحوال التي يلتزم فيها المدين بالتزام غير نفدي ولا ينفذه، يجوز للدائن أن يطالب بالتنفيذ ما لم يكن:

- أ) التنفيذ مستحيلة من الناحية القانونية أو الواقعية.

الملحق رقم (2): إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع.

اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع

٨

المادة ٢٦

يجوز سحب القبول إذا وصل طلب السحب إلى المورج قبل الوقت الذي يمتد فيه القبول أثره أو في نفس الوقت.

المادة ٢٣

يعقد العقد في اللحظة التي يمتد فيها قبول الإيجاب أثره وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية.

المادة ٢٤

في حكم هذا الجزء من الاتفاقية، يُعتبر الإيجاب أو الإعلان عن قبول أو أي تعبير آخر عن القصد قد "وصل" إلى المخاطب عند إبلاغه شفهياً أو تسلمه إليه شخصياً بأي وسيلة أخرى أو تسلمه في مكان عمله أو في عنوانه البريدي، أو لدى تسلمه في مكان سكنه المعتاد إذا لم يكن له مكان عمل أو عنوان بريدي.

الجزء الثالث - بيع البضائع

الفصل الأول - أحكام عامة

المادة ٢٥*

تكون عائلة العقد من جانب أحد الطرفين عائلة جوهرية إذا تسيّرت في إلهاق ضرر بالطرف الآخر من شأنه أن يحرمه بشكل أساسى مما كان يحق له أن يتوقع الحصول عليه بموجب العقد، إلا إذا لم يكن الطرف المخالف يتوقع مثل هذه التبيحة ولم يكن أي شخص سوي الإدراك من نفس الصلة يتوقع مثل هذه التبيحة في نفس الظروف.

المادة ٢٦

لا يمتد إعلان فسخ العقد أثره إلا إذا تم بواسطة إنذار موجه إلى الطرف الآخر.

* المادة ٢٥ من النص العربي ذي المخالفة مستنسخة من الصيغة النسوية الواردة في إشعار الوديع C.N.862.1998.
المورخ ١٩ شباط/فبراير ١٩٩٩ Treaties5

الفرع الثالث- الجزاءات التي ترتب على مخالفة المشتري للعقد

المادة ٦١

- (١) إذا لم ينفِد المشتري الترامة مما يرتكبه عليه العقد أو هذه الاتفاقية، حاز للبائع:
- (أ) أن يستعمل الحقوق المقررة في المواد ٦٢ إلى ٦٥.
 - (ب) أن يطلب التعويضات المخصوص عليها في المواد ٧٤ إلى ٧٧.
 - (٢) لا ينفِد البائع حقه في طلب التعويضات إذا استعمل حقاً من حقوقه الأخرى في الرجوع على المشتري.
 - (٣) لا يجوز للقاضي أو للمحكم أن يمْنَع المشتري أَيْ مُهْلَة لتنفيذ الترامة، عندما يمسِك البائع بأحد الجزاءات المقررة في حالة مخالفة المشتري للعقد.

المادة ٦٢

يجوز للبائع أن يطلب من المشتري دفع الترامة أو استلام البضائع أو تنفيذ الترامة الأخرى، إلا إذا كان البائع قد استعمل حقاً يتعارض مع هذا الطلب.

المادة ٦٣

- (١) يجوز للبائع أن يعده للمشتري فترة إضافية تكون مدتها معقولة لتنفيذ الترامة.
- (٢) فيما عدا الحالات التي ينافي فيها البائع إحصاراً من المشتري بأنه لن ينفِد الترامة في الفترة الإضافية المحددة، لا يجوز للبائع قبل اقضائه هذه الفترة أن يستعمل أَيْ حقٍ من الحقوق المقررة له في حالة مخالفة العقد، غير أنَّ البائع لا ينفِد بسبب ذلك حقه في طلب تعويضات عن التأخير في التنفيذ.

المادة ٦٤

- (١) يجوز للبائع فسخ العقد:
- (أ) إذا كان عدم تنفيذ المشتري لالتزام من الالتزامات التي يرتكبها عليه العقد أو هذه الاتفاقية يشكل مخالفة جوهرية للعقد؛ أو

بين السُّرُّ المحدَّد في العقد والسعُّ الْجَارِي وقت فسخ العقد وكل ذلك التَّعْوِيضاً الآخرى المستحِقَّة بموجب المادة ٧٤. ومع ذلك، إذا كان الطرف الذي يطلب التَّعْوِيضاً قد فسخ العقد بعد تسلُّم الْبَضَاعَ، يُعطَى السُّرُّ الْجَارِي وقت تسلُّم الْبَضَاع بدلًا من السُّرُّ الْجَارِي وقت فسخ العقد.

(٢) لأغراض الفقرة السابقة، فإنَّ السُّرُّ الْجَارِي هو السُّرُّ السَّادُّ في المكان الذي كان ينْتَهِي أن يتمُّ فيه تسلُّم الْبَضَاع أو، إذا لم يكن ثمة سُرُّ سادٌ في ذلك المكان، فالسُّرُّ في مَكَانٍ آخر يُعَدُّ بديلاً معقولاً، مع مراعاة الفروق في تكلفة نقل الْبَضَاع.

المادة ٧٧

يجب على الطرف الذي يتمسَّك بمحالفة العقد أن يتحمَّل التَّدَابِيرُ المعقولة والملازمة للظروف للتحفيف من الخسارة الناجمة عن المحالفة، بما فيها الكسب الذي فات. وإذا أهلَ القيام بذلك فللطرف المُحَلِّ أن يُطالب بتحفيض التَّعْوِيضاً بقدر الخسارة التي كان يمكن تجنبها.

الفرع الثالث - الفائدة

المادة ٧٨

إذا لم يدفع أحدُ الطرفين الثمن أو أي مبلغ آخر متأثِّر عليه، يحقُّ للطرف الأخر تفاصي فوائد عليه، وذلك مع عدم الإخلال بطلب التَّعْوِيضاً المستحِقَّة بموجب المادة ٧٤.

الفرع الرابع - الإعفاءات

المادة ٧٩

(١) لا يُسأَل أحدُ الطرفين عن عدم تنفيذ أيٍّ من التَّراوِيَاتِ إذا أثبتَ أنَّ عدم التنفيذ كان يُسَبِّب عائقاً يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته وأنَّه لم يكن من المُتَوقَّع بصورة معقولة أن يَأْخُذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه تجنبه أو تحُّل عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه.

(٢) إذا كان عدمُ تنفيذ أحد الطرفين نتيجةً لعدم تنفيذ الغُرُّ الذي عُهِدَ إليه بتنفيذ العقد كُلَّاً أو جزءاً فإنَّ ذلك الطرف لا يُعَذَّب من التَّبْعَة إلا إذا:

أولاً- النقاشية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع

25

- (أ) أعني منها بمحض الفقرة السابقة:
- (ب) كان الغير سيعين من المسؤولية فيما لو ثبتت عليه أحكام الفقرة المذكورة.
- (ج) يحدِّث الإعفاء المقصوم عليه في هذه المادة أثره خلال المدة التي يقى فيها العائد فائضاً.
- (د) يجب على الطرف الذي لم ينفذ التزاماته أن يوجه إخطاراً إلى الطرف الآخر بالعائق وأثره في قدرته على التنفيذ. وإذا لم يصل الإخطار إلى الطرف الآخر خلال مدة معقولة بعد أن يكون الطرف الذي لم ينفذ التزاماته قد علم بالعائق أو كان من واجبه أن يعلم به فعندئذ يكون مسؤولاً عن التعريض عن الأضرار الناتجة عن عدم استلام الإخطار المذكور.
- (هـ) ليس في هذه المادة ما يمنع أحد الطرفين من استعمال أيٍ من حقوقه الأخرى خلاف طلب التعويضات وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية.

المادة ٨٠

لا يجوز لأحد الطرفين أن يحصل بعدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته في حدود ما يكون عدم التنفيذ بسبب فعل أو إهمال من جانب الطرف الأول.

الفرع الخامس- آثار الفسخ

المادة ٨١

- (أ) يفسخ العقد يصبح الطرفان في حلٍّ من الالتزامات التي يترتبها عليهما العقد، مع عدم الإخلال بأيٍ تعريضه مستحثٍ. ولا يُؤثر الفسخ على أيٍ من شروط العقد المتعلقة بتسوية المنازعات أو أيٍ من أحكامه الأخرى التي تنظم حقوق الطرفين والتزامهما المترتبة على فسخ العقد.
- (هـ) يجوز لأيٍ طرف قام بتنفيذ العقد كلاً أو جزءاً أن يطلب استرداد ما كان قد ورده أو دفعه إلى الطرف الآخر بمحض العقد. وإذا كان كلي من الطرفين ملزماً بالردد وجب عليهما تنفيذ هذا الالتزام في وقت واحد.

المادة ٨٢

- (أ) يفقد المشتري حقه في أن يعلن فسخ العقد أو أن يطلب من البائع تسليم بضائع بديلة إذا استحال على المشتري أن يعيد البضائع بحالة تطابق، إلى حدٍ كبير، الحالة التي تسلّمها بها.

الفهارس

أولاً: فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	الرقم	طرف الآية
سورة البقرة		
27	282	﴿إِلَّا أَن تَكُونَ تِجْرِيَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ إِلَّا تَكْنُبُوهَا﴾
سورة النساء		
27 50	29	﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ إِذَا أَمْنَوْا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَطْلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجْرِيَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا نَفْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾
119	35	﴿وَإِنْ خَفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بِيَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْمًا حَنِيرًا﴾
119	65	﴿فَلَا وَرِبَّكَ لَا يُوْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَحْدُدُونَ فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا سَلِيمًا﴾
سورة المائدة		
60	1	﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ إِذَا أَمْنَوْا أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾
سورة الأنعام		
55	152	﴿وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا﴾
سورة الإسراء		
80	34	﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْوِلًا﴾
سورة يوسف		
4	66	﴿قَالَ لَنِ أَرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونَ مَوْنِيقَاتِنِي بِهِ إِلَّا أَن يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّاءَتْهُ﴾

		مَوْنَّهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكَلِيلٌ ٦٦
سورة الشعراء		
101	33-16	فَأَتَيْنَا فِرْعَوْنَ فَقُولَّا إِنَّا رَسُولُ رَبِّ الْعَالَمِينَ ١٦
102	77-69	وَأَتَلُّ عَلَيْهِمْ بَنَاءً إِبْرَاهِيمَ ٦٩ إِذْ قَالَ لِأَهِيهِ وَقَوْمِهِ مَا تَعْبُدُونَ ٧٠

ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية

الصفحة	طرف الحديث
119	فأنت أبو شريح
5	لو بعث من أخيك ثمرا فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً،
50	من غشنا فليس منا

ثالثا: فهرس المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم:

أولاً: كتب التفسير

1. ابن حجر الطبرى، تفسير الطبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج 5.
2. عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1، 2002.

ثانياً: كتب السنة:

1. البيهقي، السنن الكبرى ، دار الكتب العلمية، ط 3، ج 5، ج 10، بيروت، لبنان، 1424هـ-2003م
2. محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، ط 5، دمشق - سوريا، 1414هـ-1993م، ج 02.
3. مسلم، صحيح مسلم، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاؤه، القاهرة، مصر، 1395هـ-1975م، كتب التفسير

ثالثاً: الكتب:

1- كتب الفقهية

1. ابن تيمية: أحمد بن تيمية: مجموع الفتاوى ج ٢٩، جمع وترتيب المرحوم عبد الرحمن بن قاسم الناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل البابي الحلبي.
2. أبو الحسن العدوى، كفاية الطالب الريانى حاشية العدوى، تحقيق: يوسف محمد البقاعي، دار الفكر، ج 02.
3. الخطاب الرعىي المالكى، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطراولسى المغرى، (٤٠١٤هـ - ١٩٨٤م)، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، بيروت، لبنان، دار الغرب الاسلامي.
4. الخفيف، علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ط، 2 دن، 1947م.
5. الدرني محمد فتحي، النظريات الفقهية، جامعة دمشق، دمشق، الطبعة 02، 1990.

6. الزيلعي، تبيان الحقائق في شرح كنز الدقائق، ج 5، باب فسخ الإجارة، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط 1، 1313هـ.
7. الشافعى، محمد ابن ادريس، الام، دار المعرفة، بيروت، 1990م، ص 3/58. الدسوقي، حاشية الدسوقي، دار إحياء التراث، القاهرة.
8. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الجزء 02، دون سنة نشر.
9. عادل موسى، مدخل لدراسة النظريات الفقهية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 1444هـ.
10. عبد الرحمن الجزيри - الفقه على المذاهب الأربعة - ج 1 دار الفجر للتراث - القاهرة ط 2، 2000.
11. عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، عمان، 1995.
12. ابن عبد الواحد بن عبد الله، التصرفات الموقوفة في الفقه الإسلامي، السعودية إدارة الثقافة 1993م.
13. عرفة الدسوقي المالكي، محمد بن احمد، دون تاريخ، حاشية الدسوقي على الشر الكبير، دار الفكر.
14. الغياثي، محمود بن حسين، البنية شرح المداية، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان- ج 8.
15. أبو الفضل جمال الدين محمد مكرم، لسان العرب، معج: 11، ط 6، دار صادر، بيروت، لبنان، 2008.
16. فؤاد محمود عوض، دور القاضي في تعديل العقد دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004.
17. ابن قدامة المقدسي، معنی المحتاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 3.
18. ابن قدامة، المعنی ويليه الشرح الكبير، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت، 2007.
19. ابن قدامة، المعنی، مكتبة القاهرة، القاهرة، 1968.
20. الكاساني، علاء الدين مسعود الحنفي، بدائع الصنائع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1998، الجزء 04.
21. محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1996.
22. محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، دار القلم، دمشق، ط 1، 1993م.
23. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1981.

24. بن نحيم، البحر الرائق شرح كنتر الدقائق، د ت، 1956.
25. هاشم يحيى الملح، الوسيع في السيرة النبوية والخلافة الراشدة، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، الموصل، 2005.

2- الكتب القانونية:

1. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.
2. إبراهيم بن فرهيد العزzi، آثار جائحة كورونا على العقود المالية، ط 01، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، مركز التميز البحسي في فقه القضايا المعاصرة، 2021.
3. إبراهيم محمد العناني، القانون الدولي العام، دار الفكر العربي، القاهرة، 1990.
4. أبو العلاء علي النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
5. أحمد توفيق، التجارة الخارجية (دراسة تطبيقية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، دون سنة نشر.
6. احمد عبد الكرييم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية. دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
7. احمد عبد الكرييم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
8. احمد عبد الكرييم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، الطبعة الاولى، القاهرة.
9. احمد عبد الكرييم سلامة، القوة القاهرة والظروف الطارئة في العقود: دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مصر، 2020.
10. احمد عبد الكرييم سلامة، قانون العقد الدولي-مفاوضات العقود الدولية- دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 2008.
11. أسماء مدحت سامي، الاعفاء من المسئولية في اتفاقية الامم المتحدة للبيع الدولي للبضائع، فيينا" الناشر دار النهضة طبعة.2006.
12. أنور رسلان، الإختصاص القضائي لهيئات التحكيم وفقا لقانون المحكمة الدستورية، المجلة الدستورية، العدد الثالث، السنة الأولى، جويلية 2003.

13. جاد الله عبد الحفيظ عوض، *الشروط التجارية الدولية المعقدة من قبل غرفة التجارة الدولية*، دار الثورة للطباعة والنشر، بنغازي، 1996.
14. حازم حسن جمعة، *اتفاق التحكيم الإلكتروني وطرق الإثبات عبر وسائل الاتصال الحديثة*. مؤتمر دبي، سنة 2003
15. حسام الدين أحمد شريف، *الطبيعة القانونية للالتزام بتحفييف الضرر-دراسة تأصيلية مقارنة*- مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، 2023.
16. حسام الدين فتحي ناصف : *التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية*. دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
17. حسام الدين فتحي ناصف، *التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية*، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 2005.
18. حسام الدين كامل الأهواي، ، *النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام* الطبعة الثانية. 1995.
19. حسن محمد سليم، *النظام القانوني للتحكيم في إطار الجموعة العقدية*، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.
20. حسين الماحي – *التحكيم النظامي في التجارة الدولية* – دار النهضة العربية – الطبعة الثانية – 2015.
21. حسين الماحي – *تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس* – دار الجامعة الجديدة – الإسكندرية – 2019.
22. حفيظة السيد الحداد، *الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي*، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
23. حفيظة السيد حداد الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 06.
24. حفيظة سيد الحداد، *العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب*، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007.
25. حمدي أحمد سعد، *الالتزامات بالإضافة الصفة الخطرة للشيء المبيع*، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي والفقه الإسلامي، المكتب الفني للإصدارات القانونية، دون بلد النشر، 1999.

26. حيدر يوسف عزيز، يوسف عودة غانم المنصوري، جائحة كورونا وأثرها على عقود التجارة الدولية-دراسة مقارنة- دروب المعرفة للنشر والتوزيع، الاسكندرية، مصر، 2023.
27. خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا لعام 1980، دار النهضة، القاهرة، ط2، 2001.
28. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحداث أحكام القضاء المصري، دار الشروق، القاهرة، 2002.
29. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم الجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة 46 لأحداث أحكام القضاء المصري، دار الشروق، 2002.
30. خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، سنة، 2008.
31. رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد بدراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
32. رضوان أبو زيد، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، 1981.
33. رعد حسين عدادي، دور المتضرر في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، منشورات الحلي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017.
34. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، الكتاب الأول، إتفاق التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1984.
35. سحر عبد الستار يوسف، المركز القانوني للمحكمة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
36. شحاته محمد السنوسي محمد، التجارة الدولية في ضوء الفقه الإسلامي واتفاقيات الجات، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2007.
37. شريف غانم، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2017.
38. شريف محمد غانم، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية- مطبعة الفجر الوطنية - دبي الطبعة الأولى، 2010.
39. شعبان حسام، الاختصاص بمنازعات التجارة الإلكترونية بين القضاء الوطني والتحكيم عبر الأنترنت دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2018.

40. صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز الطباعة والنشر بمعهد الإدارة العامة، 1998.
41. صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، الطبعة 11، 2020.
42. طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، الاردن، 1997.
43. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، 7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
44. عادل جري حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2003.
45. عبد الحكيم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الاعمال القانونية، منشأة المعارف، الطبعة الاولى، الاسكندرية، مصر، 1999.
46. عبد الحليم عبد اللطيف القويني، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات القانونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
47. عبد الحفي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، المطبعة العالمية، القاهرة، 1962.
48. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، الجزء الاول، مصر، 2007.
49. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف للنشر، الاسكندرية، 2004.
50. عبد الرزاق السنهوري في مؤلفه (نظرية الإلتزام بوجه عام) الجزء الثالث من كتاب الوسيط في شرح القانون المدني.
51. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: النظرية العامة للالتزامات، مصر، 2000.
52. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط2، 1998.
53. عبد المجيد الكيم، الموجز في شرح القانون المدني – الجزء الاول – مصادر الالتزام، المكتبة الوطنية، بغداد، 2007.
54. عبد المنعم حسون عنوز، شرط القوة القاهرة في العقود الدولية، د ط، 2018.

55. العربي بلحاج، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في القانون المدني الجزائري – دراسة مقارنة – دار وائل للنشر، عمان، 2010.
56. عزمي عبد الفتاح : قانون التحكيم الإلكتروني. مطبوعات جامعة الكويت، 1990.
57. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1990.
58. العزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، دار الثقافة، عمان، 2005.
59. عصام عبد الفتاح مطر : التحكيم الإلكتروني بين النظرية والتطبيق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2009.
60. عصمت الشيخ، التحكيم في عقود الدولة ذات طابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة.
61. عطية النظرية العامة لواجب تقليل الأضرار في العقود، دراسة مقارنة بين القوانين الأنجلوسكسونية وعقود البيع الدولي، 2015.
62. عطية النظرية، العامة لواجب تقليل الأضرار في العقود، دراسة مقارنة بين القوانين الأنجلوسكسونية وعقود البيع الدولي، 2015.
63. علي أحمد صالح، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
64. علي أحمد صالح، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، دار هومة الجزائر، 2012.
65. علي طاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري – دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.
66. علي فيلايلي، العقود الخاصة، البيع، موفم للنشر، الجزائر، 2018.
67. عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، ط 2 –، دار هومة، الجزائر، 2009.
68. غازي عبد الرحمن ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، 1986.
69. قانون 131 لسنة 1948 المتعلق بإصدار القانون المدني المصري بتاريخ 16 يوليو 1948.
70. الكيلاني فاروق، نظرية الظروف الطارئة، مجلة الأحكام العدلية، الملحق 05، 1979.
71. محسن أفكيرين، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2005.

72. محسن شفيق، عقود نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مطبعة جامعة القاهرة، 1984.
73. محمد أحمد الفقي، القانون البيئي الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الاولى، مصر، 2015.
74. محمد الزين، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الثانية، تونس، 2001.
75. محمد الكشبور، نظام التعاقد، ونظريتا القوة القاهرة والظروف الطارئة، دراسة مقارنة (من وحي حرب الخليج)، الطبعة الأولى، 1993م.
76. محمد بكر اسماعيل، الدر المختار شرح تنوير الأ بصار، الجزء الأول، دار عالم الكتب العلمية للنشر، بيروت، 2003.
77. محمد جمال الدين ركي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، القاهرة.
78. محمد حافظ غانم، دراسة لأحكام القانون الدولي فيما يتعلق بالمعاهدات وتطبيقاتها في الوطن العربي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967.
79. محمد حزيط، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2017.
80. محمد حسن منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، د ط، مصر، 2010.
81. محمد حسين عبد العال التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عمليات التجارة الدولية، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 1998.
82. محمد حسين منصور، العقود الدولية دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007.
83. محمد حسين منصور، القوة القاهرة في العقود الدولية: دراسة تحليلية تطبيقية، الطبعة الأولى، مصر، 2018.
84. محمد سليم العوا، النظام القانوني للتحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.
85. محمد سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الداخلي والخارجي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2019.
86. محمد شفيق، اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، 1988.
87. محمد صالح سفر، منظمة الأمم المتحدة(خلفيات النشأة والمبادئ)، دار الفتح للنشر والتوزيع، قطر، 1997.
88. محمد صيري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري، دار المدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء الاول، الجزائر، 2007.

89. محمد طلعت الغنيمي، *أحكام المعاهدات في الشريعة الإسلامية* (دراسة مقارنة)، دار المعرفة بالإسكندرية، 2009.
90. محمد محسن منصور، *مصادر الالتزام، العقد والارادة المنفردة*، الدار الجامعية للنشر، بيروت، 2000.
91. محمد نور شحاته، *سلطة التكيف في القانون الإجرائي*. دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
92. محمود مختار أحمد بيري، *التحكيم التجاري الدولي*، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.
93. محمود نديم الخضر، *احتلال تنفيذ عقود التجارة الدولية*، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017.
94. محي الدين إسماعيل علم الدين، *منصة التحكيم التجاري الدولي*، الجزء الأول، دار النسر الذهبي للطباعة، مصر، سنة، 1986.
95. مراد محمود الموحدة، *التحكيم في عقود الدولة ذات طابع الدولي*، دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة الأولى، 2010 م.
96. مروان الحلبي، *مرض كورونا المستجد، الدليل الإرشادي في الوقاية والتشخيص والعلاج*، وزارة التعليم العالمي والبحث العلمي، كلية الطب، جامعة دمشق، آذار، 2020.
97. مصطفى عبد السيد الجارحي، *فسخ العقد*، الطبعة 3 دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
98. مناني فراح، *التحكيم طريق بديل حل النزاعات*، دار المدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
99. منير القاضي، *شرح المحلة*، الجزء الأول، مطبعة التفليس الاهلية، بغداد، 2020.
100. مها بن هندي، *اعتبار فيروس كورونا قوة قاهرة أو حادث استثنائي وأثر ذلك على العقود التجارية والعالمية وفقاً لقانون المعاملات المدنية*، 2020.
101. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ج 32، ط 2، 1983 م.
102. نادر أحمد أبو شيخة، *أصول التفاوض*، مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، 2000.
103. نبيل إسماعيل عمر، *التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية*، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الثانية، الإسكندرية 2005.
104. نصيرة بوجمعة السعدي، *عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي*، الناشر ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1992.

105. هشام خالد، تكوين المحكمة التحكيمية في منازعات التجارة الدولية، المجلد الأول، منشأة المعرف، الإسكندرية، 2008.
106. هشام علي صادق، القانون الواجب تطبيقه على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001.
107. هيثم عبد الرحمن البقللي، التحكيم الإلكتروني كأحد وسائل تسوية المنازعات، دار العلوم للنشر والتوزيع – مصر، 2013.
108. ولاء علي محمد، دور المفاوضات في إدارة الأزمات الدولية، ط.1، العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2011.
109. ياسر سيد محمد الحديدي، النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري، الطبعة الأولى، الناشر جلال حرى وشركاه، منشأة المعرف الإسكندرية، مصر 2008.
110. يسري عوض عبد الله، العقود التجارية الدولية-مفاوضاتاتها، إبرامها، تنفيذها، مكتب اليسري للمحاماة والاستشارات القانونية، الخرطوم، السودان، 2009.

رابعا: المجالات

1. أحمد السيد البهبي الشوبري، التفاوض التعاقدية في إطار القانوني وأثره في الالتزام، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بدمياط، العدد الرابع، الجزء الأول، 2019.
2. أحمد بن فهد بن حمین، مفاوضات عقود التجارة الدولية، دراسة فقهية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد 38، 2017.
3. أحمد علي حسن آل علي، صالح أحمد الهبي قراءة قانونية لفيروس كورونا المستجد، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد 6، جامعة الشارقة للأمارات العربية المتحدة، 2020.
4. أحمد علي حسن آل علي، قراءة قانونية لفيروس كورونا المستجد، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد 06، جامعة الشارقة، الإمارات العربية، المتحدة، 2020.
5. أسامة إدريس بيد الله، التحكيم الإلكتروني (ماهيتها، إجراءاته)، المجلد 01، المكتبة الشاملة الذهبية، 2019.
6. إمداد الله الجعیدي محمد عمر، – التنظيم القانوني للوساطة في تسوية النزاعات المدنية الإلكترونية – مجلة أبحاث قانونية السنة الرابعة العدد السابع كلية القانون – جامعة التحدي – ليبيا – طبعة 2019.

7. أنور محمد صدقى، بسير سعد زغلول، الوساطة في ائمأة الخصومة الجنائية، دراسة تحليلية نقدية، مجلة الشريعة والقانون، العدد 40، 2009.
8. براهيمى نوال، الإجراءات الاستثنائية للتحكيم التجارى الدولى فى ظل جائحة كورونا وفق نظام غرفة التجارة الدولية، مجلة حوليات جامعة الجزائر، المجلد 34، عدد خاص، 2020.
9. بن احمد صليحة، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن الالتحال المتفاوض بالتزامه، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد العاشر، 2014.
10. بوكالفي آمال، بركانى نائل، نظرية الجوائح في الفقه الإسلامي (فيروس كورونا كوفيد 19 نموذجا) مجلة الشهاب، مج: 07، ع: 01، 2021 م.
11. بوطالية معمر، الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات على عقد التجارى الدولى، مقال منشور في مجلة العلوم الإنسانية، عدد 46، سنة 2016، المجلد ب.
12. يومزة بارة نبيهة، الالتزامات التي تحكم المفاوضات في عقود التجارة الدولية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية -المجلد 06 -العدد 02 - ديسمبر 2021.
13. تيبحكر محمد حسين واستبراق محمد حمزة، التزامات الأطراف المتفاوضة في عقود التجارة الدولية، مجلة الحق الخلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد، 2 السنة السادسة، جامعة بابل للعلوم القانونية، العراق، 2014.
14. حمدي بارود، المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ومضمون الالتزام بها، مبدأ حسن النية ومقتضياته -دراسة تأصيلية تحليلية- مقال منشور في الجامعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإنسانية، المجلد السادس عشر، يناير 2008.
15. حنان عتيق، الوساطة الالكترونية كآلية لحل المنازعات عقود التجارة الالكترونية، مجلة معارف، كلية العلوم السياسية، جامعة البويرة، المجلد 18، العدد 02.
16. حنان عتيق، الوساطة الالكترونية كآلية لحل منازعات عقود التجارة الالكترونية، مجلة معارف، العدد 02، المجلد 18، جامعة البويرة.
17. خالد علي سليمان بن أحمد، الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مقال نشر بالمجلةالأردنية في الدراسات الإسلامية، سنة 1427هـ- 2006م.
18. خالد علي سليمان بن أحمد، الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - المجلةالأردنية في الدراسات الإسلامية، العدد 02، 2006.

19. ختم عبد الحسن شنان، د. حسن علي كاظم – الوساطة الإلكترونية وسيلة في تسوية المنازعات – مجلة الكلية الإسلامية – الجامعة الإسلامية – العدد الخمسين – 2018.
20. ختان عبد الحسن، حسن علي كاظم، الوساطة الإلكترونية وسيلة في تسوية المنازعات، مجلة الكلية الإسلامية، العراق، المجلد 1، العدد 50، 2018.
21. داود منصور، فعالية الوساطة الإلكترونية كآلية بديلة لجسم منازعات التجارة الإلكترونية (مركز الوساطة الإلكتروني نموذجاً)، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 06، العدد 02، جوان 2021.
22. رشيد دحماني، عمار زغمي، وقف تتنفيذ العقد لمصلحة المدين بين الظروف الطارئة ومهلة اليسرة، العدد 2. كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي الجزائري، 2019.
23. رياض فخري، التحكيم في ظل الأزمات جائحة كورونا كوفيد 19 نموذجاً، مجلة فضاء المعرفة القانونية، دون عدد، 2023.
24. سالم بن سلام بن حميد القليني، أثر تغير الظروف على عقود التجارة الدولية، مجلة روح القوانين، المجلد الثاني، العدد الثامن والثمانون كلية الحقوق جامعة طنطاء 2019.
25. سعاد قصعة، الوساطة الإلكترونية كوسيلة بديلة حل النزاعات الإلكتروني، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر، المجلد 09، العدد 02، 2020.
26. سفيان بن عبد العزيز، الأساليب والمعايير الحماية الجديدة في التجارة الدولية النشر الجديد الجامعي، تلمسان، الجزائر، 2016.
27. سميرة حصان، الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد على العقود الدولية، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، مجلد 05، عدد 01، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2020.
28. سفيرة عيشة، فيصل التفرقة ما بين نظرية الظروف الطارئة، القوة القاهرة والحادث المفاجئ وتطبيقاتهم، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 16، العدد 01، 2023.
29. الشريف، التوازن المالي للعيد الاداري، مجلة نقابة المحامين، الملحق 13، أيلول 1982.
30. شروق عباس فاضل، النظام القانوني للوساطة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد 01، العدد 02، العراق، 2016.

31. ضريبي نادية، الوساطة الالكترونية كآلية لتسوية منازعات التجارة الالكترونية، مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية، العدد 05 (خاص بالملتقى الدولي حول التجارة الالكترونية وتكنولوجيات الاتصال - الفرص والتحديات)، جامعة محمد البشير الابراهيمي برج بوعريريج، ديسمبر 2019.
32. طوبال كتبية، سمير جاب الله، الحدود الموضوعية والزمانية لتصرفات الحاكم في الظروف الاستثنائية في الفقه الاسلامي، مجلة الصراط ، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1 ، مج: 23، ع: 02، 2021.
33. عاشور رامز، الوساطة والفاوضات الإلكترونية كوسائل بديلة لفض منازعات عقود التجارة الدولية الإلكترونية، مجلة القدس للبحوث الأكاديمية، نسخة العلوم الإنسانية والاجتماعية، دون عدد، 2023.
34. عبد الصمد عبو، حالة الطوارئ الصحية واثرها على الالتزامات التعاقدية في ظل جائحة كورونا، مجلة المؤتمرات العلمية الدولية، العدد الخامس جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، 2021.
35. عبد الكريم أحمد قندوز، دور التمويل الإسلامي في حالات الجوائح دراسات معهد التدريب وبناء القدرات، صندوق النقد العربي، عدد 3، أبو ظبي، 2020.
36. عبد اللطيف عامر، الأزهر عزه، آثار تحرير التجارة الدولية على ظاهرة الفقر في الدول النامية، مجلة الدراسات المالية والمحاسبية، جامعة الشهيد حمة لحضر بالوادي، الجزائر، العدد السابع، 2016.
37. عبد الوهاب الرومي، أساس انساخ العقد - دراسة منهجية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، بحث منشور في مجلة الحقوق، الكويت، العدد الرابع، السنة الرابعة والعشرون.
38. عبدالحفيظ حبيبة، التحكيم التجاري الدولي كحتمية لعولمة النص القانوني الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 01، العدد 02، 2016.
39. عدة عليان، الالتزام بتحفييف الضرر في العقود، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 08، العدد 01، 2022.
40. عدنان العابد، وقف عقد العمل، مجلة القانون المقارن، العدد العاشر، السنة السابعة.
41. العرياوي نبيل صالح، اتفاق التحكيم، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 15، 2016.
42. علي فوزي الموسوي، أنواع المشروع، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الثالث، الجزء الثاني، 2018.
43. عمار زغي، وقف تنفيذ العقد لمصلحة المدين: بين الظروف الطارئة ومهلة الميسرة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية تيزى وزو، العدد 02، 2019.

44. غانس حبيب الرحمن، تأثير الظروف الاستثنائية على بناء النصوص القانونية، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة الجزائر 1، مج: 09، ع: 01، جانفي 2025.
45. فاتح خلاف، الوساطة لحل النزاعات الإدارية في ظل قانون الإجراءات الإدارية، مجلة الفكر، العدد 11، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة.
46. فارس كريم وهند فايز، الوساطة في المنازعات الإلكترونية، مجلة الحق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 2014، 03.
47. قالى مراد، مرابطين سفيان، مستقبل تنفيذ الالتزامات العقدية في ظل الظروف الاستثنائية لفيروس كورونا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية جامعة الجزائر 1، مج: 58، ع: 02، 2021.
48. الجلة القضائية، ع 02، 1991م. حكم الغرفة التجارية للمحكمة العليا بتاريخ 11\06\1990، قضية رقم 65920
49. محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار العقدي، مقال منشور مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2005.
50. محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار العقدي، مقال منشور مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول، لسنة 2005.
51. محمد بن علي بن محمد القرني، الاجتهاد القضائي لمعالجة الآثار الناشئة عن جائحة كورونا على العقود، مجلة علوم الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد 83، كلية الشريعة وأصول الدين، جامعة الملك خالد، أبها- السعودية- 2020.
52. محمد شتا أبو السعد، مفهوم القوة القاهرة، مجلة مصر المعاصرة، العددان 393-394، السنة 74، القاهرة، 1983.
53. محمد صديق محمد عبد الله، أثر موضوعية الارادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 13، العدد 49، 2016.
54. محمد صلاح عبد الله محمد، تغير الظروف وأثره على تنفيذ عقد البيع التجاري الدولي، مجلة الدراسات القانونية، العدد 42، الجزء 03، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2018.
55. محمد صلاح عبد الله محمد، تغير الظروف وأثره على تنفيذ عقد البيع التجاري الدولي، مجلة الدراسات القانونية، العدد الثاني والأربعون الجزء الثالث كلية الحقوق، كلية الحقوق جامعة أسيوط، 2018.

56. مسعودي يوسف، الوساطة الالكترونية كآلية لتسوية منازعات الاستهلاك المبرمة بوسائل الكترونية، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة احمد دراية، المجلد 02، العدد 02، 2018.
57. مصطفى الزرقاء – نظرة في تبعية المالك بين الفقه الاسلامي والفقه المقارن مجله إدارة قضايا الحكومة السنة الرابعة العدد الاول يناير مارس 1960.
58. منصور داود، فعالية الوساطة الالكترونية كآلية لحل منازعات التجارة الإلكترونية، "مركز الوساطة الالكترونية نودجا" ،مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، مجلد 06، عدد 02، 2021 square trade
59. منيرة جزوعة، المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف وسلطة القاضي مجله طلبة للدراسات العلمية الأكاديمية. المجلد 4، العدد 01، جامعة الجزائر، 2021.
60. ندى عبد الكاظم حسين، القوة القاهرة المؤقتة وأثرها في تنفيذ العقد-دراسة مقارنة- مجله الحقيقة للعلوم الاجتماعية والانسانية، المجلد 22، العدد 01، 2023.
61. هشام البخفاوي، الوسيلة البديلة التقليدية والمستحدثة حل النزاعات التجارية، مجله صوت القانون، المجلد 04، العدد 03، 2017.
62. ياسر باسم ذنون، القوة القاهرة وأثرها في احكام قانون المراهنات المدنية، مجله القانون، الرافدين، مج: 10، ع: 36.
63. ياسر باسم ذنون، القوة القاهرة وأثرها في احكام قانون المراهنات المدنية، مجله الرافدين للحقوق، كلية الحقوق. جامعة الموصل، المجلد 10، العدد 36، السنة 2007.

خامسا: الرسائل الجامعية

1- رسائل دكتوراه

1. ذهبية حامق، الالتزام بالإعلام في العقود، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008/2009.
2. أحمد فلاح بخيث العطين، المشروع المشترك وسيلة لنقل التكنولوجيا في الاردن، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون، جامعة القاهرة، 2006.
3. أحمد مروك، شروط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2014-2015.
4. بكلي نور الدين، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في الأنظمة القانونية العربية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 01، 2007-2008.

5. بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل العقدية في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2001.
6. بودلال فطومة، التحكيم في العقود الإدارية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي اليابس، سيدى بلعباس، 2011.
7. حسام عدلي جاد، الوساطة الإلكترونية كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة بنها – 2023.
8. سعاد قصعة، الطرق البديلة عن الخصومة القضائية-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وتعديلات قانون الإجراءات المدنية والإدارية- دكتوراه علوم تخصص شريعة وقانون، كلية الشريعة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2017-2018، ص 174.
9. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال التوازن في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، الناشر دار الكتاب الحديث سنة 1999.
10. طيار محمد السعيد، أثر تغير الظروف على الالتزام العقدي في التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضر، بسكرة، 2023/2024.
11. عادل مبارك المطيرات، أحكام الجوانح في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة القاهرة، 2001.
12. عبد الحميد طبيبي، مراعاة الظروف الاستثنائية في التشريع: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية: العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2019_2020.
13. عمران علي سائح، التحكيم والقانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005-2006.
14. لطيفة أمازوز، التزام البائع بتسليم المبيع في ظل القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، جامعة تلمسان، 2011.
- 15.ليندة بومحراث. طرق تسوية منازعات التجارة الإلكترونية-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية- قسنطينة 2015-2016.
16. وفاء جوهر، المسئولية المدنية في مرحلة التفاوض على العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، 2009.

17. ياسر سامي القرني، دور عقود الامتياز التجاري في نقل المعرفة الفنية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 2005.
18. يسري عوض عبد الله، العقود التجارية الدولية مفاوضاتها وابرامها وتنفيذها، رسالة دكتوراه، جامعة النيلين، السودان، 2018.
19. صفا تقي عبد النور العيساوي، -القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية دراسة مقارنة -مذكرة دكتوراه -جامعة الموصل العراق، 2005.
- 2-رسائل الماجستير:**
1. إشراق نور الدين عبد الرحمن، آثار القوة القاهرة في القانون المدني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2015.
 2. بوزنة ساجية، الوساطة في ظل قانون الإجراءات المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجایة، 2012.
 3. تياب نادية، التحكيم كآلية لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمر - تizi وزو، 2006.
 4. دعاء طارق بكر البشتواوي، عقد الفرنشيز وأثاره، مذكرة ماجستير في قانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2008.
 5. زروقي الطيب، دف صفا تقي عبد النور العيساوي، -القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية دراسة مقارنة -مذكرة دكتوراه -جامعة الموصل العراق، 2005.
 6. سمير خليفى، حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمرى، تizi وزو، الجزائر .2010
 7. شارف بن يحيى، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2009-2010.
 8. ع المسؤولية العقدية بالقوة القاهرة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 1978.

9. عبد الكريم عروي، الطرق البديلة في حل المنازعات القضائية، مذكرة ليل شهادة الماجستير، فرع العقود المسئولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن عكشنون، الجزائر، 2012.
10. عبد المادي فهد علي الجفين، -أثر القوة القاهرة على العقد في نطاق المسؤولية والرابطة العقدية ودور الارادة في تعديل الأثر المترتب عليها- دراسة مقارنة- مذكرة الماجستير - جامعة الكويت - 1997-1998.
11. عبد المادي فهد علي الجفين، أثر القوة القاهرة على العقد-في نطاق المسؤولية والرابطة العقدية ودور الارادة في تعديل الأثر المترتب عليه دراسة مقارنة مذكرة الماجستير جامعة الكويت 2000-2005.
12. عبير عبد الله أحمد دریاس، المسؤولية المدنية عن مضار الجوار غير المألوفة الناجمة عن تلوث البيئة في فلسطين- دراسة مقارنة - رسالة ماجستير كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيروت، 2014.
13. علي خوجة خيرة، "القوة القاهرة في القانون المدني الجزائري"، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة، 2002.
14. علي محمد منصور عليوة، التجارة الدولية في ضوء الفقه الإسلامي واتفاقيات الجات، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، مصر، 2002.
15. عواد صليحة، تكيف العقود الدولية مع تغير الظروف، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، سنة.1998.
16. كمال لدرع، نظرية الأعذار الطارئة في الفقه الإسلامي -دراسة مقارنة-رسالة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 1996،
17. منار عمر حامد الصدر -انفساخ العقد في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير قسم الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا نابلس فلسطين، 2003.
18. نسيمة أمال حيفري، الحالات المستثناء لمسؤولية الناقل البحري، في القانون الجزائري والقانون المقارن، مذكرة ليل شهادة الماجستير في قانون الاعمال، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010/2011.

سادسا: القرارات القانونية

الدستور الجزائري المعدل سنة 2016.

الأوامر:

1. الأمر رقم الأمر رقم 156-66 المؤرخ في مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة، 1966 الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل والتمم.

2. الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.
3. الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات، المؤرخ في، 1995/01/25 الجريدة الرسمية عدد، 23 الصادر بتاريخ 8 مارس 1995، المعدل بالقانون رقم 04/06، المؤرخ في 2006/02/20.

القوانين:

1. القانون رقم 05_07 مؤرخ في 28 اغسطس 2005 المتعلق بالمحروقات، ج.ر، ع: 50 الصادرة بتاريخ 19 يوليو 2005.
2. القانون 08-09، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق ل 25 فبراير 2008، ج ر عدد 21 لسنة 2008.
3. القانون رقم: 131 من القانون المدني المصري، ج.ر، ع: 108 مكرر أ، المؤرخ في 16 يوليو 1948 م
4. القانون رقم 02/04 المتعلق بالمارسات التجارية المؤرخ في 23/06/2004 الجريدة الرسمية، عدد 41 المعدل والمتمم بالقانون 10/06 المؤرخ في 15/08/2010 جريدة رسمية 46.
5. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل، ج.ر، ع: 3015، 1951.
6. القانون رقم 08-09 العراقي مؤرخ في 25 فبراير 2008 المعدل والمتمم بالقانون 13-22 مؤرخ في 12 يوليو 2022، ج.ر، ع 21
7. قانون المراوغات المدنية والتجارية المصري الصادر بالقانون رقم 13 لسنة 1968.
8. القانون رقم 09-08 المتضمن الإجراءات الإدارية والقانونية، المؤرخ 25 فبراير 2008، جريدة رسمية، العدد 21، 2008.

الاجتهد القضائي

1. قرار رقم: 127/1/127 الصادر عن محكمة التمييز الاتحادية العراق، بتاريخ: 17/03/1976 م
2. قرار تحكيمي صادر عن غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 2478.
3. قرار تحكيم صادر عن غرفة التجارة الدولية، وارد في مجلة القانون الدولي.
4. قرار تحكيم رقم 1783 صادر عن غرفة التجارة الدولية منشور بمجلة القانون الدولي: 4 P 1974, 894 I.D.J
5. قرار رقم 153254 مجلة القضائية، العدد 2، الوثائق للمحكمة العليا، ديوان الوطني للأشغال التربوية، 1999.

6. قرار التحكيم الصادر في القضية رقم 214 لسنة 1974، منشور في مجموعة احكام مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة، 2002.
7. قرار الغرفة المدنية المحكمة العليا الجزائرية المؤرخ في، 24/10/1999 ملف رقم 191705، الجلة القضائية الصادرة في 1999، العدد 02.
8. قرار محكمة النقض المصرية، المؤرخ في 9 فبراير 1967 مجموعة أحكام النقض السنة 18 رقم 52.

سادسا: محاضرات:

1. دريس كمال فتحي، التحكيم التجاري الدولي، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثانية ماستر، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الشهيد حمة لخضر - الوادي -، السنة الجامعية 2022-2023.
2. محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح، نموذج من عقود التنمية، محاضرات ألقيت على طلبة الدراسات العليا، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1982-1983.
3. معاوی نجية، محاضرات في مقاييس عقود التجارة الدولية (ألقيت على طلبة السنة الأولى ماستر)، جامعة البليدة 02 -لونيسي علي-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، تخصص قانون أعمال، السنة الجامعية 2022-2023.

سابعا: المراجع بال الأجنبية

1. L'article 458 bis du décret législatif 93-09 pour l'arbitrage international du code de procédure civile

ثامنا: المواقع الالكترونية

1. بن احمد صليحة، اثار المسؤولية المدنية الناشئة عن الاحلال المتفاوض بالتزامه بحث منشور بـ univ.dspaceouargla.dz
2. Guillaume Huchet ; Les clauses favorisant un rapprochement amiable <https://www.villagejustice.com/articles/clauses-favorisant-rapprochement>, 2923.html.
3. عبير أبو شمالة شرط القوة القاهرة هل ينطبق على فيروس كورونا؟، مقال علمي، ص 5، منشور على الموقع الإلكتروني: <https://www-alkaleej-ae.cdn.ampproject.org/>، يوم 18/06/2020، 10:00.
4. عبد السلام ذيب، الاطار القانوني والتنظيمي للوساطة في الجزائر، الملتقى الدولي حول ممارسات الوساطة في الجزائر، يوم 15-16 جوان 2009، منشور على الموقع www.grfnystie.dz.

رابعاً: فهرس الموضوعات

أ	مقدمة
الفصل التمهيدي:	
الإطار المفاهيمي للقوة القاهرة وعقود التجارة الدولية	
3	المبحث الأول: مفهوم القوة القاهرة شرعاً وقانوناً
3	المطلب الأول: حقيقة القوة القاهرة
3	الفرع الأول: تعريف القوة القاهرة
3	أولاً: تعريف القوة القاهرة في اللغة
4	ثانياً: التعريف الفقهى
7	ثالثاً: التعريف التشريعى
11	الفرع الثاني: شروط القوة القاهرة
16	الفرع الثالث: خصائص القوة القاهرة
16	المطلب الثاني: تمييز القوة القاهرة عن المصطلحات المشابهة لها
17	الفرع الأول: تمييز القوة القاهرة عن الظروف الطارئة
17	أولاً: من حيث التعريف
18	ثانياً: بالنسبة للشروط
19	ثالثاً: مجالات تطبيق كل من القوة القاهرة والظروف الطارئة
20	رابعاً: القانون المختص
20	خامساً: من حيث الإثبات
21	الفرع الثاني: تمييز القوة القاهرة عن الظروف الاستثنائية

21	أولا: التعريف
21	ثانيا: شروطها وعناصر قيامها
23	ثالثا: الآثار القانونية
23	الفرع الثالث: تمييز القوة القاهرة عن الحادث المفاجئ
26	المبحث الثاني: مفهوم عقود التجارة الدولية
26	المطلب الأول: تعريف عقود التجارة الدولية وأنواعها
27	الفرع الأول: تعريف العقد التجاري الدولي شرعا وقانونا
27	أولا: عند فقهاء الشريعة الإسلامية
28	ثانيا: في التشريعات الوضعية
29	ثالثا: معيار دولية عقود التجارة الدولية
32	الفرع الثاني: أهمية عقود التجارة الدولية
33	الفرع الثالث: أنواع عقود التجارة الدولية
33	أولا: في الفقه الإسلامي
35	ثانيا: في التشريعات الوضعية
39	المطلب الثاني: مراحل إبرام العقد التجاري الدولي
40	الفرع الأول: مرحلة المفاوضات
40	أولا: تعريف المفاوضات
41	ثانيا: الالتزامات والمسؤولية خلال مرحلة التفاوض
43	الفرع الثاني: مرحلة صياغة وتحرير عقود التجارة الدولية
43	أولا: أحکام صياغة عقود التجارة الدولية
43	ثانيا: بنود التزامات الطرفين وحل النزاعات

44	الفرع الثالث: تنفيذ عقود التجارة الدولية
44	أولاً: مفهوم التنفيذ
44	ثانياً: أنواع الالتزامات العقدية خلال مرحلة التنفيذ
46	خلاصة
الفصل الأول:	
الآثار الشرعية والقانونية المترتبة عن القوة القاهرة على عقود التجارة الدولية	
49	المبحث الأول: الالتزامات المترتبة على إعمال القوة القاهرة الدائمة والمؤقتة في تنفيذ عقود التجارة الدولية
49	المطلب الأول: التزام المدين بالإخطار
49	الفرع الأول: أساس الالتزام بالإخطار في الفقه الإسلامي
51	الفرع الثاني: الأساس القانوني والجوانب الشكلية للالتزام بالإخطار
51	أولاً: الأساس القانوني للالتزام بالإخطار
53	ثانياً: الجوانب الشكلية للالتزام بالإخطار
54	الفرع الثالث: مضمون الالتزام بالإخطار وجذاء عدم القيام به
55	أولاً: مضمون الالتزام بالإخطار
56	ثانياً: جذاء عدم الالتزام بالإخطار
57	المطلب الثاني: التزام الدائن بتحفييف الضرر
57	الفرع الأول: أساس تخفيف الضرر في الفقه الإسلامي
58	الفرع الثاني: الأساس القانوني للالتزام بتحفييف الضرر
58	أولاً: إرادة الأطراف كأساس للالتزام بتحفييف الضرر
60	ثانياً: التزام الدائن باتخاذ تدابير معقولة لتحفييف الضرر

63	الفرع الثالث: جزاء مخالفة الالتزام بتحفييف الضرر
64	المبحث الثاني: النتائج المتربة على إعمال القوة القاهرة الدائمة والمؤقتة في عقود التجارة الدولية
64	المطلب الأول: انفساخ العقد واستحالة تنفيذه في ظل القوة القاهرة شرعا وقانونا
64	الفرع الأول: تعريف انفساخ العقد وتمييزه عن الفسخ
65	أولا: تعريف انفساخ العقد وحكمه
67	ثانيا: تمييز الانفساخ عن الفسخ
69	الفرع الثاني: شروط الانفساخ
69	أولا: في الفقه الإسلامي
70	ثانيا: عند القانونيين
71	الفرع الثالث: آثار إنفساخ العقد
71	أولا: في الفقه الإسلامي
72	ثانيا: في التشريعات الوضعية
75	المطلب الثاني: وقف تنفيذ العقد في ظل القوة القاهرة
75	الفرع الأول: تعريف وقف تنفيذ العقد وطبيعته القانونية
76	أولا: تعريف وقف تنفيذ العقد الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية
77	ثانيا: الطبيعة القانونية لوقف تنفيذ العقد
79	الفرع الثاني: الأساس القانوني لوقف تنفيذ العقد
79	أولا: إرادة الأطراف كأساس لنظام وقف تنفيذ العقد
80	ثانيا: وقف تنفيذ العقد في الاتفاقيات الدولية
80	ثالثا: وقف العقد في قرارات التحكيم التجاري الدولي

81	الفرع الثالث: أحكام وقف تنفيذ العقد
81	أولا: آثار تعليق نفاذ العقد
83	ثانيا: انتهاء وقف التنفيذ
84	الفرع الرابع: اختلاف وقف تنفيذ العقد من حيث سلطات القاضي بين الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية
86	المبحث الثالث: تطبيقات القوة القاهرة في مجال عقود التجارة الدولية وتحدياتها العملية
86	المطلب الأول: تطبيقات القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية (تداعيات جائحة "كوفيد_19" وال الحرب أمنوذجا)
86	الفرع الأول: تكيف جائحة كورونا وآثارها شرعا وقانونا
86	أولا: التكيف الفقهي والقانوني لجائحة كوفيد وفقا لنظرية القوة القاهرة
90	ثانيا: آثار جائحة كورونا على العقد
92	الفرع الثاني: الحرب كأهم تطبيق للقوة القاهرة
93	المطلب الثاني: تحديات تطبيق نظرية القوة القاهرة
94	الفرع الأول: من ناحية التعريف والتفرقة
94	الفرع الثاني: تحديات الإثبات والتطبيق العملي
94	أولا: تحديات الإثبات
95	ثانيا: تحديات التطبيق العملي
95	الفرع الثالث: تحديات قانونية وإقتصادية وتجارية
95	أولا: تحديات قانونية
96	ثانيا: تحديات اقتصادية وتجارية
96	الفرع الرابع: تحديات خاصة بأحداث معينة وأخرى مستقبلية

96	أولاً: تحديات خاصة بأحداث معينة
96	ثانياً: تحديات مستقبلية
97	خلاصة
الفصل الثاني:	
آليات تسوية منازعات عقود التجارة الدولية الناجمة عن القوة القاهرة	
99	تمهيد
100	المبحث الأول: إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية المتأثرة بالقوة القاهرة
100	المطلب الأول: مفهوم إعادة التفاوض
100	الفرع الأول: التعريف بإعادة التفاوض
101	أولاً: في الفقه الإسلامي
103	ثانياً: التعريف القانوني لإعادة التفاوض
103	ثالثاً: إعادة التفاوض في القانون الدولي
105	الفرع الثاني: نطاق شرط إعادة التفاوض
105	أولاً: استقلال الحدث عن ارادة المدين
106	ثانياً: عدم امكانية التوقع
107	ثالثاً: عدم امكانية دفع الحدث وتجنب نتائجه
107	المطلب الثاني: مصير العقد التجاري الدولي خلال وبعد التفاوض
107	الفرع الأول: خالل مرحلة التفاوض
108	أولاً: الالتزام بالتفاوض بحسن النية في العقود التجارية الدولية
109	ثانياً: الالتزامات المتفرعة عن الالتزام بحسن النية أثناء التفاوض خلال عقود التجارة الدولية

115	الفرع الثاني: بعد التفاوض
118	المبحث الثاني: أحكام التحكيم التجاري الدولي
118	المطلب الأول: التعريف بالتحكيم التجاري الدولي
119	الفرع الأول: تعريف التحكيم
119	أولا: التحكيم في الفقه الإسلامي
120	ثانيا: تعريف التحكيم في التشريعات الوضعية
123	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم
123	أولا: الطبيعة الاتفاقيّة للتحكيم (النظرية العقدية)
125	ثانيا: الطبيعة القضائية للتحكيم (النظرية القضائية)
125	ثالثا: الطبيعة المركبة للتحكيم (النظرية الثنائيّة - المختلطة)
126	رابعا: نظرية استقلال التحكيم
127	الفرع الثالث: مزايا وعيوب التحكيم
127	أولا: مزايا التحكيم
129	ثانيا: عيوب التحكيم
131	الفرع الرابع: أنواع التحكيم التجاري الدولي
131	أولا: التحكيم الحر
132	ثانيا: التحكيم المؤسساتي
132	ثالثا: التحكيم بالقانون
132	رابعا: التحكيم بالصلح
133	المطلب الثاني: إجراءات التحكيم التجاري الدولي

133	الفرع الأول: الإطار المكاني والزمني لإجراءات التحكيم
133	أولا: النطاق المكاني لإجراءات التحكيم
136	ثانيا: النطاق الزمني لإجراءات التحكيم
137	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني
138	الفرع الثالث: سير إجراءات التحكيم الإلكتروني
140	الفرع الرابع: إصدار حكم التحكيم الإلكتروني وتنفيذه
143	الفرع الخامس: رسوم التحكيم الإلكتروني
145	المبحث الثاني: أحكام الوساطة الإلكترونية
145	المطلب الأول: مفهوم الوساطة الإلكترونية
145	الفرع الأول: تعريف الوساطة
148	الفرع الثاني: تعريف الوساطة الإلكترونية وتمييزها عن غيرها
148	أولا: التعريف التقليدي للوساطة الإلكترونية
148	ثانيا: التعريف الحديث للوساطة الإلكترونية
150	ثالثا: تمييزها عن المصطلحات المشابهة
152	الفرع الثالث: خصائص الوساطة الإلكترونية
153	أولا: التقنيات المستعملة في الوساطة الإلكترونية
153	ثانيا: أطراف الوساطة الإلكترونية
153	ثالثا: خصوصية معاملات الوساطة الإلكترونية
153	رابعا: غياب الشروط الشكلية
154	الفرع الرابع: الشروط المطلوب توافرها في الوسيط

155	الفرع الخامس: الآثار الإيجابية والسلبية للوساطة الإلكترونية
155	أولاً: الآثار الإيجابية
158	ثانياً: الآثار السلبية
159	المطلب الثاني: أحکام سير عملية الوساطة الالكترونية
164	المطلب الثالث: آثار الوساطة الالكترونية على العقد التجاري الدولي
164	الفرع الأول: تسوية النزاع
165	الفرع الثاني: عدم التوصل إلى حل النزاع
166	خلاصة
168	خاتمة
172	الملاحق
الفهارس	
180	أولاً: فهرس الآيات القرآنية
182	ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية
183	ثالثاً: قائمة المصادر والمراجع
203	فهرس الموضوعات
	الملخص

الملخص

الملخص:

تعتبر عقود التجارة الدولية أداة قانونية لتبادل مختلف السلع والخدمات بين الدول وأساسا لقيام التجارة الدولية، وهو ما جعلها محل اهتمام من قبل هيئة الأمم المتحدة، وتميز هذه العقود في الغالب بطبيعتها المركبة، وتعقيدها خاصة بسبب اختلاف الأنظمة القانونية، وطول مدتها، ما يجعلها تواجه جملة من المخاطر.

تناقش هذه الدراسة أحد أهم الأحداث المؤثرة على العقود التجارية الدولية خلال مرحلة التنفيذ، والمتمثل في حدث القوة القاهرة الذي أصبح يحظى باهتمام تشريعى بالغا خاصة بعد حلول جائحة كوفيد19، سواء على المستوى الشرعي أو القانوني وعلى الصعيد الوطني والدولي على حد سواء، وذلك لتعارضه مع مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" الذي يقضي بوجو بأداء كل طرف من أطراف لالتزامات التي يرتبها العقد المبرم، وذلك وفق الآجال المحددة، مما يشير جملة من الإشكالات ولعل من أهمها تلك الإشكالية المتعلقة بمدى تأثر عقود التجارة الدولية بالقوة القاهرة، وقد عالجت الدراسة هذا الإشكال ببدءا من تحديد مفهوم القوة القاهرة وعقود التجارة الدولية بالقوة القاهرة، ووصولا إلى إبراز أهم الآثار الشرعية والقانونية للقوة القاهرة على عقود التجارة الدولية من افساخ العقد، ووقف تنفيذه، ثم إيجاد الطرق البديلة للحفاظ على استمرارية العقد كشرط إعادة التفاوض، وفي حال فشل هذا الأخير، يتم الانتقال إلى طرق وآليات بديلة لفض المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الدولية كالتحكيم الإلكتروني والوساطة الإلكترونية.

الكلمات المفتاحية: القوة القاهرة، عقود التجارة الدولية، إعادة التفاوض، افساخ العقد، وقف العقد.

Summary:

International trade contracts are considered a legal tool for the exchange of various goods and services between countries and the basis for international trade, which is what made them the subject of attention by the United Nations body. These contracts are mostly characterized by their complex nature, complexity, especially due to the different legal systems, and their long duration, which makes them face a number of risks.

This study discusses one of the most important events affecting international commercial contracts during the implementation phase, which is the force majeure event, which has become of great legislative interest, especially after the advent of the covid-19 pandemic, both at the legal or legal level and at the national and international levels, because of its conflict with the principle of « contract Shari'a », which stipulates that each of the parties must perform the obligations. This problem starts from defining the concept of force majeure and trade contracts. To highlight the most important legitimate and legal effects of force majeure on international trade contracts, and then find alternative ways to maintain the continuity of the contract as a condition for renegotiation, and in case of failure of the latter, the transition is made to alternative methods and mechanisms for resolving disputes related to international trade contracts such as electronic arbitration and electronic mediation.

Keywords : force majeure, international trade contracts, renegotiation, contract duplication, contract termination.

Résumé:

Les contrats commerciaux internationaux sont considérés comme un outil juridique pour l'échange de divers biens et services entre les pays et la base du commerce international, ce qui en a fait l'objet de l'attention de l'organe des Nations Unies. Ces contrats se caractérisent principalement par leur nature complexe, leur complexité, notamment en raison des différents systèmes juridiques, et leur longue durée, ce qui les expose à un certain nombre de risques. Cette étude aborde l'un des événements les plus importants affectant les contrats commerciaux internationaux au cours de la phase de mise en œuvre, à savoir l'événement de force majeure, qui est devenu d'un grand intérêt législatif, en particulier après l'avènement de la pandémie de covid-19, tant au niveau juridique ou juridique qu'au niveau national et international, en raison de son conflit avec le principe de la "Charia contractuelle", qui stipule que chacune des parties doit exécuter les obligations. Ce problème commence par définir la notion de force majeure et de contrats commerciaux. Pour mettre en évidence les effets légitimes et juridiques les plus importants de la force majeure sur les contrats de commerce international, puis trouver d'autres moyens de maintenir la continuité du contrat comme condition de renégociation, et en cas d'échec de ce dernier, la transition est effectuée vers d'autres méthodes et mécanismes de résolution des litiges liés aux contrats de commerce international tels que l'arbitrage électronique et la médiation électronique.

Mots clés : force majeure, contrats de commerce international, renégociation, duplication de contrat, résiliation de contrat.

The People's Democratic Republic of Algeria Ministry of Higher Education and Scientific Research University of Prince Abdelkader for Islamic Sciences – Constantine

Faculty of Sharia and Economics

Department: sharia and law



Serial Number:.....

Registration Number:.....

The impact of force majeure on international trade contracts

A comparative study between Islamic jurisprudence and positive legislation.

A dissertation submitted to obtain a doctorate degree for IMD in the Islamic Sciences Division - Sharia-

specialization: Sharia and law.

Student's Name:SupervisorDr:

Amina Djebari Dr. Souad Kassaa

Examination Committee:

Name and First Name	Scientific Rang	Function	Original University
Pr.Kamel Ladraa	Professor	Chairman	Amir Abdelkader University-Constantine
Pr. Souad Kassaa	Professor	Supervisor and Reporter	Amir Abdelkader University-Constantine
Pr.Dalila chaib	Professor	Member	Amir Abdelkader University-Constantine
Dr. Hisham Aliwash	MCA	Member	Amir Abdelkader University-Constantine
Pr.El khamsa Medkoure	Professor	Member	Hadj Lakhdar University – Batna 01
Pr.Elkahina Zouaoui	Professor	Member	Mentouri Brothers University – Constantine01

Academic Year: 1446-1447 A.H. / 2025-2026 A.D.