



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 الاسلامي والتشريعات الوضعية\_

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

تخصص: الشريعة والقانون.

إشراف الأستاذ:

سعاد قصعة

إعداد الطالبة:

آمنة جباري

لجنة المناقشة:

| الاسم واللقب       | الرتبة        | مؤسسة العمل                                      | الصفة        |
|--------------------|---------------|--|--------------|
| أ.د. كمال لدرد     | أستاذ         | جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية-قسنطينة | رئيسا        |
| أ.د. سعاد قصعة     | أستاذ         | جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية-قسنطينة | مشرفا ومقررا |
| أ.د. دليلة شايب    | أستاذ         | جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية-قسنطينة | عضوا مناقشا  |
| د. هشام عليواش     | استاذ محاضر-أ | جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية-قسنطينة | عضوا مناقشا  |
| أ.د. الخامسة مذكور | أستاذ         | جامعة الحاج لخضر - باتنة 1                       | عضوا مناقشا  |
| أ.د. الكاهنة زواوي | أستاذ         | جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة 1                  | عضوا مناقشا  |

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

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال عز وجل:

﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾

سورة البقرة: الآية 286.

## شكر وامتنان

لطالما أجبني ربي وزادني منه فضلا ولطفاً، وسبقني بالتيشير والجبر  
واللطف،

ماخطوت له حمدا واحدا إلا وأسبغ عليا وفاقني بالنعم فالحمد لله حمدا  
كثيرا طيبا مباركا فيه، والصلاة والسلام على نبينا وحبينا محمد المبعوث رحمة  
للعالمين وآله 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، وتكرموا بتقديم آرائهم وملاحظاتهم القيمة.

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

الباحثة: آمنة جباري

# إهداء

أهدي 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 ورفعته لدرجاته.

إلى من غرست في نفسي قيم الإصرار والاجتهاد إلى التي قاسمتني مشقة  
هذا العمل وكانت الحافز والمشجع كلما توانيت أو فشلت. أُمِّي الغالية أطال  
الله في عمرها وألبسها لباس الصحة والعافية.

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

إلى إخوتي سر بسمتي أدام الله ودنا:

عبد الرحمان، محسن، صفية.

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

حفظها الله وفتح عليها فتوح العارفين.

# مقدمة

الحمد لله الذي خلق السماوات والأرض وجعل لكل شيءٍ قدرًا، وأمدّنا بنعمة العقل واللغة لنفكر ونتعلّم، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله، بلّغ الرسالة، وأدّى الأمانة، ونصح الأمة، وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد...

## أولاً: التعريف بالموضوع

تعد العقود التجارية الدولية في الوقت الحاضر من أهمّ الآليات القانونية التي تنظّم حركة التبادل التجاري بين الدول والأفراد، وتُسهم بفعالية في تحقيق التنمية الاقتصادية وتدعيم العلاقات الدولية. وقد أفرز التطور الهائل في التجارة العالمية وتزايد الترابط الاقتصادي بين الدول واقعًا جديدًا يتّسم بتعقّد المعاملات وتشعبها، مما أوجب على الأطراف المتعاقدة إحكام تنظيم علاقاتهم التعاقدية بما يضمن تنفيذ الالتزامات وتحقيق الاستقرار القانوني في التعاملات.، غير أنّ 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، فيتعدّر تحقيق مقاصد العقد أو يختلّ توازنه اختلالاً جسيماً.

في هذا الإطار، يبرز مفهوم القوة القاهرة كأحد أهمّ المفاهيم القانونية التي تناولت معالجة هذه الإشكالية، إذ تُعدّ 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، فنصّت عليه القوانين المدنية والتجارية، ونظّمته 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 أنّ الفقه الإسلامي - بعمق رؤيته وشموليته - لم يغفل هذا الجانب، بل عالجته معالجة دقيقة في إطار ما يُعرف بالأعذار الطارئة أو الجوائح، مستندًا إلى أصول وقواعد شرعية عظيمة، من أبرزها: قاعدة الضرر يزال، وقاعدة المشقة تجلب التيسير، وقاعدة إذا ضاق الأمر اتسع. وهذه القواعد تمثّل الأساس النظري لما يُعرف اليوم بالقوة القاهرة في الفقه القانوني الحديث، وتُبرز 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 ومبدأ العدالة في توزيع المخاطر.

ولذلك، تأتي هذه الدراسة محاولةً تسليط 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 الرئيسة 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 كالآتي:

- 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 القاهرة؟

وكلها أسئلة سنحاول الإجابة عنها من خلال هاته الدراسة.

## ثانيا: 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 لتحقيق 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 محصورة في الفقه الإسلامي بمذاهبه الأربعة : الحنفي والمالكي، والشافعي والحنبلي، أما التشريعات الوضعية-المشرع الجزائري والعراقي والمصري والفرنسي، وذلك نظرا لصعوبة الإلمام 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 التجاري الدولي 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

#### -الدوافع الذاتية:

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

#### -الدوافع الموضوعية:

لعله من أهم أسباب اختيار هذا النوع من الموضوعات المتعلقة بعقود التجارة الدولية وتخصيصه بالبحث أن إبرام العقود عمل متكرر وجزء لا ينفصل عن الحياة اليومية للأشخاص فهو ذو صلة بالواقع الاجتماعي لهم، وقد تطرأ عليه ظروف يستحيل معها تنفيذ الالتزام، فيتحمل المدين خسارة فادحة إثر 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 فقها 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 كالبترو، والغاز وغيرها....

#### خامساً: أهداف الدراسة

- محاولة تحديد مفهوم القوة القاهرة وتحديد خصائصها وكيفية تطبيقها تفادياً لحدوث الإشكالات والنزاعات.
- تقييم مدى ملائمة الحلول القانونية المعاصرة لمتطلبات العدالة العقدية وحماية استقرار المعاملات الدولية.
- اقتراح معالجات فقهية وقانونية تحقق التوازن بين مصالح المتعاقدين وتضمن استمرارية التجارة الدولية رغم الظروف الطارئة.
- إبراز أحكام الجوائح ومبدأ 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 سبق له من قبل العديد من الدراسات والتي اقتصر أغلبها على تناول الموضوع في ظل الأنظمة القانونية فحسب ولعل من أهم الدراسات التي وقفت عليها الباحثة واستفادت منها بشكل مباشر في إثراء بحثها مايلي:
- "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 بالتعرض 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 وهما: الالتزام بالإخطار، والالتزام بتخفيف الضرر.

- ومع هذا فإن هاته الدراسة قد تناولت القوة القاهرة بشكل مقتضب جداً بالاعتصار 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 بحتة، 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، لينتقل بعدها الباحث إلى مناقشة كيفية تأثير القوة القاهرة على العقد التجاري الدولي والمتمثلة في: الإعفاء من المسؤولية، تأجيل العقد، أو إنهائه.

تختلف هذه الدراسة مع بحثنا من حيث نطاق البحث حيث تقتصر على الجانب القانوني دون الشرعي وهو ما سيكون مضمناً في دراستنا للموضوع، ومع أن الدراسة كانت دقيقة نوعاً ما ومحيطه بكل الجوانب غير أن الباحثة لم تستفد 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 ب: "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 المقاصة، ثم فصلت في أحكام الإبراء، لتنتقل في آخر فصل منها إلى الحديث عن استحالة التنفيذ من حيث عواملها، وشروطها وأهم آثارها المتمثلة في الانفساخ وتحمل تبعة الهلاك في كل من القانون الوضعي والفقه الإسلامي، وهي الجزئية الوحيدة في الدراسة التي تتقاطع مع موضوع الدراسة التي نحن بصدد معالجتها، ما جعل الاستفادة من هاته الدراسة تكون في حدود ضيقة.

- أثر العذر والجوائح على الالتزامات العقدية في الفقه الإسلامي مقارنة بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، للباحث عبد الرحمان هزرشي.
- أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، للباحث عادل مبارك المطيرات.

### سابعاً: منهج البحث

لتغطية جوانب هذا الموضوع فسنعتمد على منهجين أساسيين:

● **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 سنتناول حيثياته وجزئياته بالتحليل في الفقه الإسلامي، ثم تنتقل إلى التشريعات الدولية والأنظمة القانونية المختلفة لنخلص في الأخير إلى مقارنة النتائج المتوصل إليها في كل من الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية.

بالإضافة إلى الاستعانة ب:

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

### ثامنا: 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 استدعى تتبع واستقراء أحكامها من خلال الفروع وتأصيلها.

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

### تاسعا: خطة البحث:

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

تناولت في الفصل التمهيدي: الإطار المفاهيمي للقوة القاهرة وعقود التجارة الدولية وذلك من خلال مبحثين، 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 ثلاث 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.

لأختم الفصل الثاني بمعالجة: آليات تسوية منازعات عقود التجارة الدولية في ظل القوة القاهرة، وقد عمدت إلى تقسيمه لثلاثة مباحث، تناولت في المبحث 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 الالكترونية، وذلك من خلال تقسيمه إلى مطلبين.

لأخلص في نهاية هذا البحث بأهم النتائج المتوصل إليها، وكذا بعض التوصيات التي تفتح آفاقا 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 عموماً في جميع المجالات يواجه جملة من التحديات والمشكلات ونخص بالذكر المجال التجاري، حيث يؤدي هذا الأخير دوراً هاماً وحيوياً في تحقيق التنمية المحلية والدولية بالإضافة إلى تعزيز النمو الاقتصادي واستقراره.

تتميز عقود التجارة الدولية بأنها عقود ذات طابع تنفيذي غير فوري، كما أنها تختلف عن العقود الداخلية بطول مدتها، 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 للتأثر بالظروف والمتغيرات المتجددة مما يؤثر على تنفيذ الالتزامات العقدية وانفساخ العقد في بعض الحالات كحلول قوة القاهرة مثلاً، وفي هذا الفصل سنتطرق للحديث أكثر والتفصيل في موضوع القوة القاهرة وعقود التجارة الدولية، من خلال تقسيمه الى مبحثين، 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 التكنولوجيا، مما يؤثر تبعا على تنفيذ التزامات هذه العقود فيترتب عليها استحالة التنفيذ وعدم قدرة أحد الأطراف على أداء التزامه بسبب وقائع غير متوقعة ولادخل 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 سنتطرق 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 تقديم تعريف لها.

في هذا المطلب سنتطرق 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 كالاتي:

### أولاً: تعريف القوة القاهرة في اللغة

القوة القاهرة مصطلح مركب من كلمتين:

(القوة) وهي نقيض الضعف والجمع قُوى وقوى<sup>(1)</sup>.

(القاهرة) وهي قاهر من جمع قواهر أي الشامخ<sup>(2)</sup>.

### ثانيا: التعريف الفقهي

اهتم كل من الفقه الإسلامي وكذا القانوني بضبط تعريف للقوة القاهرة كل بأسلوبه، ومن جملة هاته التعاريف 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 الوقائع والمسائل كل على حدى بالبحث إما استنباطا من النص الشرعي، أو اجتهادا بالرأي، ولهذا فبالرجوع إلى الفروع الفقهية يمكننا الوصول إلى الأصول والنظريات العامة باعتبار أن الفروع متضمنة ومبنية على قواعد عامة<sup>(3)</sup>.

وبالتالي فإن مصطلح القوة القاهرة وإن كان من ابتداء رجال القانون غير أن معناها قد ورد في بعض النصوص القرآنية كما جاء في قوله تعالى: ﴿ قَالَ لَنْ أَرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُوا مَوْثِقًا مِنْ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ ﴾<sup>(4)</sup>

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

كما أن فروعه وتطبيقاته قد وجدت في العديد من مظان الفقهاء، حيث عالج الفقه الحنفي مسألة القوة القاهرة من خلال تعرضه لأحكام فسخ الإجارة بالعدر، وتغير قيمة النقود، كما نجد في المذهب المالكي والحنبلي وضع الجوائح في الزرع والثمار، 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 الدريني، النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق، ط4، 1998، ص139، 144.

(4)- سورة يوسف، آية (66).

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

كالآفة السماوية والعدر وتحمل التبعة والجائحة وسنأتي على ذكر بعض من تعريفات أصحاب المذاهب الفقهية للجائحة والعدر:

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

كما اختص الحنفية بالتوسع في تطبيق نظرية العذر وعرفوها ب: "عجز العاقد عن المضي في موجهه، 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..."<sup>(2)</sup>.

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<sup>(3)</sup>.

**أما المالكية** فقد توسعوا في أحكام الجوائح وعرفوها ب: "هو مالا يستطيع دفعه كالبرد والريح والجيش"<sup>(4)</sup>

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

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

ويلاحظ على المالكية أنه خصصوا وحصرُوا تطبيق نظرية الجوائح في الخضر والمقاثي كالبطيخ وما أشبهه، وفي الثمار دون غيرها.

<sup>(1)</sup>- الغياثي، محمود بن حسين، البناية شرح الهداية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان- ج 8، ص155.

<sup>(2)</sup>- الزيلعي، تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق، ج5، باب فسخ الإجارة، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط1، 1313هـ، ص145.

<sup>(3)</sup>- محمود ندعم الخضر، اختلال تنفيذ عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017، ص202.

<sup>(4)</sup>- أبو الحسن العدوي، كفاية الطالب الرباني حاشية العدوي، تحقيق: يوسف محمد البقاعي، دار الفكر، ج: 02، ص129.

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

<sup>(6)</sup>- البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، حديث رقم2198، دار ابن كثير، ط5، دمشق- سوريا، 1414هـ-1993م، ج:02.

أما الشافعية فقد جعلوا الضمان على المشتري في بيع الثمار دون اللجوء إلى تطبيق أحكام الجوائح عليها، واقتصروا على تطبيق نظرية العذر ولكن في إطار ضيق<sup>(1)</sup>.

وأما الحنابلة فقد طبقوا أحكام الجوائح في فروعهم وعرفوها بأنها: "كل آفة لا صنع للآدمي فيها كالرياح والبرد والجراد، والعطش"<sup>(2)</sup>.

وقد استخلص مضمون النظرية من تطبيقات الفقهاء على أن ثمة حادث أو ظرف أو عذر خاصا أو عاما، قد طرأ بعد إبرام العقد، وقبل تنفيذه أو أثناءه، سواء كان لاحقا بشخص أحد طرفي العقد، أو بمحل العقد، مما لم يكن متوقعا، ولا يمكن الدفع غالبا، جعل تنفيذ الالتزام التعاقدي مستحيلا لا مرهقا فحسب فيتعذر استيفاء منفعة المعقود عليه حسا أو شرعا<sup>(3)</sup>.

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

### ب\_ تعريف الفقه القانوني:

تجدر الإشارة إلى أحد أهم التعاريف الفقهية للقوة القاهرة الذي وضعه الفقيه الفرنسي ديفور مانتيل: كل حدث ينشأ بمعزل عن إرادة طرفي العقد، ولا يمكن توقعه أو منعه من قبل المدين ما يجعل من أداء الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة.<sup>(4)</sup> وفقا 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 والزلازل، ولكن في ظل

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

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

<sup>(3)</sup> فتحي الدريني، النظريات الفقهية، ص147-148.

<sup>(4)</sup> محمد الكشور، نظام التعاقد، ونظريتنا القوة القاهرة والظروف الطارئة، دراسة مقارنة (من وحي حرب الخليج)، الطبعة الأولى، 1993م، ص25.

المعنى الواسع أصبحت تعني كل حدث اجتمعت فيه خصائص القوة القاهرة ولو رجع إلى عمل الإنسان، ويقع بين عمل الطبيعة وعمل الإنسان العديد من الأحداث التي تشكل دون شك قوة القاهرة بالمعنى الدقيق، كالأضرار أو الحرب أو عمل الأمير<sup>(1)</sup>.

ومما يؤخذ على أصحاب هذا التعريف هو فتح المجال لأكثر عدد من الأحداث لاعتبارها قوة القاهرة 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"<sup>(2)</sup>.

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

### ثالثا: التعريف التشريعي:

لم يعرف **المشرع الجزائري** القوة القاهرة من خلال القانون المدني، بل أشار إليها كسبب معفي من المسؤولية، مثل المواد 127 و138، 851... إلخ. حيث جاء في نص المادة 127 من القانون المدني: " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث فجائي، أو قوة القاهرة أو خطأ صدر من المرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك"<sup>(3)</sup>.

ليتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف القوة القاهرة من خلال القانون رقم 05\_07 المتعلق بالحروقات، 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

<sup>(1)</sup>- إشراق نور الدين عبد الرحمان، آثار القوة القاهرة في القانون المدني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2015، ص6.

<sup>(2)</sup>- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط2، 1998، ص963.

<sup>(3)</sup>- 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 آنيا أو نهائيا غير ممكن"<sup>(1)</sup>.

كما تشير المادة 322 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى الاستثناء من سقوط الحق أو حق الاستئناف لعدم الالتزام 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 أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة القاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك"<sup>(2)</sup>.

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

على الرغم من أن المشرع العراقي لم يعرف القوة القاهرة في القانون المدني ولم يضع أحكاماً محددة تتناول هذه المسألة، إلا أنه في النص الرئيسي للمادة 168 من القانون المدني يشار إلى القوة القاهرة على أنها شكل من أشكال الأسباب الخارجية و"حيث يستحيل على الملتزم بعقد ما أن يؤدي التزاماته عيناً، فإن الحكم في حالات تأخر الملتزم 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 أدائه للالتزام"<sup>(3)</sup>.

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

<sup>(1)</sup> -المادة 05 من القانون رقم 07\_05 مؤرخ في 28 افريل 2005 المتعلق بالمحروقات، ج.ر، ع: 50 الصادرة بتاريخ 19 يوليو 2005 .

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

<sup>(3)</sup> - منير القاضي، شرح المجلة، الجزء الأول، مطبعة التفيض الاهلية، بغداد، 2020، ص 15.

أما بالنسبة للتشريعات الغريبة فقد عرّف **المشروع الفرنسي** القوة القاهرة منذ صدور القانون المدني عام 1804، ليورد عليه بعض النصوص القانونية حول القوة القاهرة وشروطها خلال تعديل عام 2016، حسماً للجدال والاجتهاد الفقهي، إذ تنص المادة 1218 على: "تعد قوة القاهرة 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"<sup>(1)</sup>.

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

كما اهتمت كذلك بعض الهيئات الدولية بتعريف القوة القاهرة وذلك يعتبر انعكاساً لأهمية هذه الأخيرة في مجال العقود الدولية عموماً.

حيث عرفت المادة 79 من اتفاقية فينا للبيع الدولي على أنها: "لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته، إذا أثبت 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"<sup>(2)</sup>.

ويتجلى من خلال هذا التعريف أنه لم يستعمل مصطلح القوة القاهرة بشكل مباشر أو صريح وإنما استبدلها بمصطلح: عائق، مكتفياً بذكر شروط اعتبار الحادث قوة القاهرة لتنفيذ أحكامه والتي أوردتها مختلف التعريفات السالفة التي أوردناها في هذا البحث.

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

<sup>(1)</sup>-(1)- عبد الحكيم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الاسكندرية، مصر، 1999، ص 169.

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

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

#### رابعاً: التعريف القضائي

انطلاقاً من التشريعات المقارنة التي أوردناها فقد وجدنا أن أغلبها أعرض عن تقديم تعريف للقوة القاهرة تاركاً للقضاء باب الاجتهاد، ومن التعاريف القضائية:

**1-القضاء الجزائري:** حيث عرفت المحكمة العليا القوة القاهرة بأنها: "حدث تتسبب فيه قوة تفوق قوة الانسان حيث لا يستطيع هذا الأخير أن يتجنبها أو أن يتحكم فيها، كما تتميز أيضاً بطابع عدم قدرة الإنسان على توقعها"<sup>(1)</sup>

**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 أخرى<sup>(2)</sup>

**3-القضاء المصري:** عرفت محكمة النقض المصرية ب: " حادث مستقل عن إرادة المدين ولم يكن في وسعه توقعه أو مقاومته"<sup>(3)</sup>.

**4-القضاء الفرنسي:** والذي عرفها ب: "كل حادث لا شأن لإرادة المدين فيه، ولا يمكن توقعه ولا منعه ويصبح به تنفيذ الالتزام مستحيلاً"<sup>(4)</sup>

ومما يلاحظ على هاته التعاريف القضائية أنها لا تختلف كثيراً في تحديد مفهوم القوة القاهرة، بل وتتقارب إلى حد كبير في وضع شروط تطبيقها.

#### التعريف الإجرائي:

إذن من خلال مجموع التعريفات الفقهية والتشريعية والقضائية للقوة القاهرة التي أوردناها في سياق هذا البحث ومناقشة ما يحتاج منها إلى مناقشة وإثراء تقرر لدينا أن الحادث القهري يتطلب توافر ثلاث (03) عناصر أساسية هي:

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

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

<sup>(3)</sup>-حكم مدني صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 29 يناير 1976م.

<sup>(4)</sup>-حيدر يوسف عزيز، يوسف غانم المنصوري، مرجع سابق، ص68.



● يجب أن يكون الحادث المتسبب في القوة القاهرة أجنبياً خارجاً عن إرادة الملتزم وذلك لإعفاء هذا الأخير 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 الحدث.

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<sup>(1)</sup>:

1- وجود عقد يتراخى 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 مستمرة التنفيذ كعقود الإجارة، عقود بيع الثمر القائم على الشجر، والزروع والخضر المتلاحق قطعها، وبين عقود البيع فورية التنفيذ.

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

- أن يكون خارجاً عن إرادة طرفي العقد.

<sup>(1)</sup> فتحي الدريني، 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 معتاد 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 القاهرة، مما قد يضيق نطاق تطبيق مفهوم القوة القاهرة<sup>(1)</sup>.

يستند تقييم البنود غير المتوقعة إلى الفترة التي تم خلالها إبرام عقد الالتزام التعاقدي. 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 أبرأ ذمته. غير أنه لا يمكن التذرع بالقوة القاهرة إذا كان الملتزم 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<sup>(2)</sup>.

فإذا تعذر على الملتزم 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، سواء أكان محل التزام المتعاقد فعلاً أم تسليماً، أي بدون خطأ من المتعاقد، ولم يكن المتعاقد ضامناً، أي بدون خطأ من المتعاقد وحتى لو لم يكن الحل من غير فعل المقاتل،

<sup>(1)</sup> نسيمه أمال جيفري، الحالات المستثناة لمسؤولية الناقل البحري، في القانون الجزائري والقانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الاعمال، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010/2011، ص 26.

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

فإن المقاول لا يتحمل تبعات الهلاك إذا هلك الخل في يد المقاول بفعل فاعل<sup>(1)</sup>.

ويجب أن يتوفر 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 يُعتبر الحدث قوة القاهرة يجب أن يستوفي عنصر الندرة. أي يجب أن يكون الحدث نادرًا وغير متوقع إلى حد كبير في سياق العقد<sup>(2)</sup>.

فعلى سبيل المثال في حكم صادر في 24 حزيران 1997 (رقم 153294)، رأت السلطات القضائية الجزائرية أن الأضرار التي لحقت بالبضاعة كانت نتيجة إعصار وعاصفة كبيرة تعرضت لها السفينة في البحر. ورأت المحكمة أن سفينة الشحن قد اتخذت جميع الاحتياطات اللازمة 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<sup>(3)</sup>.

#### 2- أن يكون الحادث مستحيلا دفعه

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

(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، مجلة 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 سداؤه 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 اللازمة لتجنبه، فلا يمكن اعتبار الحادث قوة القاهرة حتى لو تحقق شرط عدم إمكانية التوقع. ومن الضروري أيضاً أن يكون الملتزم قد أدى دوره كاملاً واتخذ جميع الاحتياطات اللازمة لضمان الوفاء بالتزاماته<sup>(1)</sup>.

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 يتوخون أقصى درجات اليقظة<sup>(2)</sup>.

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<sup>(3)</sup>:

### 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<sup>(4)</sup>.

### 3- أن يكون الحادث خارجياً:

وبعبارة أخرى، إذا كان الحدث الذي يُعتبر قوة القاهرة خارجاً عن سيطرة المدين، مثل الاضطراب

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

(2)- نسيمه أمال حيفري، الحالات المستثناة 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 قادراً على منع الحدث وأنه اتخذ جميع الخطوات اللازمة لتجنبه. وإلا فإن الحدث لا يُعتبر حدث قوة القاهرة مثل حادث حرب. وقد اعتمد عدد من القوانين هذا الشرط<sup>(1)</sup>.

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

وكمبدأ عام، لا يمكن أن تتحقق القوة القاهرة إلا إذا كان الحادث خارجاً عن إرادة الطرف المسؤول، ولكن أهمية هذه الخاصية تتوقف على طبيعة الفعل المزعوم. ولكي تكون القوة القاهرة أساساً لإعفاء الوكيل الملاحي من المسؤولية، من الضروري على سبيل المثال: أن يكون الحادث الناتج غير مرتبط بقصد الوكيل الملاحي وأن الوكيل الملاحي 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 رؤوسيه وغيرهم ممن 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 تبرز بشكل خاص في الإعفاء من المسؤولية عن الأفعال.

ويوافق الفقه القانوني عموماً على أهمية هذا الشرط ويعتبره شرطاً ضرورياً وأساسياً لتصنيف حادث ما كقوة القاهرة، خاصة في العقود الدولية<sup>(3)</sup>.

من خلال جملة المقارنات السابقة يمكننا القول بأن هناك ثلاثة شروط للقوة القاهرة شبه متفق عليها بين الفقه الإسلامي ومختلف 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 اللاه، تغير الظروف وأثره على تنفيذ عقد البيع التجاري الدولي، ص 374.

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

(3)- نسيمه أمال حيفري، الحالات المستثناة لمسؤولية الناقل البحري، ص 28.

### الفرع الثالث: خصائص القوة القاهرة

تميز القوة القاهرة عموماً 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، وهما 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<sup>(1)</sup>.

3) **تؤثر القوة القاهرة على حمل العقد:** وتؤدي القوة القاهرة إلى استحالة تنفيذ العقد وإنهاء العقد بسبب الهلاك الكلي للمبنى. ومن ثم فإن أثر القوة القاهرة هو استحالة تنفيذ العقد والإنهاء التلقائي للعقد، أي بحكم القانون<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني: تمييز القوة القاهرة عن المصطلحات المشابهة لها

أثناء تنفيذ العقد، ولا سيما في العقود الدولية ذات المدة الطويلة، قد تنشأ حالات تشترك 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 المفضية من المسؤولية.

في هذا المطلب سنعالج مسألة التفرقة بين القوة القاهرة والظروف الطارئة (فرع أول)، بين القوة القاهرة والظروف الاستثنائية (فرع ثاني)، بين القوة القاهرة والحوادث المفاجئة (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 بالمجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، سنة 1427هـ-2006م، ص 04.

## الفرع الأول: تمييز القوة القاهرة عن الظروف الطارئة

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

### أولاً: من حيث التعريف:

أ- بالنسبة للفقهاء الاسلامي:

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، ويشرعون الأحكام المناسبة حسب مقتضيات العدالة، استناداً إلى نص المواد إن وجدت، وعن طريق الاجتهاد بالرأي المبني على معقولية المواد<sup>(1)</sup>.

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

العذر هو عدم قدرة الطرف المتعاقد على أداء التزاماته التعاقدية دون تكبد ضرر إضافي لا مبرر له. وتجدر الإشارة إلى أن الأعذار لا تنقيد بشروط محددة. فأبي حدث يقع في الحياة العامة يمكن أن يرقى إلى مستوى العارض أو العذر الذي يؤثر على الالتزامات التعاقدية. فالخوف من الطريق، أو مرض الحيوان، أو الانتقال من مهنة إلى أخرى، وما إلى ذلك قد يكون أمراً مألوفاً وغير استثنائي، ولكنه يمكن أن يؤثر على قدرة الطرف المتعاقد على الوفاء بالتزاماته<sup>(4)</sup>.

(1)- محمد فتحي الدريني، النظريات الفقهية، ص 139-140.

(2)- ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الجزء 02، دون سنة نشر، ص 110.

(3)- الكاساني، علاء الدين مسعود الحنفي، بدائع الصنائع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1998، الجزء 04، ص 567.

(4)- اعثمان الدين بن علي الزعيلي، تبين الخفايق شرح كنز الدقائق، ص 404.

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 الثمرة، كأن يلتقطها طائر، أو تهب بها الريح، أو تسقط بشكل طبيعي في الظروف العادية<sup>(1)</sup>.

وبناءً على ما سبق، يُعرّف الحدث الطارئ بأنه: "حدث عام غير متوقع وغير قابل للدفع يقع بعد إبرام العقد ولكن قبل الأداء ويلقي بالعبء والضرر على الملتزم في أداء الالتزام".

### ب- في القانون:

في ضوء هذا المعنى العام تعريف الحدث الطارئ بأنه: "حدث استثنائي عام خارج عن إرادة الملتزم لا يمكن توقعه وقت إبرام العقد، ويقع أثناء تنفيذ العقد، ويكون مرهقاً للملتزم وليس مستحيلاً عليه ويتسبب في خسائر كبيرة للملتزم."<sup>(2)</sup>

### ثانياً: بالنسبة للشروط:

#### أ- عند الفقه الإسلامي:

وعليه فإن شروط اعتبار الظروف الطارئة وتحقيقها في الفقه الاسلامي هي<sup>(3)</sup>:

✓ 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 وتنفيذه. وذلك لأنه في مثل هذه الحالات يمكن للمدين/المتعاقد أن يفسخ

(1)- ابن قدامة، المغني ويليهِ 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 الاسلامي والقانون الوضعي، ص 04.



العقد. كما أن الحوادث التي تحدث بعد إتمام العقد مستثناة 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 ومضراً 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<sup>(1)</sup>:

- يجب أن تكون الظروف الطارئة (الحوادث) استثنائية وعامة، مما يعني استبعاد الحوادث المعتادة والخاصة، لأنها لا تُعتبر ظروفًا 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<sup>(2)</sup>. ومع ذلك، فإن الفقه الإسلامي قد سبق إلى تناول هذه المفاهيم قبل ظهورها في القوانين الحديثة، حيث تم تطبيقها في حالات الجوائح 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 نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة. بعض القوانين تشير إلى أنه إذا تمكن 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

<sup>(1)</sup> 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.

<sup>(2)</sup> الشريف، التوازن المالي للعقد الإداري، مجلة نقابة المحامين، المالحق 13، أيلول 1982، ص 195.

القاهرة تنطبق في إطار المسؤولية التقصيرية والعقدية، بينما تقتصر نظرية الظروف الطارئة على المسؤولية التعاقدية فقط<sup>(1)</sup>.

#### رابعاً: 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 تنطبق 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<sup>(2)</sup>.

#### خامساً: من حيث الإثبات:

بينما يُعتبر 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، ويتعين عليه إثبات أن الضرر ناتج عن قوة القاهرة. 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<sup>(3)</sup>.

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

- صفة الاستثنائية: حيث يشترط القانون صفة الاستثنائية في الظروف الواقعة على العقود كالإضراب المفاجئ والحروب والزلازل كونها غالبية 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 يترتب عنه من أضرار،

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

<sup>(2)</sup> - خالد علي سليمان بن أحمد، مرجع سابق، ص 9-10.

<sup>(3)</sup> - سنقرة عيشة، فيصل التفرقة ما بين نظرية الظروف الطارئة، القوة القاهرة والحادث المفاجئ وتطبيقاتهم، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، المجلد 16، العدد 01، 2023، ص 521.

وبالتالي فإن تطبيق نظرية العذر في الفقه الإسلامي أوسع وأشمل<sup>1</sup>.

-صفة العمومية: تشترط التشريعات الوضعية في الحادث أن يكون عاما غير خاص بأحد الأطراف المتعاقدة وإلا فلا يعتد به، غير أن الفقه الإسلامي لا يفرق بين كون الحادث عاما أو خاصا لا يتعدى أثره حدود التزام أحد المتعاقدين، وهو ما يعكس قمة العدالة في الأحكام التي تقرها الشريعة الإسلامية حفاظا على حقوق ومصالح العباد<sup>2</sup>.

وفي ختام المقارنة بين مفهومي القوة القاهرة والظروف الطارئة يتضح جليا أنهما متقاطعان ومتداخلان في عدة نقاط حيث يتحدان ويتشابهان 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 والانفساخ التلقائي للعقد، على خلاف الظرف الطارئ الذي يرتب إرهابا في تنفيذ الالتزام من قبل المدين دون استحالة ذلك، كما تختلفان من حيث نطاق التطبيق فمجال القوة القاهرة يكون في المسؤولية بنوعيتها التقصيرية والعقدية، في حين ينحصر مجال تطبيق الظروف الطارئة على المسؤولية العقدية، كما تشترط 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:

#### أولاً: التعريف

#### أ-في الفقه الإسلامي:

عرف الظرف الاستثنائي بأنه: مجموعة من الحالات الطارئة والمؤدية إلى تهديد المصلحين العامة والخاصة مما يعطي الحاكم رخصة اتخاذ مجموعة من الإجراءات والتدابير الاستثنائية لمواجهتها وتستند 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).

### ب\_في القانون الوضعي:

لم يعرف القضاء الظروف الاستثنائية مع انه يعتبر مصدرا من مصادره، وبالرجوع إلى بعض النصوص الدستورية نجد: " تخول 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 توسعة لصلاحياته في الخروج عن القواعد العادية لدفع الخطر الذي يهدد المصلحة العامة<sup>(1)</sup>.

ثانيا: شروطها وعناصر قيامها

#### أ\_ الفقه الإسلامي:

تقوم نظرية الظروف الاستثنائية في الفقه الاسلامي على عنصرين أساسيين: <sup>(2)</sup>

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

### ب-في القوانين الوضعية:

يعتبر ظرفا استثنائيا كل حادث توافرت فيه جملة من العناصر الآتية: <sup>(3)</sup>

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

<sup>(1)</sup> المادة (107) من الدستور الجزائري المعدل سنة 2016.

<sup>(2)</sup> طوبال كتيبة، سميح 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.

<sup>(3)</sup> عبد المجيد طيبي، 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 الوقوع، أن يكون المهديد بهذا الخطر هي المصلحة العليا ممثلة أساسا في المؤسسات الدستورية، والسلامة الترابية إضافة إلى الغاية المبتغاة منها.

● **الشروط الاجرائية:** حيث تشترط 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 الاول.

— الاستماع لهيئات مختصة.

— اجتماع البرلمان.

— توجيه خطاب للأمة.

**ثالثا: الآثار القانونية:**

تختلف الآثار القانونية للظروف الاستثنائية على العقود عموما عن آثار القوة القاهرة بحيث ينتج عن تطبيق حالة الظرف الاستثنائي: <sup>(1)</sup>

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

— **تعديل العقد:** فسعيًا 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 تجسيد مبدأ الضرورة ويختلفان في العديد من النقاط:

<sup>(1)</sup> 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 الموضوع ونطاق التطبيق فالقوة القاهرة موضوعها تنفيذ العقد، أما الظرف الاستثنائي فيتصل بالنظام والأمن العام للدولة وبالتالي نطاقها القرارات الإدارية.
- تتمثل آثار القوة القاهرة في: انفساخ العقد وانحائه، أو إعادة التفاوض، في حين يؤثر الظرف الاستثنائي على الحقوق والحريات العامة للأفراد لفترة زمنية محددة.

### الفرع الثالث: تمييز القوة القاهرة عن الحادث المفاجئ

يعتبر الحادث الفجائي هو الآخر أحد الأسباب الأجنبية المؤثرة في العقود بشكل عام ولعل من اهم 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 الناتجة عنها<sup>(1)</sup>.

#### 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 يُعتبر الحادث المفاجئ حدثاً غير متوقع. ومع ذلك، تم انتقاد هذا الرأي، حيث يُفترض 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.

<sup>(1)</sup> عبد الهادي فهد علي الجفین، أثر القوة القاهرة على العقد- في نطاق المسؤولية والرابطة العقدية ودور الإرادة 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<sup>(1)</sup>:

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 والحوادث 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 لتحقيق المسؤولية، ولكن ليس الحوادث المفاجئة. غير أن هذا التمييز ليس مهماً لدرجة أن الرأي العام يعتبر أن القوة القاهرة والحوادث المفاجئ مترادفان<sup>(2)</sup>.

عبر إجراء مسح وتحليل ومقارنة بين نظرية القوة القاهرة ونظرية الحوادث المفاجئة، يتبين 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.

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

<sup>(2)</sup> - 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 بيزيت، 2014، ص 159.

## المبحث الثاني: مفهوم عقود التجارة الدولية

تتميز 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 تأثراً كبيراً بالتطورات الحديثة التي شهدتها العالم والتي أدت إلى تطورها وتوسيع نطاقها وتكثيف دورها وتنويع طبيعتها القانونية والتعاقدية.

وما دامت العقود طويلة الأمد، فإنها تتأثر بالتغيرات في الظروف المحيطة بالعقد. وبينما يكون للتغيرات في الظروف المحيطة بالعقد تأثير كبير على المستوى الداخلي، فإن هذا التأثير يتعاضد 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 يثير 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

وسنأتي 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 "العقود التجارية الدولية" والتي وجب ضبط مفهومها وهو ما سنتناوله من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: تعريفها (الفرع الأول) وأهميتها (الفرع الثاني) أنواعها (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:

### أولاً: عند فقهاء الشريعة الإسلامية:

بالرجوع إلى نصوص الشريعة الإسلامية وكتب الفقهاء نجد أن عقود التجارة الدولية كانت فكرة مجسدة ومقبولة 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: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا نَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ۝٢٩﴾<sup>1</sup> وقوله ايضا: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُوبَهَا ۝٢٩﴾<sup>2</sup>

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

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

(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 وإبرامها وتنفيذها، رسالة دكتوراه، جامعة النيلين، السودان، 2018، ص 79\_81.

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

- الشفافية والوضوح: يجب أن تكون بنود العقد وشروطه واضحة ومفصلة تجنباً للنزاعات 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 مشروعاً، 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 ومبادئ الشريعة الإسلامية.

\_\_العدالة والإنصاف: ومعناه أن يكون العقد موازناً بين مصالح أطراف العقد متسماً بالعدل والإنصاف، دون ظلم أو استغلال<sup>(1)</sup>.

ثانياً: في التشريعات الوضعية:

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

---

(1) علي محمد منصور عليوة، المرجع السابق، ص25.

المعاملات التجارية المصممة لعبور الحدود والتأثير على الدول الأخرى<sup>(1)</sup>.

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

ينطوي تعريف التجارة الدولية بمعناه الواسع على دراسة ثلاثة جوانب من المعاملات الاقتصادية الدولية: حركة السلع والخدمات، وحركة رؤوس الأموال، وحركة الأشخاص. وتتم هذه المعاملات بين منطقتين أو بين بلدين مختلفين أو بين عدة بلدان ذات سياسات مختلفة<sup>(3)</sup>. 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<sup>(4)</sup>.

وعليه فيمكننا القول بتطابق كل من التعريفين الفقهي والقانوني للعقد التجاري بحيث كليهما يتطلب توافق وتطابق إرادتين مستقلتين مع الحرص على توفر الالتزامات المتقابلة غير أن الفقه الإسلامي كان حريصاً على ضرورة مشروعية محل العقد وهو ما غاب عن التعاريف الوضعية 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 المعيارين القانوني وكذا الاقتصادي وهي كالاتي:

(1)- تياب نادية، التحكيم كآلية لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2006 ص 02.

(2)- سفيان بن عبد العزيز، الأساليب والمعايير الحمائية 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 لخضر 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 الدولية على العقد المبرم بمجرد توفر العنصر الأجنبي في الرابطة العقدية وهو ما يجعل العقد خاضعا لأحكام وقواعد القانون الدولي الخاص. وذلك بأن يكون أحد أطراف العقد حاملا لجنسية مختلفة عن جنسية القاضي، أو أن يكون موضوع العقد أو محل تنفيذه خارج دولة القاضي<sup>(1)</sup>.

### ب\_ المعيار القانوني الحديث:

ويرى أصحاب هذا المذهب أن العقد يستمد صفته الدولية انطلاقا من وجود عناصر قانونية أجنبية فعالة في الرابطة التعاقدية، وبالتالي فإن تمتع أي طرف قانوني آخر غير فعال بالجنسية الأجنبية أو كان متوطنا بالخارج أو أبرم العقد في بلد آخر لا يعد كافيا لإضفاء الطابع الدولي على هذا العقد ويتوقف ذلك نسبيا على نوع وطبيعة العلاقة التعاقدية فتختلف من المعاملات المالية إلى عقود الزواج مثلا، فنلاحظ أن مجرد تطرق الصفة الأجنبية لعناصر العقد لا يعتد به لاعتبار العقد دولي وإنما لابد أن يكون التطرق لأحد العناصر المؤثرة في العقد<sup>(2)</sup>.

وهو ما ذهبت إليه اتفاقية فينا لسنة 1980م وكذا اتفاقية لاهاي لسنة 1986م حيث أخذتا ببعض من هاته المعايير لاعتبار العقد التجاري دوليا فاعتمدت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع بمعيار تواجد مراكز أعمال الأطراف بالخارج دون الاعتماد بجنسيتهم في حين أخذت اتفاقية لاهاي بالمعيارين: اختلاف جنسية أطراف العقد بالإضافة إلى اختلاف مراكز أعمال الأطراف<sup>(3)</sup>

<sup>(1)</sup>- حفيظة سيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص419.

<sup>(2)</sup>- هشام علي صادق، القانون الواجب تطبيقه على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2001، ص75-76.

<sup>(3)</sup>- هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص78.

## 2\_المعيار الاقتصادي:

يرى بعض الفقهاء أن هذا المعيار أنه خاص بالقانون الفرنسي كونه متسماً بالغموض ولم يلق قبولا وتحابوا على المستوى الخارجي، ويرجع إحداث هذا المعيار إلى الاجتهاد القضائي الفرنسي وهو يعتمد أساساً على فكرة المد والجزر في البضائع والسلع والخدمات والأمور بالإضافة إلى اشتراط تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية، حيث يعتبر عقداً تجارياً دولياً عقد يتم بموجبه انتقال حركة في رؤوس الأموال خارج حدود الدول<sup>(1)</sup>.

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 الثغرات الموجودة في هذا المعيار، ما استدعى تداركها عن طريق دمج المعيارين القانوني والاقتصادي فيعتبر عقداً تجارياً دولياً كل رابطة عقدية ذات عنصر 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<sup>(2)</sup>.

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 93-09 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 يُعتبر تحكيمياً دولياً وفقاً للمادة 458 من نفس المرسوم.

(1)- يسري عوض عبد الله، العقود التجارية الدولية-مفاوضاتها، إبرامها، تنفيذها، مرجع سابق، ص 90\_92.

(2)- المرجع نفسه، ص 92.

وهذا يعكس العلاقة الوثيقة بين التحكيم والعلاقات التجارية الدولية، حيث تلعب عقود التجارة الدولية دورًا أساسيًا في العصر الحديث. كما يعكس هذا الارتباط النسبي بين التحكيم وعقود التجارة الدولية، مما يجعل صفة الدولية عنصراً مشتركاً بينهما.

و بصدر قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08/09، فإن المشرع الجزائري قد تجاوز اصطلاح مصالح التجارة الدولية وعدل عنه، حين أتى بمفهوم مخالف لذلك بنصه في المادة 1039<sup>(1)</sup> 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 يتفوق 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 تقوي 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 ينعكس في ميزان النقد الأجنبي ويؤثر بشكل مباشر على ميزانه التجاري<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> القانون 08-09، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق ل 25 فيفري 2008م، ج ر عدد 21 لسنة 2008.

<sup>(2)</sup> عبد اللطيف عامر، الأزهر عزه، مرجع سابق، ص 401.

-تتيح التجارة الدولية تحقيق فوائد من خلال الحصول على السلع بتكاليف أقل مقارنة بتلك التي تُنتج 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 والحاجات<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: أنواع عقود التجارة الدولية

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

#### اولا: في الفقه الإسلامي:

من خلال كتب فقهاء الشريعة الإسلامية يمكننا القول بأن العقد التجاري يقسم باعتباريات 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<sup>(2)</sup>:

**1-عقد صحيح:** وهو عقد تترتب عليه آثاره الشرعية كونه مكتمل الأركان والشروط، وهو إما أن يكون نافذا ولازما، أو نافذا وغير لازم، وإما غير نافذ وهو الموقوف.

**2-عقد غير صحيح:** وهو غير مرتب لآثره الشرعي كونه مخالفا لنظام الشرع حيث اختلف العلماء حول أنواعه، حيث ذهب جمهور الفقهاء، حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبارها درجة واحدة من حيث الفساد والبطالان، أما الحنفية فذهبوا إلى اعتبارها درجتان ونوعان: عقد باطل وهو ما كان الخلل في ركن من أركانه، وعقد فاسد وهو ما كان الخلل 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 ترتب آثاره الشرعية وبقائه موقوفًا.
- **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 كالمساقاة، والمراجحة، والبيع، والوكالة و... إلخ.
- وعقود غير مسماة وهي عقود حديثة لم تكن موجودة عند القدماء. 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<sup>(1)</sup> وهناك من يقسمها باعتبار الغاية إلى: <sup>(2)</sup>
- 1- عقد البيع**: وهو تبادل وبيع السلع أو الخدمات بين مختلف دول العالم، ويخضع كل ذلك لضوابط وشروط البيع في الفقه الإسلامي، منها: التسليم والضمن.
- 2- عقد الإجارة**: ويتمثل في إجارة الأصول أو الخدمات لفترة زمنية محددة المدة وكذا الأجر وذلك خروجًا عن دائرة الجهالة المفرطة والغرر.
- 3- عقد المضاربة**: وصورته عبارة عن عقد شراكة بين طرفين، يقدم أحدهما المال والآخر يلتزم بتقديم العمل، مع تقاسم الأرباح وفقًا للنسب المتفق عليها مسبقًا.
- 4- عقد المراجحة**: ويكون ببيع سلعة معينة بسعر يتضمن مسبقًا علما بنسبة الأرباح المرجوة من تلك الصفقة وغالبًا ما تتم هاته العقود في مجال التمويل الإسلامي.

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

<sup>(2)</sup> - 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 المصانع، والتي تأخذ شكل عقود تسليم المفتاح وأعمال البناء المختلفة. وتشمل أيضاً اتفاقات القروض الدولية وأشكال أخرى من العقود التي تنطبق على التجارة الدولية.

### 01- عقد البيع الدولي للبضائع والخدمات

تُعتبر عقود البيع الدولي للبضائع والخدمات أكثر أنواع العقود انتشاراً، وقد تناولها العديد من المؤلفين بشكل مفصل<sup>(1)</sup>. كما أنها حظيت بأهمية كبيرة في الاتفاقيات الدولية. ومن بين الإنجازات البارزة التي قامت بها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (UNCITRAL) هو قانون البيوع الدولية 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<sup>(2)</sup>. 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، بغض النظر عن نوع الخدمة. ومن أمثلة هذه العقود ما يلي. عقود بيع الخدمات المالية، مثل إنشاء بنك أجنبي أو شركة إقراض دولية<sup>(3)</sup>، 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<sup>(4)</sup>.

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

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

(3)- شركات الإقراض الدولية تقدم قروض طويلة الأجل لتنشيط تجارتها الخارجية، وتبدو أهمية هذه القروض كونها تمثل رقابة حقيقية من جانب المؤسسات المالية على المشروع لأنه يقوم بإخطار المؤسسات المالية بأي تعديلات نظراً على أنشطته وميزانيته، وعدم الاقتراض في المستقبل إلا بعد أخذ 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)- مصالح بن عبد الله بن عطايف 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<sup>(1)</sup>.

## 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، تجد 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<sup>(2)</sup>.

يُعتبر عقد الوكالة التجارية عقدًا رضائيًا، 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 شفويًا. كما يمكن إثبات عقد الوكالة التجارية بطرق إثبات متعددة<sup>(3)</sup>.

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 مجاناً 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، الاردن، 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 وتوسع نطاق الخدمات المطلوبة في التجارة الدولية. ونظراً لصعوبة تعامل الشركات بشكل مباشر مع المستهلكين، حيث يتم ذلك غالباً من خلال وسطاء، فقد ظهرت أشكال متنوعة من العقود، بما في ذلك عقود الوكالة التجارية، والوكلاء بالعمولة، والوكلاء التجاريون بين الدول<sup>(1)</sup>.

## 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<sup>(2)</sup>. 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 والعراقي والمصري من خلال القانون التجاري وقانون الملكية الفكرية.

يعرّف 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، وتقديم 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<sup>(3)</sup>.

يُعرّف اتفاق الامتياز بأنه "اتفاقية تمنح بموجبها شركة معينة عدة شركات أخرى الحق في بيع منتجات أو خدمات تحت اسمها التجاري أو علامتها التجارية، وذلك مقابل مبلغ مالي، وغالباً ما يترافق ذلك مع تقديم دعم فني"<sup>(4)</sup>.

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

<sup>(2)</sup> المرجع نفسه، ص 24.

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

<sup>(4)</sup> 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 أطرافاً غير الشركات أيضاً.

يعد الامتياز التجاري شكلاً من أشكال التجارة التي وجدت بيئة مواتية لتطورها وتقدمها في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث وُلدت منذ حوالي 30 عامًا. وقد انتشر المفهوم وأسس منه منذ ذلك الحين إلى أوروبا وبدأ الآن في الوصول إلى أسواق الشرق الأوسط. ويعتبر نموذجاً أمريكياً للتعاون، وقد بررت ظهوره عدة عوامل منها<sup>(1)</sup>:

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 التعاقدي للمشروع المشترك الشخصية القانونية للمشروع المشترك، ولكنه لا يحول دون وجود هيكل مالي وإداري يتناسب مع حجم الأنشطة التي يقوم بها المشروع المشترك<sup>(2)</sup>.

يعتقد البعض أن ما يميز المشروع التعاقدي 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<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> دعاء طارق بكر البشتاوي، عقد الفرنشيز وأثاره، مذكرة ماجستير في قانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2008، ص 10.

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

<sup>(3)</sup> أحمد فلاح بخت العطين، المشروع المشترك وسيلة لنقل التكنولوجيا في الاردن، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون، جامعة القاهرة، 2006، ص 28.

تُعتبر 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.<sup>(1)</sup>

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 اللازمة 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.<sup>(2)</sup>

بالإضافة إلى ذلك، يمكن أن يكون المشروع المشترك مخصصاً لتسويق المنتجات التي ينتجها 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 شكلاً من أشكال الحوار أو تبادل الأفكار بين طرفين أو أكثر، يهدف إلى الوصول إلى اتفاق يساهم في حل الخلافات في وجهات النظر بين الأطراف المعنية.

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

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

## أولاً: تعريف المفاوضات

### 1\_المفاوضات لغة واصطلاحاً:

أ-لغة: كلمة "تفاوض" في اللغة العربية مشتقة من الفعل "فاوض"، وهي تعني المداولة والمباحثة في الأمر بين طرفين<sup>(1)</sup>

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 يُعتبر الشخص مفاوضاً. عندما يُقال "تفاوض الفريقان"، فهذا يعني أن الفريقين تبادلوا الآراء وتناقشا من أجل التوصل إلى اتفاق<sup>(2)</sup>.

### ب-اصطلاحاً:

### \_ 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<sup>(3)</sup>

-المفاوضات في القانون: التفاوض هو فن إدارة التواصل الفعّال 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 يتماشى مع مصالحهم المشتركة<sup>(4)</sup>

(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: المحادثات بين طرفين أو أكثر، كما عرّفها ديفيس-هوفر، بأن يعترف كل منهما للآخر بأنه يتحكم في مصدر الرضا ويتفقان على تغيير هذه الظروف<sup>(1)</sup>.

وبحسب الدكتور محسن أحمد الخضري فإن التفاوض هو موقف يقوم فيه طرفان أو أكثر بعرض وجهات نظرهم حول قضية ما وتبادلها وتقاربها وتكييفها 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 وديناميكية، حيث يستطيع الطرفان الحفاظ على مصالحهما القائمة أو كسب مصالح جديدة باستخدام جميع وسائل الإقناع الممكنة<sup>(2)</sup>.

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.

### ثانيا: الالتزامات والمسؤولية خلال مرحلة التفاوض

#### أ- التزامات مرحلة التفاوض:

الالتزام الأساسي بالتفاوض (واجب حسن النية) تلتزم الأطراف في عقد تفاوضي بالتفاوض بحسن نية وبحسن نية<sup>(3)</sup>.

يتطلب واجب حسن النية من الطرف الآخر تجنب 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 حقيقية لإبرام عقد، وعدم إنهاء 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 مخالف لحسن النية<sup>(4)</sup>.

(1)- نادر أحمد أبو شيخة، أصول التفاوض، مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، 2000 ص13

(2)- ولاء علي محمد، مرجع سابق، ص43.

(3)- يسري عوض عبد الله، العقود التجارية الدولية، مرجع سابق، ص183.

(4)- نفس المرجع، ص186.

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 يُعتبر أيضاً انتهاكاً للسرية.

#### ب- الجزء 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<sup>(1)</sup>.

وفقاً لنظرية المسؤولية التقصيرية، 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<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> بن احمد صليحة، اثار المسؤولية المدنية الناشئة عن الاخلال المتفاوض بالتزامه بحث منشور بـ [univ.dspaceouargla.dz](http://univ.dspaceouargla.dz) ، ص 18.

<sup>(2)</sup> معداوي نجية، محاضرات في مقياس عقود التجارة الدولية، القيت على طلبة السنة اولى ماستر، تخصص قانون اعمال، جامعة البليدة2، لونييسي 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<sup>(1)</sup>:

- ✓ تحديد موضوع العقد.
- ✓ مقدمة العقد.
- ✓ التعريفات.
- ✓ التزامات الطرفين وجزاء مخالفتها.
- ✓ مدة العقد.
- ✓ ضمانات العقد.
- ✓ طرق فض النزاع والمتمثلة هنا بالتحكيم التجاري.
- ✓ مسائل أخرى

### ثانياً: بنود التزامات الطرفين وحل النزاعات

متن العقد أو موضوعه هو الجزء الأساسي الذي يتناول تحديد التزامات الطرفين وجزاء مخالفتها<sup>(2)</sup>. يوضح هذا البند مسؤوليات كل طرف والأهداف التي يسعى إلى تحقيقها ويعتبر من أكثر البنود دقة

<sup>(1)</sup> صالح بن عبد الله بن عطايف العوفي، مرجع سابق، ص 150

<sup>(2)</sup> 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 والتفسيرات 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 أساسي بالنسبة إلى من قام بصياغته، وأساس لإسناده إلى الموقع وبيان أن من قام بصياغته قد قبل الوثيقة ووافق على محتوياتها 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: <sup>(1)</sup>

- 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 نافذاً وسارياً انطلاقاً من تاريخ توقيعه، غير أن طبيعة العقود الدولية في معظمها لا تكون نافذة من تاريخ توقيع العقد، وإنما انطلاقاً 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، وتبعاً 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 وذلك بالالتزام المدين بنفس العمل الذي التزم به خلال صياغة وتحرير بنود العقد، وسواء كان بالإيجاب أو السلب، وتحدد 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: <sup>(1)</sup>

- أ- إذا كان التاريخ محددًا في العقد أو قابلاً للتحديد طبقاً للعقد، فيقع التنفيذ في ذلك 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 تنطبق أي من هاتين الحالتين، تعين التنفيذ خلال مدة معقولة تبدأ من إبرام العقد.

**2-التنفيذ التام للالتزامات التعاقدية:** ويعني الوفاء الكامل من قبل طرفي العقد بجميع الالتزامات التي تم الاتفاق عليها خلال العقد أساسية كانت أم ثانوية، إيجابية أو سلبية، وتتمثل 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 إنهاء العقد بشكل سلمي تجنباً للمسؤولية القانونية وحفاظاً على الثقة بين الأطراف <sup>(2)</sup>.

**3-التنفيذ الجزئي للالتزامات التعاقدية:** وهو الوفاء بجزء من الالتزامات المتفق عليها في العقد وليس وفاءً بكاملها، 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 مقبولا كعقود توريد البضائع على دفعات، أما في حال عدم الاتفاق عليه بين الأطراف بشكل صريح أو لم يكن مقبولا من طرف الدائن فيؤدي إلى نشوء النزاعات <sup>(3)</sup>

**4-تنفيذ المدين لالتزاماته قبل الاستحقاق:** ومفاد ذلك هو قيام المدين بأداء 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 اليونيدروا حيث أجازت للدائن قبول أو رفض التنفيذ قبل تاريخ الاستحقاق المتفق عليه في حال تعارض مع مصلحته، ولا يعتبر ذلك تعنتاً منه، حيث يبقى المدين مديناً بالالتزام حتى يتم الوفاء به وفق تاريخ استحقاقه وإلا فقد يفقد حق استحقاق المقابل <sup>(4)</sup>.

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

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

<sup>(3)</sup> يسري عوض عبد الله، مرجع سابق، ص 440-442.

<sup>(4)</sup> 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 تحققها مراعاة للمصلحة العامة في تحقيق استقرار المعاملات التجارية الدولية وذلك استجابة لرغبة الأطراف.

كما توصلنا إلى أن عقود التجارة الدولية تتمتع ببعض الخصوصية من حيث مراحل إبرامها وتنفيذها وكذا تأثرها 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

تطرقنا في الفصل التمهيدي إلى مفهوم القوة القاهرة وأهم الشروط الواجب توافرها في الحدث حتى يصنف كقوة القاهرة، ولكن جوهر البحث ينصب على تلك الآثار المترتبة على أعمال 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 الدائمة: 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 تلقائيًا بموجب القانون، وذلك لاستحالة التزام الأطراف بالوفاء.

القوة القاهرة المؤقتة: تحدث عندما يكون الحدث الذي يجعل تنفيذ العقد موقوفًا، مما يعني أن الالتزام يمكن أن يُستأنف بمجرد زوال الحدث. في هذه الحالة، يتم تعليق الالتزامات التعاقدية مؤقتًا 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 الخارجة عن إرادتهم، سواء كانت دائمة أو مؤقتة. ومع ذلك، فإن تحديد ما إذا كان الحدث يشكل قوة القاهرة يعتمد على شروط العقد والقوانين المعمول بها بالإضافة إلى تلك الصعوبات والتحديات التي يواجهها تطبيق هذه النظرية.

في هذا الفصل سنتطرق للحديث أكثر عن هذه الآثار والتحديات من خلال تقسيم الفصل إلى ثلاث مباحث، الالتزامات المترتبة على أعمال القوة القاهرة الدائمة والمؤقتة في تنفيذ عقود التجارة الدولية (المبحث الأول)، النتائج المترتبة على أعمال القوة القاهرة الدائمة 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 تنفيذ عقود

### التجارة الدولية

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

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

### المطلب الأول: التزام المدين بالإضرار:

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 بالإضرار في الفقه الإسلامي، و(الفرع الثاني) الأساس القانوني والجوانب الشكلية للالتزام بالإضرار، (الفرع الثالث) مضمون الالتزام بالإضرار وجزاء عدم القيام به.

### الفرع الأول: أساس الالتزام بالإضرار 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 ما لم 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 دوراً هاماً بالنسبة للعقد، غير أن الفقهاء لم يخصصوه بقاعدة معينة وبالتالي يستمد الالتزام بالإخطار أساسه الشرعي انطلاقاً من النصوص الشرعية الآتية:

-الأدلة من القرآن: قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَتْ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ 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 تدعو في مجملها إلى وجوب إزالة الضرر وعدم إلحاقه بالغير، وتحقيق العدل في المعاملة والتي تقضي بوجوب إخطار المدين لدائنه بالضرر المتوقع حصوله للتحرز منه وتجنبه قدر الإمكان، وهو ما تقتضيه مبادئ العدل والصدق والأمانة وحسن النية، وتجنب الغش (5).

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

(2)- النساء: 29.

(3)- ابن جرير الطبري، تفسير الطبري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج 5، ص 67.

(4)- صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب تحريم الغش، حديث رقم: 102. مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاؤه، القاهرة، مصر، 1395هـ- 1975م،

(5)- انظر: المغني، ابن قدامة: ج 4\ص 123، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد: ج 2\ص 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 تعوق تنفيذ العقد، كأن تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً أو مرهقاً لذلك، إذا لم يقيم المدين بإخطار الطرف الآخر بالواقعة خلال الفترة المحددة، فلن يتم الاعتراف بالواقعة ولن تصبح نافذة المفعول<sup>(1)</sup>.

### 1-الالتزام بالإخطار في اتفاقيات التجارة الدولية.

يجادل البعض بأن واجب الإخطار نشأ أولاً في سياق الاتفاقيات التجارية 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"<sup>(2)</sup>.

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

<sup>(1)</sup>-علي حوجة خيرة، "القوة القاهرة في القانون المدني الجزائري"، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة، 2002 ص.40

<sup>(2)</sup>-أسماء مدحت سامي، الاعفاء من المسؤولية في اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع، فيينا" الناشر دار النهضة طبعة.2006، ص330.

الالتزام<sup>(1)</sup>، غير أن المادة 6/2/1 من هذه المبادئ والمتعلقة بشرط إعادة التفاوض "Ship Hard" لم تتعرض 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 يحتج بالإعفاء يجب عليه أن يخطر الطرف الآخر بالإخفاق وأثره على أداء التزاماته في أقرب وقت ممكن بعد علمه بالإخفاق وأثره على أداء التزاماته، إلا أن بعض الاجتهادات القضائية رأّت 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<sup>(2)</sup>.

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

## 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:

-**المشروع الجزائري:** يعتبر المشروع 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<sup>(4)</sup> 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 اختلال 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 1975م، المعدل 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 والمتعلقة بالسفينة: " وعلى الحامل أن يخطر دون إعطاء من ظهر له الكميالة بالقوة القاهرة وأن يثبت هذا الإخطار مؤرخاً وموقعاً منه في الكميالة أو في الوصلة وتتسلسل الإخطارات وفقاً للمادة 440 من نفس القانون"<sup>(1)</sup>

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

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 أثرها على الأداء، وهذا يعني، في رأينا، إخطار الطرف الآخر<sup>(3)</sup>.

#### 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 يحتج بظرف القوة القاهرة الطرف الآخر...." أو "يجب على الطرف الذي يحتج بظرف القوة القاهرة أن يخطر الطرف الآخر في أقرب وقت ممكن وبكل الوسائل الممكنة"<sup>(4)</sup>.

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 كتابياً".

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

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

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

<sup>(4)</sup> أحمد مروت، شروط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015، ص 245.

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 تسري في جميع الأحوال فور إرسالها<sup>(1)</sup>.

- وفي حالة إرساله بالبريد المسجل، يجب في جميع الأحوال أن يكون موجهاً إلى آخر عنوان معروف للطرف الموجه إليه ويبدأ 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 "يلتزم البائع بأن يخطر المشتري بوجود حالة القوة القاهرة، خلال 30 يوماً من وقوع الحادث"<sup>(2)</sup>.

وعلى العكس من ذلك، يجوز للأطراف استخدام مجموعة متنوعة من المصطلحات بدلاً 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 يدعي وجود حالة قوة القاهرة أن يخطر الطرف الآخر فور حدوثها"<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثالث: مضمون الالتزام بالإخطار وجزاء عدم القيام به

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

(1)- صالح بن عبد الله بن عطايف العوفي، مرجع سابق، ص 215.

(2)- أحمد مروت، مرجع سابق، ص 247.

(3)- المادة 21فقرة 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 متناسب. ولا يتم التأكيد على هذا الأمر في البنود العامة والنموذجية فحسب، بل أيضاً في الاتفاقيات التجارية الدولية. وتنص اتفاقية فيينا 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<sup>(1)</sup>.

على سبيل المثال، هناك بند ينص على أنه "يجب على الطرف الذي يدعي 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"<sup>(2)</sup>.

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

ووفقاً للأحكام العامة، يقع عبء إثبات حالة القوة القاهرة أو شرط إعادة التفاوض وفقاً للأحكام العامة على المدعي. 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<sup>(4)</sup>.

(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)- قادري عبد العزيز، القوة القاهرة في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 2005، ص 77.

(4)- زروقي الطيب، دفع المسؤولية العقدية بالقوة القاهرة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 1978، ص

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

### ثانياً: جزاء عدم الالتزام بالإخطار:

تتوقف عقوبة عدم الامتثال للالتزام بالإخطار 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 المفاوض إشعاراً"، يُقال إن العقوبة الأنسب في هذه الحالة هي مصادرة الحق في التذرع بالقوة القاهرة أو بند في شرط إعادة التفاوض<sup>(2)</sup>.

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 التعويض عنه بسبب القوة القاهرة<sup>(3)</sup>.

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<sup>(4)</sup>.

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 7/1/7 من مبادئ اليونيدروا.

(1) عواقب صليحة، 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 صليحة، 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 بلدها وطالبت بمبلغ 200 ألف دولار أمريكي كتعويض عن التأخير لعدة أشهر في هذا الإخطار<sup>(1)</sup>.

ومن بين البنود التي تتطلب إشعاراً دون تحديد الشكل الصيغة التالية: "يخطر الطرف الذي يحتج بظرف القوة القاهرة الطرف الآخر...." أو "يجب على الطرف الذي يحتج بظرف القوة القاهرة أن يخطر الطرف الآخر في أقرب وقت ممكن وبكل الوسائل الممكنة"<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني: التزام الدائن بتخفيف 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 لتخفيف من 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 بتخفيف الضرر، (الفرع الثالث) جزاء مخالفة الالتزام بتخفيف الضرر

### الفرع الأول: أساس تخفيف الضرر في الفقه الاسلامي

تعتبر القوة القاهرة في الشريعة الإسلامية من الأسباب التي تعفي المدين من المسؤولية 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

<sup>(1)</sup> محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، دار النسر الذهبي للطباعة، م صر، سنة، 1986 ص. 229

<sup>(2)</sup> أحمد مروت، مرجع سابق، ص 245.

أساساً لهذا الالتزام وتهدف إلى الحد من الأضرار أو تقليلها قدر الإمكان.<sup>(1)</sup>

يعتبر الالتزام الدائن بتخفيف الضرر في العقود مبدأً فقهي مهم، فإنه يُتوقع 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 معاً 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 ينتج لا يتأتى معه إتمام العقد إلا بتحمل ضرر غير مستحق، وضرر حسي يؤدي إلى تفويت منفعة، وضرر اقتصادي<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: الأساس القانوني للالتزام بتخفيف الضرر

يعد التزام الدائن بتخفيف 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 وتؤكد قرارات التحكيم التجاري الدولي<sup>(3)</sup>.

### أولاً: إرادة الأطراف كأساس للالتزام بتخفيف الضرر:

ولما كانت إرادة الطرفين تلعب دوراً رئيسياً في تأكيد الالتزام بتخفيف الأضرار، فإنهما يحرصان 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 اللازمة... إلخ. وغالباً ما يتم التعبير عنها بعبارات عامة تؤكد وجودها<sup>(4)</sup>.

(1)- حسام الدين أحمد شريف، الطبيعة القانونية للالتزام بتخفيف 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)- عدة عليان، الالتزام بتخفيف 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 القاهرة، يلتزم الطرف المتعاقد ببذل كل الجهود اللازمة لإزالة أو تقليل الصعوبات والأضرار المتكبدة وفي حالة عدم حدوث ذلك، يجب على الطرف المخالف مطالبة الطرف المتعاقد بالتعويض من الطرف المخالف<sup>(1)</sup>.

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 بتخفيف الضرر هو أحد المبادئ المستمدة من مبدأ حسن النية<sup>(2)</sup>. 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، يقدّر القاضي. ويشمل التعويض خسارة الدائن وخسارة الربح. ومع ذلك، شريطة أن يكون ذلك أمراً مفروضاً منه إذا لم يكن بإمكان الدائن أن يتفادى ذلك ببذل جهود معقولة“<sup>(3)</sup>.

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

(1)- عواقب صليحة، مرجع سابق، ص 75.

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

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

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

ويستدل من هذه المادة على أن المشرع لا يعرض 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.

### ثانياً: التزام الدائن باتخاذ تدابير معقولة لتخفيف الضرر

من الأركان الأساسية للالتزام بالتخفيف من الأضرار أن يتخذ الدائن المتضرر خطوات معقولة لتخفيف من الأضرار الناجمة عن إخلال المدين. فالمعقولة هي نقطة الارتكاز في تقييم مدى وفاء الدائن بواجبه في تخفيف الأضرار، إذ لا يمكن تحقيق التخفيف من الأضرار إذا لم يتصرف الدائن بشكل معقول في إجراءاته لتخفيف من الأضرار<sup>(1)</sup>.

وتتنوع التدابير المتخذة من قبل الدائن المتضرر لتخفيف الضرر الذي لحق به جراء عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية، من عقد الآخر ومن واقعة لأخرى، ووفقاً لملازمات 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 تخفيف 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 يقوم المشتري بتسليم البضاعة المراد بيعها، يجب على الدائن البائع اتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ على البضاعة غير المسلمة، على أن تسدد المحكمة للدائن البائع تكاليف هذه المحافظة<sup>(2)</sup>.

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

<sup>(1)</sup> عطية، النظرية العامة لواجب تقليص الأضرار في العقود، دراسة مقارنة بين القوانين الأنجلوسكسونية وعقود البيع الدولي، 2015، صفحة 109.

<sup>(2)</sup> 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 اللازمة لتخزين البضاعة وسمح ببقاء البضاعة في حيازته فهناك حالتان<sup>(1)</sup>، وهما:

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

**الحالة الثانية:** وفي حالة عدم وجود شرط تعاقد يحمي بالحفاظ على البضاعة، فإن هذه المسألة مشابهة للممارسة المتبعة في معظم القوانين المماثلة. وينص القانون الجزائري على أنّ هلاك البضائع المتعاقد عليها في يد دائني البائع قبل أن يتسلم البائع البضائع المتعاقد عليها إلى المشتري هو من خسارة البائع، باستثناء المشتري إذا حدث هذا الهلاك بعد أن يكون البائع قد أخطر المشتري بتسلم البضائع المتعاقد عليها<sup>(2)</sup>.

على الرغم من اتحاد إرادة العديد من المشرعين القانونيين المقارن، بمجرد إعفاؤه 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<sup>(3)</sup>.

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

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

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

<sup>(3)</sup> - 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<sup>(1)</sup>.

## 2\_التدابير الإصلاحية:

لا يقتصر الالتزام بالتخفيف من الضرر على الالتزام باتخاذ تدابير وقائية أو احترازية، بل قد يفرض أيضاً سبل انتصاف للتخفيف 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<sup>(2)</sup>.

وذلك لأنه إذا كانت تكاليف الإصلاح غير معقولة وغير ممكنة عملياً، فإن المشتري يتحمل تكاليف الإصلاح على نفقته الخاصة ولا يمكنه المطالبة بها من البائع. إذا كانت تكاليف الإصلاح غير معقولة وغير عملية، فإن المشتري يتحملها على نفقته 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 إنهاء العقد مع الطرف المحلي واتخاذ تدابير بديلة، مثل السعي لإبرام صفقة جديدة، مثل السعي لإبرام صفقة بديلة<sup>(3)</sup>.

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

<sup>(2)</sup>- عدة عليان، مرجع سابق، ص 804.

<sup>(3)</sup>- عطية، النظرية العامة لواجب تقليص الأضرار في العقود، مرجع سابق، ص 165.

### الفرع الثالث: جزاء مخالفة الالتزام بتخفيف الضرر

إذا تبين أن الدائن قد أخل بواجبه في تخفيف الأضرار، فإن العقوبة اللاحقة هي دفع تعويض للمدين. وغالباً ما يقوم المحكّم 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 يعوّض إلا عن الجزء الذي أخفق في تخفيفه من الضرر، ومن ناحية أخرى، إذا لم يقيم الدائن بالوفاء بهذا الالتزام، يحق له الحصول على تعويض كامل<sup>(1)</sup>.

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

وتجدر الإشارة إلى أن عبء إثبات أن الدائن قد اتخذ التدابير اللازمة لتخفيف 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 بتخفيف الضرر. غير أن المشتري احتج أمام هيئة التحكيم بأن البائع لم يتخذ التدابير اللازمة لتخفيف الأضرار دون تقديم دليل، ولكن هيئة التحكيم رفضت هذه الحجة استناداً إلى أن المشتري لم يقدم دليلاً يدعم ادعاءه بأن البائع أخل بالتزامه بتخفيف الأضرار التي لحقت به<sup>(3)</sup>.

(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 ملزماً للطرفين، ولكن قد يتعذر على أحد طرفي العقد تنفيذ الالتزامات التعاقدية لأسباب خارجة عن الإرادة كحادث القوة القاهرة مثلاً 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 ومآلات 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 شرعاً وقانوناً

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 يفسخ تلقائياً، مما يعفي الأطراف من أي مسؤولية قانونية تجاه تنفيذ الالتزامات التي أصبحت مستحيلة.

سوف نتطرق 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 كانا عليها قبل إبرام العقد، وذلك بسبب استحالة التنفيذ أو اختلال التوازن العقدي"<sup>(1)</sup>.

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 اللزوم، وذلك استناداً إلى قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(2)</sup>، حيث تشير العقود هنا إلى العهود. وقد قال الله تعالى: ﴿وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا﴾<sup>(3)</sup>، وأيضاً: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾<sup>(4)</sup>. وتدل هذه الآيات على أن الله تعالى أوجب الوفاء بالعقود والعهود بشكل عام، حيث إن العقد يُعتبر 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"<sup>(5)</sup>، ولأن آثار العقد تتضمن التزامات، والالتزامات بطبيعتها تكون لازمة. كما أن العقود تُعقد لتحقيق مقاصد وأهداف معينة وإشباع حاجات، لذا فإن الوفاء بها يعد جزءاً أساسياً من تحقيق تلك المقاصد"<sup>(6)</sup>.

(1)- منار 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 الاسراء، الآية رقم (34).

(5)- ابن تيمية: أحمد بن تيمية: مجموع الفتاوى ج29، جمع وترتيب المرحوم عبد الرحمن بن قاسم الناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل البابي الحلبي، ص154.

(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 المقصد العام من التشريع الإسلامي وهو جلب المصالح ودرء المفاسد، ومن أهم القواعد الفقهية التي استند عليها 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 بالعدر القائم بأحد الطرفين أو كليهما، وكذلك الجوائح لدى المالكية والحنابلة حيث يعتدون بوضع الجوائح من الآفات السماوية ومن صنع الآدمي وغيره عند المالكية، 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 الجوائح والتي تعد بديلاً عن القوة القاهرة، وذلك من منطلق عدم تحميل العاقد الضرر الناشئ عن الحوادث الخارجة عن إرادته<sup>(1)</sup>.

## 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<sup>(2)</sup>.

من بين التشريعات التي تناولت هذا الأثر، المشرع الجزائري الذي عالج مسألة الانفساخ 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 تنفيذ الالتزام مستحيلاً بسبب أجنبي، فإن التزام الطرف الآخر ينقضي تلقائياً وينفسخ العقد<sup>(3)</sup>".

كما عالج 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، ط2، 2001، ص 21.

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



التزام بسبب استحالة التنفيذ انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه<sup>(1)</sup>.

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 لا يد له فيه ولم يكن ثمة سوء نية من جانب المدين"<sup>(2)</sup>.

## ثانياً: تمييز الانفساخ عن الفسخ

### 1- في الفقه الإسلامي

للقوف 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 وإعادةه إلى حالة عدم الوجود. وبالتالي، يُعتبر 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 يُستخدم 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 ويؤدي إليه<sup>(3)</sup>.

### 2- في الفقه والتشريعات الوضعية:

#### أ- في الفقه القانوني:

تباينت 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

<sup>(1)</sup> - لقانون 131 لسنة 1948 المتعلق بإصدار القانون المدني المصري بتاريخ 16 يوليو 1948.

<sup>(2)</sup> - القانون المدني الفرنسي الصادر بتاريخ 21 مارس 1804، المعدل بموجب الأمر رقم 131-2016 المؤرخ في 10 فيفري 2016.

<sup>(3)</sup> - عبد الرحمن الجزيري - 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 بطبيعته القانونية الخاصة وكذا بآثاره، ولما كان الانفساخ هو الانهاء التلقائي للعقد بقوة القانون لاستحالة تنفيذه فهو يمثل النوع الثالث من أنواع الفسخ عند أصحاب هذا الاتجاه، لذلك يُطلق عليه اسم الفسخ القانوني لتمييزه عن الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي<sup>(1)</sup>.

يبدو أن من يتبنون 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 القاهرة تمنع التنفيذ، وفي هذه الحالة لا يُفرض تعويض. كما أن طبيعة الانفساخ تحد من سلطة المحكمة<sup>(2)</sup>، حيث يقتصر تدخلها على التحقق من توافر شروط الانفساخ، مما يجعله حكماً كاشفاً وليس منشئاً.

استناداً إلى ما تم ذكره، يترجح 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 إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين ان اقتضى الحال ذلك"

يتبين 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.

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

<sup>(2)</sup> صفا تقي 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 الملزمة 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 تنطبق على الجميع<sup>(1)</sup>.

وقد ميز كذلك القانون العراقي والمصري بين الفسخ والانفساخ، حيث جعل فسخ العقد نتيجة لعدم تنفيذ الالتزام العقدي 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<sup>(2)</sup>.

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 يتجلى ويتحدد في سبب نشوء كل 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 والجوائح والضرورة سبباً لإجازة الفسخ ومشروعيته يمكن استنتاج الشروط الواجب توافرها بالجائحة والعذر الطارئ وهي: <sup>(3)</sup>

<sup>(1)</sup>- محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء الاول، الجزائر، 2007، ص 387.

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

<sup>(3)</sup>- يسري عوض عبد الله، المرجع نفسه، ص 482.

-أن يكون العقد من عقود المعاوضات الملزمة للجانبين.

-أن يترتب 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:

ليعتد بالانفساخ لابد من توفر بعض الشروط وهي كالآتي:

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

### 1\_الإستحالة 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<sup>(1)</sup>.

### 2\_الإستحالة 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 الهدف الأساسي من التعاقد. وفي بعض الحالات، قد يستمر العقد مع تقليص 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 المتبقي يحقق المصلحة والفائدة المطلوبة للدائن<sup>(1)</sup>.

### 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 باطلاً بسبب استحالة موضوعه<sup>(2)</sup>.

### 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 خارجاً عن إرادة أي من طرفي العقد.

من خلال عرض شروط جواز فسخ العقد في كل من الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية يتبين أنهما يتفقان من حيث اشتراط الاستحالة المطلقة التي يتعذر معها 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 حصراً ولا يعتد الفقه الإسلامي بما كان من غير صنع آدمي.

### 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 أورده الموسوعة الفقهية الكويتية حول أحكام وتعريف الانفساخ العقدي يمكننا إجمال آثاره عموماً في الآتي<sup>(3)</sup>:

(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 ترتب التزامات.

### ثانياً: 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 التنصل نتيجة لقوة القاهرة، يكون له أيضاً أثر إبطال المسؤولية التعاقدية للمدين. وبالتالي فإن تعويض المدين لم يعد ممكناً.

#### 1\_ انتفاء مسؤولية المدين:

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

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<sup>(2)</sup>.

وتتخذ مبادئ الأونيدروا للعقود التجارية الدولية نهجاً مماثلاً، حيث تعفي المادة 7-1-7 الملتزم من المسؤولية التعاقدية عن عدم الأداء، ولكن عندما يكون عدم الأداء بسبب خطأ، فإن هذه المادة تعني القوة القاهرة<sup>(3)</sup>.

(1)- المادة 176 من الأمر رقم 75-58 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\_إنحلال 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 التزاماتهما 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 فُسخ العقد. وينطبق هذا الحكم سواء كان ذلك بسبب إخلال أحد الطرفين المتعاقدين بالتزاماته أو بسبب قوة القاهرة، إذ لا تميّز الاتفاقية بين الأمرين ولا تعطي سوى أثر واحد للإخفاق: الإعفاء من التعويض وقد تم اعتماد هذه القاعدة أيضاً في مبدأ اليونيدروا من خلال المواد 3-5-7 حيث تم الحكم بأن إنهاء العقد يعفي الطرفين من التزاماتهما المقابلة في المستقبل<sup>(1)</sup>.

## 3\_حق الاسترداد أو رجعية أثر الانفساخ

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<sup>(2)</sup>.

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 هلك البضاعة قبل التسليم لأسباب خارجة عن إرادة البائع، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن، إلا إذا هلك البضاعة بعد إنذار المشتري بالتسلم“. وبالمثل، ينص المشرع العراقي في الفقرة الثانية للمادة 180 من القانون المدني العراقي، وتقابلها المادة 160 من القانون المدني المصري<sup>(3)</sup>.

(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 منصور، 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 اليونيدروا التي تسمح لكلا طرفي العقد بعد فسخه بالمطالبة برد عين ما تم توريده، شريطة أن يرد كل منهما في نفس الوقت كل ما تلقاه بموجب هذا العقد<sup>(1)</sup>.

#### 4\_ امتناع 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<sup>(2)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن المدين لا يُعفى من دفع التعويضات التي يلتزم بدفعها إلا إذا كان سبب الإعفاء هو إهمال المدين أو عدم وفائه بالتزاماته. وفيما يتعلق بالتعويضات المتفق عليها كالشروط الجزائية، فإن أحكام 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<sup>(3)</sup>.

#### 5\_ أثر تحمل التبعة

وفسخ العقد بسبب قوة القاهرة لا يثير هذه المسألة، لأنه يؤدي إلى انتفاء المسؤولية التعاقدية للمدين، ولكنه يثير مسألة أخرى وهي مسألة تحمل المسؤولية والخسارة الناتجة عن وقوع القوة القاهرة، وافترض المسؤولية يعني تحديد الطرف الذي يتحمل مخاطر وتبعات فقدان البضائع بسبب القوة القاهرة والخسائر الناتجة عنها<sup>(4)</sup>.

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

(2)- صفا تقي عبد النور العيساوي، مرجع سابق، ص 162.

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

(4)- مصطفى الزرقاء - نظرة في تبعية الهالك بين الفقه الاسلامي والفقه المقارن مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الرابعة العدد الاول يناير 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 الهلاك بتسليم المدين البضاعة المتفق عليها للدائن وهو ما ورد في أحكام القانون المدني العراقي في المادتين: 179، و547، وتقابلها المادة 437 من القانون المدني المصري<sup>(1)</sup>.

### 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 المتعاقد من خطر الاضطرار إلى إنهاء العقد قبل إتمام التنفيذ<sup>(2)</sup>.

(1)- حيدر يوسف عزيز، يوسف غانم المنصوري، مرجع سابق، ص148.

(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 الاسلامي

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<sup>(1)</sup>.

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 ينتج 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<sup>(2)</sup>.

### 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 تُعتبر نافذة أو باطلة إلا بعد الإجازة أو الفسخ من الجهة المعنية. عند تعريفها، تتميز بعمومها، حيث تشمل جميع التصرفات التي يتوقف نفاذها على الإجازة التي يمكن أن يملكها شرعاً. ومع ذلك، لم يتم توضيح أن العقد الموقوف يُعتبر أحد أقسام العقد الصحيح<sup>(3)</sup>.

### 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

<sup>(1)</sup> ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، د ت، 1956م، ص.75.

<sup>(2)</sup> عبد الواحد بن عبد الله، التصرفات الموقوفة في الفقه الاسلامي، السعودية إدارة الثقافة 1993م، ص 75.

<sup>(3)</sup> الخفيف، علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ط، 2 د ن، 1947م، ص.352.

زوال هذا المانع، يستأنف العقد سريانه ويبدأ في ترتيب الآثار المتوقعة منه<sup>(1)</sup>.

يعتبر وقف العقد حالة استثنائية ضمن نطاق القانون المدني، حيث يعود الفضل في تطويرها إلى القضاء الفرنسي الذي بذل جهودًا 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<sup>(2)</sup>. 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<sup>(3)</sup>.

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، تمهيدًا لاستئناف تنفيذ العقد مجددًا عند زوال تلك العقبة"<sup>(4)</sup>.

#### ثانيا: الطبيعة القانونية لوقف تنفيذ العقد:

يذهب بعض الفقهاء إلى أن وقف التنفيذ يُعتبر فسخًا مؤقتًا للعقد، حيث يتم تعليق مفعوله بالنسبة للطرفين خلال فترة القوة القاهرة التي تعيق إمكانية التنفيذ. ومع ذلك، تبقى العلاقة العقدية قائمة وناظفة قبل فترة الوقف وبعدها. بعبارة أخرى، يُعتبر 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<sup>(5)</sup>.

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

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

(3)- عبد الوهاب الرومي، أساس انفساخ العقد -دراسة منهجية في الفقه الاسلامي والقانون المدني، بحث منشور في مجلة 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 تقي الدين العيساوي، مرجع سابق، ص 186.

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

تتمثل الصعوبة الثانية في أن اعتبار الوقف مجرد فسخ قد يؤدي إلى توسيع مفهوم الفسخ وإدخال معاني جديدة عليه، مما قد يفضي في النهاية إلى فقدان معالم الفسخ الأساسية<sup>(1)</sup>.

بالإضافة إلى ما ذكر 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 يُعتبر اتفاق الطرفين هو الأساس في هذه الحالة. وأخيراً، فإن السبب الرئيسي للفسخ يتجلى في عدم التزام أحد الطرفين بسبب قوة القاهرة خارجة عن إرادته وقدرته على السيطرة.

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

في الواقع، هناك فرق كبير بين نظام وقف التنفيذ ونظام الدفع بعدم التنفيذ. فالدفع بعدم التنفيذ يُعتبر 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<sup>(3)</sup>.

(1) شريف محمد غانم، مرجع سابق، ص 301.

(2) صفاء تقي 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. فبالإضافة 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<sup>(1)</sup>.

إذا 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 أيضاً 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 وأثناء عملية التفاوض ذاتها<sup>(2)</sup>.

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

(1)- أحمد مروت، مرجع سابق، ص 108.

(2)- نفس المرجع، ص 111.

## ثانياً: وقف تنفيذ العقد في الاتفاقيات الدولية

تشير المادة 2-6-2/3 من مبادئ اليونيدروا 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 أحل بالتزاماته بسبب ذلك الحدث، بل يجب أن ينظمه حكم صريح.

يشير النص أعلاه إلى أن طلب إعادة التفاوض لا يمنح المتعاقد المضروب الحق في تعليق أداء الالتزام فوراً، بل يجب أن يستمر هذا الأداء ما لم يكن هناك اتفاق صريح يسمح للطرف المضروب بتعليق أداء الالتزام فوراً. وبمجرد وقوع الحدث<sup>(1)</sup>، 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 ويمنع استئنافه<sup>(2)</sup>.

وهكذا فإنه على الرغم من أن التزام الطرفين بأداء التزاماتهما خلال هذه المدة قد يبدو للوهلة الأولى غير متسق مع طبيعة وقف تنفيذ 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<sup>(3)</sup>، بحيث يحتفظ العقد بصحته وقوة أدائه إلى أن يزول المانع أو السبب الأجنبي فيبقى العقد وصحته والتزامات 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 وليست نهائية، وقررت الهيئة بعد ذلك استئناف العقد في سريانه

<sup>(1)</sup> أسيل باقر جاسم النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض لدراسة في عقود التجارة الدولية"، من 130.

<sup>(2)</sup> 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.

<sup>(3)</sup> سالم بن سلام بن حميد القليبي، نفس المرجع، ص 31.

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

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 للمدعى عليه أن يفي بالتزاماته تجاه المدعي وأن يعود العقد إلى العمل بصورة طبيعية<sup>(2)</sup>.

### 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 التعاقدي هو إحدى المراحل التي تأتي بين بداية الأداء التعاقدي 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 مدته لأسباب أجنبية أدت إلى توقف تنفيذه<sup>(3)</sup>.

وتعليق الأداء التعاقدي لأسباب خارجية هو أحد الحلول المتاحة للقاضي في الحالات التي تتوافر فيها

(1)- أوليدي موسى، قادري عبد الرزاق، أثر القوة القاهرة في العقود الدولية، مذكرة ماستر، تخصص: عقود ومسؤولية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 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 الضروري تقديم وصف موجز لنظرية الظروف الاستثنائية<sup>(1)</sup> على النحو المبين في المادة 107 من القانون المدني: "... ومع ذلك، إذا نشأت ظروف استثنائية لم يكن من الممكن توقعها والتي، نتيجة لذلك، تجعل أداء الالتزام التعاقدي مرهقاً لدرجة تهدد المدين بخسارة فادحة، يجوز للقاضي، حسب الظروف ومع مراعاة مصالح الطرفين، استرداد الالتزام المرهق مع مراعاة مصالح الطرفين. ويكون الاتفاق على خلاف ذلك باطلاً<sup>(2)</sup>.

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 العادية دون أي زيادة أو تغيير أو نقصان<sup>(3)</sup>، ويتم تنفيذ الالتزامات على النحو المتفق عليه، مع الحفاظ على الالتزامات القديمة وقت إبرام العقد والمحافظة على قيمتها ومعياريها.

ويشمل التعليق أيضاً الامتناع عن أداء التزام المتعاقد المقابل للالتزام الذي أدخل به الطرف الآخر، كما في حالة الدفع لعدم الأداء. على سبيل المثال، قد يرفض المصنع توريد كمية من الملابس التي سيتم تسليمها في شهر معين لأن التاجر لم يدفع قسطاً من الثمن 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<sup>(4)</sup>.

## 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 باتخاذ جميع التدابير اللازمة وبذل كل جهد لإزالة العقبات التي تسببت في انقطاع العقد. وفي هذا الصدد،

<sup>(1)</sup> رشيد دهماني، عمار زغمي، وقف تنفيذ العقد لمصلحة المدين بين الظروف الطارئة ومهلة اليسرة، ع: 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي الجزائري، 2019، ص 122.

<sup>(2)</sup> المادة 107 من الامر 58-75، المذكور سابقاً.

<sup>(3)</sup> رشيد دهماني، عمار زغمي، نفس المرجع، ص 129.

<sup>(4)</sup> محمد محسن منصور، مصادر الالتزام، العقد والارادة 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<sup>(1)</sup>.

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

### 3-الالتزام بالحفاظ على العقد

وبما أن الظروف التي يحدث فيها العقد يفترض أنها هي نفسها تلك التي تصاحب تنفيذه، فإن تغيير 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 ودون الإضرار بالمتعاقدين. من أجل الحد من خطورة الوضع<sup>(3)</sup>، سيلجأ الطرفان إلى التصحيحات من خلال تطوير حلول عملية لمواجهة الصعوبات التي قد يواجهانها.

#### 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 التخلي عنها بسبب العجز عن الأداء على موقف الطرف المتعاقد، لأن عدد الأداءات التي سيتم أداؤها غير معروف.

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

<sup>(2)</sup> عواقب صليحة، تكييف العقود الدولية مع تغير الظروف، مرجع سابق، ص 75.

<sup>(3)</sup> منيرة جزوعة، المحافظة 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<sup>(1)</sup>.

## 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 وممكناً عملياً، إذا استمر العقد إلى أن يصبح غير ممكن عملياً للطرفين، يمكن إنهاء فترة التوقف عن طريق قيام أي من الطرفين بإنهاء العقد<sup>(2)</sup>.

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

وأهم ملاحظة يمكن إبدائها بشأن الممارسة القضائية فيما يتعلق بماتين 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<sup>(3)</sup>.

تعلق 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)، فتعلق إبرام العقد لمدة سنة واحدة لا يكون حلاً ناجعاً في التزام تزيد مدته على سنة واحدة<sup>(1)</sup>. 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 لمدة قد تزيد على سنة، وفي هذه الحالة فإن المادة

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

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

(3)- عمار زغي، وقف تنفيذ العقد لمصلحة المدين: بين الظروف الطارئة ومهلة الميسرة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية تيزي 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<sup>(1)</sup>.

ومما 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 سواء أكانت أضراراً أم جوائح. وهكذا فإن الأعدار في مذهب الحنفية تفسخ عقود الإجارة، بينما يحدد علماء المالكية مقدار ما يلزم للجائحة في الثمار والزروع<sup>(2)</sup>. (ومن ناحية أخرى، فإن مدة الإمهال لها أساس مختلف عن الأعدار والجوائح) وعلماء المالكية على وجه الخصوص يقدمون حلاً عملياً للحالة الطارئة المرتبطة بالأعدار والجوائح. وكوئها للمعسر المدين المعسر لآ للمدين المثقل، يدل على أن كلا النظريتين عندهم<sup>(3)</sup>.

(1)- عمار زغي، 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 الاسلامي 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 تأثرًا بالظروف القاهرة والحوادث المفاجئة ومن أهم تلك الظروف التي أثرت مؤخرًا على العقود عمومًا وادت إلى تعطيل المبادلات التجارية الدولية بصفة كلية ذلك الفيروس المستجد والذي يدعى بـ فيروس كورونا وسنحاول من خلال هذا المبحث التعرف على أهم تطبيقات القوة القاهرة على العقد التجاري الدولي مع التطبيق على جائحة كورونا والحرب كنموذج عملي لهاته 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" والحرب أنموذجًا)

سنتناول من خلال هذا المطلب التكييف الفقهي والقانوني لجائحة كورونا بتقسيمه إلى: التكييف الفقهي والقانوني لجائحة كورونا وفقًا لنظرية القوة القاهرة بالإضافة إلى آثار جائحة كورونا على العقود التجارية الدولية (الفرع الأول)، والحرب كأهم تطبيق للقوة القاهرة (الفرع الثاني)

### الفرع الأول: تكييف جائحة كورونا وآثارها شرعًا وقانونًا

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

### أولاً: التكييف الفقهي والقانوني لجائحة كوفيد وفقًا 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<sup>(1)</sup>

وتعرف أيضًا ب: {كوارث ومصائب عظيمة تحتاج إلى أموال، كل مصيبة عظيمة، الجمع هو الأوبئة، الأوبئة تصيب الناس إذا غلبتهم وأهلكت، الوباء مصيبة تصيب مال الإنسان، وتجرفه كله، وتدمره، وتسبب في أضرار ظاهرة كالهلاك والنار والهوام<sup>(2)</sup>

## ب\_ التعريف الاصطلاحي:

### \_في الفقه الإسلامي:

يعتبر فيروس كورونا أحد المستجدات التي لم يتطرق إليها في الكتب الفقهية والفقهاء القدامى كونها حديثة الظهور فقد تناولها مجمع الفقه الإسلامي وعرفها ب: " هو التهاب في الجهاز التنفسي 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 أنه يصيب الإنسان في الجهاز التنفسي وأثبت 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<sup>(3)</sup>.

### \_عند القانونيين:

في 29 ديسمبر 2019، ظهر فيروس كورونا الجديد في الصين، وأبلغ مستشفى في ووهان بمقاطعة هوبي 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 - 19<sup>(4)</sup>

(1)- عبد الكريم أحمد قندوز، دور التمويل الإسلامي في حالات الجوائح دراسات معهد التدريب وبناء القدرات، صندوق النقد العربي، عدد3، أبو ظبي، 2020، ص10.

(2)- أحمد علي حسن آل علي، صالح أحمد الهيبي قراءة قانونية لفيروس كورونا المستجد، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد 6، جامعة الشارقة الإمارات العربية المتحدة، 2020، ص604.

(3)- قرار مجمع لفقه الإسلامي في الندوة الطبية الفقهية الثانية لعام 2020، بعنوان (فيروس كورونا المستجد (كوفيد19) وما يتعلق به من معالجات طبية وأحكام شرعية)، 16 أبريل 2020م.

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

يعرف كوفيد-19 بأنه مرضا تنفسيا ويعتقد أنه مرتبط بالحيوانات، إذ ارتبطت معظم الحالات الأولية 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<sup>(1)</sup>.

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 التنفسي 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 أمراضاً تتراوح من نزلات البرد الشائعة إلى أمراض أكثر خطورة مثل متلازمة الشرق الأوسط التنفسية ومتلازمة الجهاز التنفسي الحادة الوحيدة<sup>(2)</sup>.

## 2-التكييف الفقهي لجائحة كورونا:

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

<sup>(1)</sup> إبراهيم بن فريد العنزي، آثار جائحة كورونا على العقود المالية، ط01، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، 2021، ص 18.

<sup>(2)</sup> أحمد علي حسن آل علي، قراءة قانونية لفيروس كورونا المستجد، مرجع سابق، ص 602.

<sup>(3)</sup> الشافعي، محمد ابن ادريس، الام، دار المعرفة، بيروت، 1990م، ص58/3. الدسوقي، حاشية الدسوقي، دار إحياء التراث، القاهرة، 185/3. ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، القاهرة، 1968، ص81/4.

قد كيف الفقهاء هذا الوباء على انه قوة القاهرة 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 فنصبح أمام قوة القاهرة وهو ما حدث فعلا خلال فترة انتشار فيروس كورونا في العالم اجمع. ومن خلال جميع هاته المعطيات فقد اعتبر الفقهاء فيروس كورونا جائحة وأخضعوه لأحكامها<sup>(1)</sup>.

### 3-التكييف 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 والزلازل وغيرها، والتي تحدث فجأة لأسباب خارجية، نتيجة لظروف لا يمكن السيطرة عليها، ولا يمكن توقعها ومنعها وقت حدوثها"<sup>(2)</sup> كما ذكرنا سابقاً، يجب توافر عدة شروط لحدوث القوة القاهرة، منها:

- يجب أن يكون الوباء ناجماً عن أسباب خارجية يكون المدين مسؤولاً عنها<sup>(3)</sup>، 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 توقعاً قائماً، 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 القاهرة، حيث إنه حدث عالمي أثر على جميع دول العالم، ولا يمكن التنبؤ به أو تجنب نتائجه. لذا، يمكن لبعض الأفراد والأنشطة

<sup>(1)</sup> آمال بوخالفني، بركاني نائل، نظرية الجوائح في الفقه الإسلامي (فيروس كورونا كوفيد 19 نموذجاً) مجلة الشهاب، مج: 07، ع: 01، 2021م، ص261.

<sup>(2)</sup> 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.

<sup>(3)</sup> مها بن هندي، اعتبار فيروس كورونا قوة القاهرة أو حادث استثنائي وأثر ذلك على العقود التجارية والعالمية وفقاً لقانون المعاملات المدنية، 2020، ص 3.

التجارية والخدمية التي تعرضت لأضرار مباشرة أن تستند قانونياً إلى معيار القوة القاهرة كمبرر لفسخ العقود من جانبها<sup>(1)</sup>.

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 القاهرة. 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 القاهرة مرتبطة بوباء كوفيد 19."<sup>(2)</sup>

### ثانياً: آثار جائحة كورونا على العقد

تطبيقاً 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) يتوفر في كثير من الأحيان على جميع العناصر اللازمة لاعتباره قوة القاهرة. وبالتالي، يمكن أن يؤدي فيروس كورونا إلى استحالة تنفيذ الالتزام، مما يجعله سبباً لانقضاء الالتزام.<sup>(3)</sup> فإذا كانت القوة القاهرة الناتجة عن فيروس كورونا تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا بالنسبة لأحد أطراف العقد أو لكليهما، فإن العقد يُعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه بحكم القانون، بحيث يصبح العقد غير موجود في ظل وجود القوة القاهرة الحالية<sup>(4)</sup>.

ما يجب توضيحه هو أن العقود التي أبرمت قبل ظهور الجائحة، والتي كانت مرتبطة بالمناطق التي شهدت تفشيها، يمكن المطالبة بتعديل الالتزامات العقدية فيها، سواء كانت نتيجة لقوة القاهرة أو ظرف طارئ. أما العقود التي وُقعت 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 اللهبي، المرجع السابق، ص 6.

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



الظرف الطارئ، لأن إعلان الحكومة الصينية عن الجائحة يجعلها حالة متوقعة<sup>(1)</sup>

من المهم أن نلاحظ أن العقود تنقسم إلى نوعين: عقود فورية وعقود ممتدة. فالعقد الفوري تكون آثاره سارية من تاريخ إبرامه، كما هو الحال في عقود البيع. أما العقود الممتدة، فإن عنصر الزمن يعد جوهرياً 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 انفساخ 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 تأثره. يمكن للقاضي أن يحدد ما إذا كانت الاستحالة كلية أم جزئية ومؤقتة، ومن ثم يمكنه الحكم بوقف التنفيذ لفترة معينة أو الفسخ الجزئي أو الكلي<sup>(2)</sup>

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 المتبقي بعد انتهاء حالة القوة القاهرة، بشرط ألا يتسبب هذا الإجراء في إرهاب كبير لأحد الأطراف المتعاقدة. وبالتالي، يمكن تعديل الالتزام من حيث قيمته أو مدته، أو استقطاع جزء منه، أو تمديد مدته.

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

(1) ياسر عبد الحميد الامتياحات، 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 حصايم، 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<sup>(1)</sup>

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

أصدرت المحكمة العامة في مكة المكرمة حكمًا بتاريخ 1442/2/10هـ 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<sup>(4)</sup>.

### 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 اختلال تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وذلك حال تحقق شرط عدم التوقع واستحالة الدفع، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 127 من القانون المدني الجزائري

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

<sup>(2)</sup> أحمد علي حسن علي، صالح أحمد الهيبي، مرجع سابق، ص 618

<sup>(3)</sup> إبراهيم بن فرييد العزي، مرجع سابق، ص 68.

<sup>(4)</sup> المرجع نفسه، ص 70

ومحكمة النقض الفرنسية قديماً، 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: <sup>(1)</sup>

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

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

- **من جهة ثالثة:** إن تكييف الحرب كقوة القاهرة وترتب آثارها مرتبط بنوع الوقائع 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 الوقائع والظروف التي نشأت عنها الحرب قوة القاهرة دون الحرب في حد ذاتها وذلك متى ما تجمعت شروطها وحققتها.

### المطلب الثاني: تحديات تطبيق نظرية القوة القاهرة

تُعتبر القوة القاهرة من المفاهيم القانونية الجوهرية التي تنظم العلاقات التعاقدية، خصوصاً في ظل الظروف الطارئة التي قد تجعل تنفيذ الالتزامات مستحيلاً أو شديد الصعوبة. ومع تزايد الأحداث غير المتوقعة مثل الأوبئة (مثل كوفيد-19) والكوارث الطبيعية (كالزلازل والفيضانات) والتغيرات المناخية، أصبحت القوة القاهرة موضوعاً ذا 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 <sup>(2)</sup>.

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

<sup>(1)</sup> محمد الكشور، مرجع سابق، ص 46-49.

<sup>(2)</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 48.

العملي، (الفرع الثالث) تحديات قانونية واقتصادية وتكنولوجية، (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.<sup>(1)</sup>

التفريق 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 أدائه بل ومن المسؤولية المدنية، ولكن فقط إذا أثبت أن عدم الأداء كان قوة القاهرة<sup>(2)</sup>، على سبيل المثال، في حالة الإصابة بفيروس كورونا، يمكنك تقديم 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 توافرت 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 القاهرة وفقاً للقاعدة العامة في الإثبات أن البيئة على المدعي والمتمثلة في:

<sup>(1)</sup> محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سابق، ص 85.

<sup>(2)</sup> عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 801-809.

● الأدلة الوثائقية: والمتمثلة في مختلف التقارير الصادرة عن الجهات والهيئات الرسمية، كتقرير الأرصاد الجوية، والتقارير الحكومية<sup>(1)</sup>.

● الشهادات والخبرات: وذلك باللجوء إلى الخبراء والقضاة وشهاداتهم 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<sup>(2)</sup>.

- 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<sup>(3)</sup>.

### ثانياً: تحديات التطبيق العملي:

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

التقليل من الآثار: قد يُطلب من الطرف المتضرر اتخاذ إجراءات معقولة لتقليل من الآثار الناتجة عن الحدث، وهو ما قد يمثل تحدياً بحد ذاته<sup>(4)</sup>.

### الفرع الثالث: تحديات قانونية واقتصادية وتجارية

#### أولاً: تحديات قانونية

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

(1) غانس حبيب الرحمان، 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 حريط، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانون الجزائري، دار هوم، 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)

**ثانيا: 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**

**أولا: تحديات خاصة بأحداث معينة**

**الأوبئة (مثل كوفيد-19) :** في أوقات الأوبئة، قد يكون من الصعب تحديد ما إذا كان الوفاء يعتبر قوة القاهرة، خصوصًا إذا كانت بعض الأنشطة لا تزال ممكنة 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).

**ثانيا: تحديات مستقبلية**

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

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

(1)- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص 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 الفقي، القانون البيئي الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مصر، 2015، ص 78.

### خلاصة:

تطرقَت 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 أساساً في:

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

-التزام الدائن بتخفيف الضرر الناتج عن القوة القاهرة.

كما تفضي إلى جملة من النتائج:

-انفساخ العقد تلقائياً بقوة القانون وانتهاء آثاره بمجرد وقوع حادث القوة القاهرة الدائمة وهو ما

أخذت بيه مختلف التشريعات الوضعية على المستوى الوطني، أما في حال القوة القاهرة المؤقتة فإن العقد يتجه 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:

آليات تسوية منازعات عقود التجارة  
الدولية الناجمة عن القوة القاهرة



### تمهيد:

تعدد وسائل تسوية منازعات عقود التجارة الدولية الناتجة 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، فضلا عن ذلك فإن أحداث وتدابير فيروس كورونا إضافة إلى تأثير المجال التجاري بالتكنولوجيات الحديثة كلها اسباب دعت إلى التوجه نحو التحكيم التجاري الدولي بما فيه الإلكتروني بالإضافة إلى الوساطة الإلكترونية إزاء ما تقدمه من تسهيلات ومزايا في سبيل فض النزاعات في هذا المجال.

ونظرا لتعدد وسائل تسوية منازعات عقود التجارة الدولية الناجمة عن القوة القاهرة التي تشكل فئة مفتوحة بنوعيتها 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: (مبحث أول) نتناول فيه إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية في ظل القوة القاهرة، ثم نتبعه (بالمبحث 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 التعاقدي 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 وأكثرها 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 بلورتها وتطبيقها 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 الى 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 محاورو الجانبين، فيمكن العثور على هذا المعنى من خلال تتبع سيرة النبي ﷺ وأصحابه من بعده. بدلا من ذلك، إذا نظرت عن كثب، إحدى وسائل نقل دعوة الإسلام إلى الآخر بالحكمة والوعظ. ومن الأمثلة الدالة على ذلك ما يأتي:

1- المفاوضات التي جرت بين موسى وأخيه عليهما السلام مع فرعون، يقول الله تعالى: ﴿فَاتِيَا فِرْعَوْنَ فَقُولَا إِنَّا رَسُولُ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾ (١٦) ﴿أَنْ أَرْسِلْ مَعَنَا بَنِي إِسْرَءِيلَ﴾ (١٧) ﴿قَالَ أَلَمْ نُرَبِّكَ فِينَا وَلِيدًا وَلَبِثْتَ فِينَا مِنْ عُمُرِكَ سِنِينَ﴾ (١٨) ﴿وَفَعَلْتَ فَعْلَتَكَ الَّتِي فَعَلْتَ وَأَنْتَ مِنَ الْكَافِرِينَ﴾ (١٩) ﴿قَالَ فَعَلْتُهَا إِذَا وَأَنَا مِنَ الضَّالِّينَ﴾ (٢٠) ﴿فَفَرَرْتُ مِنْكُمْ لَمَّا خِفْتُكُمْ فَوَهَبَ لِي رَبِّي حُكْمًا وَجَعَلَنِي مِنَ الْمُرْسَلِينَ﴾ (٢١) ﴿وَتِلْكَ نِعْمَةٌ تَمُنُّهَا عَلَيَّ أَنْ عَبْدْتُ بَنِي إِسْرَءِيلَ﴾ (٢٢) ﴿قَالَ فِرْعَوْنُ وَمَا رَبُّ الْعَالَمِينَ﴾ (٢٣) ﴿قَالَ رَبُّ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا بَيْنَهُمَا إِنْ كُنْتُمْ مُوقِنِينَ﴾ (٢٤) ﴿قَالَ لِمَنْ حَوْلَهُ أَلَا تَسْتَمِعُونَ﴾ (٢٥) ﴿قَالَ رَبُّكُمْ وَرَبُّ آبَائِكُمُ الْأَوَّلِينَ﴾ (٢٦) ﴿قَالَ إِنْ رَسُولُكُمْ الَّذِي أُرْسِلَ إِلَيْكُمْ لَمَجْنُونٌ﴾ (٢٧) ﴿قَالَ رَبُّ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَمَا بَيْنَهُمَا إِنْ كُنْتُمْ تَعْقِلُونَ﴾ (٢٨) ﴿قَالَ لَئِنْ أَخَذْتُ إِلَهًا غَيْرِي لَأَجْعَلَنَّكَ مِنَ الْمَسْجُونِينَ﴾ (٢٩) ﴿قَالَ أَوْلَوْ جِئْتُكَ بِشَيْءٍ مُبِينٍ﴾ (٣٠) ﴿قَالَ فَأْتِ بِهِ إِنْ كُنْتَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾ (٣١) ﴿فَأَلْقَى عَصَاهُ فَإِذَا هِيَ ثُعْبَانٌ مُبِينٌ﴾ (٣٢) ﴿وَنَزَعَ يَدَهُ فَإِذَا هِيَ بَيْضَاءُ لِلنَّاظِرِينَ﴾ (٣٣) ﴿<sup>(1)</sup>﴾.

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 لولا الحوار والتفاوض الذي جرى بين الطرفين بالشكل الذي رواه الله لنا في القرآن.

(<sup>1</sup>) - سورة الشعراء، 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: ﴿وَأَنذِرْ عَلَيْهِمْ نَبَأَ إِبْرَاهِيمَ ۖ إِذْ قَالَ لِأَبِيهِ وَقَوْمِهِ مَا تَعْبُدُونَ ۖ قَالُوا نَعْبُدُ أَصْنَامًا فَنَظَّلُهَا عَنكِيفٍ ۖ قَال هَلْ يَسْمَعُونَكُمُ إِذْ تَدْعُونَ ۖ أَوْ يَنفَعُونَكُمُ أَوْ يَضُرُّونَ ۖ قَالُوا بَلْ وَجَدْنَا آبَاءَنَا كَذَلِكَ يَفْعَلُونَ ۖ قَال أفرءَيْتُمْ مَا كُنتُمْ تَعْبُدُونَ ۖ أَنتُمْ وَءَابَاؤُكُمْ الْأَقْدَمُونَ ۖ قَالُوا إِنَّمَا عَدُوٌّ لِّيَ إِلَارَبِّ الْعَالَمِينَ ۖ﴾ (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.

- يُعتبر 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 وأربعمائة 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 ﷺ 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 والمقوقس خلال الفتح العربي لمصر، والتي انتهت بقبول المقوقس لشروط الصلح (3).

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

(1)-سورة الشعراء، (69-77).

(2)-هاشم يحيى المالح، الوسيط 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 المعارف بالإسكندرية، 2009، ص 68.

وذلك لتعديلها حفاظاً على التوازن الاقتصادي للعقد في ظل الحوادث والظروف"<sup>(1)</sup>.

### 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 بتوازن العقد ويلحق ضرراً مادياً بأحد الطرفين المتعاقدين<sup>(2)</sup>.

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

وتعرف المفاوضات أيضاً بأنها تبادل وجهات النظر بين البلدين المتعارضين لإيجاد حل سلمي للصراع من خلال توافق الآراء والتوصل إلى حل مرض بإرادتهما<sup>(4)</sup>.

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

### 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 الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دالر الفكر، دمشق، ج 4، ط3، 1989، ص248.

(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(خلفيات 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 الحوار الشفهي أو الوثائق المكتوبة المتعلقة بهذه المواضيع المهمة<sup>(1)</sup>.

هذا المفهوم يشير إلى المفاوضات في السياق العام للقانون الدولي والعلاقات 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 تعريفًا فنيًا دقيقًا. 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<sup>(2)</sup>.

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.

تُعتبر المفاوضات الوسيلة الطبيعية والمباشرة لحل الخلافات الدولية، ويمكن أن تُجرى في الوقت نفسه مع أي وسيلة تسوية أخرى. وغالبًا ما تكون المفاوضات بمثابة تمهيد للتوصل إلى اتفاق بشأن الوسيلة المناسبة التي سيتم استخدامها لإنهاء النزاع<sup>(3)</sup>.

عند التدقيق في التعريف السابق، يتضح ما يلي:

إن شرط إعادة التفاوض يعد شرطًا اتفاقيًا، 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<sup>(4)</sup>.

ومن خلال جملة التعاريف التي أوردناها حول شرط إعادة التفاوض يمكننا القول بأنه: "يعد بنداً هاماً يدرج في العقد بحيث يسمح للأطراف المتعاقدة بإعادة النظر في شروط العقد وتعديلها وفق ما يحقق مبدأ

<sup>(1)</sup> -صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، الطبعة 11، 2020، ص 181.

<sup>(2)</sup> -محسن أفكيرين، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2005، ص 621.

<sup>(3)</sup> -إبراهيم محمد العناني، القانون الدولي العام، دار الفكر العربي، القاهرة، 1990، ص 854.

<sup>(4)</sup> -جاء الله عبد الحفيظ عوض، الشروط التجارية الدولية المعقدة من قبل غرفة التجارة الدولية، دار الثورة للطباعة والنشر، بنغازي، 1996، ص 53.

الحفاظ عليه وتحقيق التوازن الاقتصادي للعقد حفاظا على مصالح الأطراف".

### الفرع الثاني: نطاق شرط إعادة التفاوض

يشير نطاق شرط إعادة التفاوض إلى الأحداث التي يشملها هذا الشرط لمواجهة التأثيرات الناتجة عنها على العقد. ومن خلال التدقيق في الشروط التعاقدية المتعلقة بشرط إعادة التفاوض، يتضح أن هناك شروطاً 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 بهدف تعديل العقد، في الوقت الذي يكون فيه سبب هذا التغير ناتجاً عن فعل المدين نفسه. ولا شك أن هذا الشرط يهدف إلى حماية المتعاقد من تدخل الطرف الآخر ذي النية السيئة في إحداث التغير بشكل مباشر أو غير مباشر<sup>(1)</sup>.

ورغم الأهمية الواضحة لهذا الشرط، إلا أنه تعرض للإنكار من قبل بعض الفقهاء من ناحيتين. من جهة يستبعد بعض الفقهاء وجود هذا الشرط ضمن شروط الحدث الذي يواجهه شرط إعادة التفاوض، ويكتفون بشرطي عدم التوقع واستحالة الدفع<sup>(2)</sup>. 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 بالعناية والحيلة 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 بالشرطين 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<sup>(1)</sup>.

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<sup>2</sup>.

### ثانياً: عدم امكانية التوقع

يعد توقع الحدث أو عدم توقعه الفيصل في تحديد قدرة المتعاقد على تحاشي وقوع الحدث من خلال الاستعداد السابق لمواجهته اذا كان يتوقعه او عدم قدرته على ذلك اذا 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<sup>(3)</sup>، 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<sup>(4)</sup>).

<sup>(1)</sup> -قرار التحكيم الصادر في القضية رقم 214 لسنة 1974، منشور في مجموعة احكام مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة، 2002، ص122.

<sup>(2)</sup> -محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح، نموذج من عقود التنمية، محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا، 1982-1983، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص89.

<sup>(3)</sup> -عادل جبري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2003، ص397.

<sup>(4)</sup> -اعبد الحكيم فودة، اثر الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الاعمال القانونية، ط1، 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 لشروط 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 الثقة المتبادلة والتعاون وحسن النية بين الطرفين<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني: مصير العقد التجاري الدولي خلال وبعد التفاوض

عندما يتم إبرام الاتفاق، سواء كان ضمنيًا أو صريحًا، يتعين على الطرفين الالتزام بالتفاوض بهدف الوصول إلى اتفاق نهائي بشأن العقد المزمع إبرامه. نظرًا لأن عقود التجارة الدولية تتميز بتعقيدها، فإن هناك التزامات تقع على عاتق جميع الأطراف، وأولها الالتزام بالدخول في التفاوض<sup>(2)</sup>، 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، وغالبًا ما يتم تحديد هذا الموعد بشكل صريح بين الطرفين.

في هذا المطلب سنتحدث عن مصير العقد التجاري الدولي خلال وبعد التفاوض من خلال تقسيمه إلى فرعين: (الفرع الأول) مصير العقد خلال مرحلة التفاوض، (الفرع الثاني) مصير العقد بعد المفاوضات.

### الفرع الأول: خلال 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.

<sup>(1)</sup> -عبد الحليم عبد اللطيف القوي، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات القانونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص198.

<sup>(2)</sup> - 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 المفيد الذي من أجله تم التفاوض، دون أن تضر بالطرف الآخر"<sup>(1)</sup>. كما عُرف في جوانب أخرى بأنه الأمانة في الأفعال والالتزام بالمعايير التجارية المعقولة المتعلقة بالتعامل النزاهة<sup>(2)</sup>. 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 يتعين على الأطراف الالتزام بالإفصاح عن المعلومات الضرورية في التعاقد لضمان أن يكون القبول مبنياً على أساس سليم<sup>(3)</sup>.

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 تضمنه وبحسن نية"<sup>(4)</sup>.

أشارت المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الشهير بتاريخ 24 أكتوبر 1999 إلى أنه من المتعارف عليه قانونياً أن العقد يجب أن يُنفذ وفقاً لما يتضمنه وبحسن نية. ومع ذلك، إذا حدثت ظروف استثنائية عامة لم يكن بالإمكان توقعها، فإنه يجوز للقاضي، بناءً على الظروف ومراعاة لمصلحة الطرفين، أن يُخفف الالتزام المهرق إلى الحد المعقول. ويعتبر أي اتفاق يتعارض مع ذلك باطلاً<sup>(5)</sup>.

(1) -علي أحمد صالح، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، دار هومة الجزائر، 2012 ص.391.

(2) - ذكرى ممد حسين، استبراق محمد حمزة، التزامات الأطراف المتفاوضة في عقود التجارة الدولية، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد، 2 السنة السادسة، جامعة بابل للعلوم القانونية، العراق، 2014، ص 2.

(3) - أحمد السيد البهي الشوبري، التفاوض التعاقدي في إطاره القانوني وأثره في الالتزام، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بدمههور، 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، 1999/10/24 ملف رقم 191705، المجلة القضائية الصادرة في 1999، العدد02، 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، ويتطلب من الأطراف اتباع سلوكيات مألوفة وعادية بعيداً عن أي غش أو خداع<sup>(1)</sup>.

استناداً إلى الالتزام بمبدأ حسن النية خلال مرحلة التفاوض، يتعهد الطرفان بالحفاظ على الأسرار التي يتعرفان عليها أثناء هذه العملية. فمن المحتمل أن يكشف كل طرف مجموعة من المعلومات الحساسة المتعلقة به، خاصة فيما يتعلق بقدراتهما المالية، ومصادر الحصول على المواد الأولية، وأسواق تصريف 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 يُعتبر أيضاً خرقاً لالتزام السرية<sup>(2)</sup>.

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 تتوفر فيها عناصر الخطأ اللازمة 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 يُعتبر واجباً ضمناً يفرضه القضاء، حيث يتعين على الطرف المتعاقد الأكثر دراية في المجال أن يقوم بإبلاغ الطرف الآخر بكافة البيانات والمعلومات الضرورية والتفاصيل المتعلقة بالعقد التجاري

<sup>1</sup> 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، ص 25.

<sup>2</sup> علي 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<sup>(1)</sup>.

لقد أقر المشرع الجزائري الالتزام بالإعلام قبل إبرام العقد بشكل صريح في عدة قوانين. حيث نصت المادة 15 من قانون التأمينات<sup>(2)</sup> على أن "يتعين على المؤمن له أن يصرح عند إبرام العقد بجميع البيانات والظروف المعروفة لديه، وذلك ضمن استمارة تتيح للمؤمن تقدير المخاطر التي سيتولى تغطيتها". كما تنص المادة 4 من قانون حماية المستهلك المتعلق بالممارسات التجارية على أن "يتوجب على البائع إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وشروط البيع"<sup>(3)</sup>.

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 تدليسًا السكوت عمدًا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه لم يكن ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة"<sup>(4)</sup>. 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 بيانًا كافيًا للأوصاف الأساسية للمبيع<sup>(5)</sup>، أو أن يُذكر في عقد البيع أن المشتري قد اطلع على المبيع. إذا كان المشتري قد حصل على هذا العلم من هاتين الطريقتين، فإن حقه في طلب الإبطال 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 بالممارسات التجارية المؤرخ في 23/06/2004 الجريدة الرسمية، عدد 41 المل والمتمم بالقانون 06/10 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.

تتزايد أهمية الالتزام بالإعلام في الوقت الراهن نتيجة للتطور العلمي والتكنولوجي المستمر، الذي يزود الأسواق بمنتجات وسلع معقدة في تركيبها وطريقة استخدامها. بالإضافة إلى ذلك، فإن هذا التطور يحمل مخاطر محتملة قد تنجم 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<sup>(1)</sup>.

يتعهد المدين بتزويد الدائن بجميع المعلومات التي تمكنه من إجراء المفاوضات ومن ثم إبرام العقد. وفقاً للرأي السائد في الفقه، فإن الالتزام بالإعلام يُعتبر التزاماً ببذل العناية، دون أن يتحمل المدين مسؤولية تحقيق النتيجة المرجوة من هذا الالتزام. حيث يُلزم المدين فقط بإبلاغ الدائن (المستورد) بكافة المعلومات والبيانات اللازمة. ويُعتبر الالتزام بالإعلام التزاماً مفترضاً وجوده، دون الحاجة إلى نص صريح في العقد، كما أن الإخلال به يستدعي المسؤولية<sup>(2)</sup>.

يعتبر جانب من الآراء الفقهية أنه يجب على كل مفاوض في العقد التجاري الدولي أن يقدم للمفاوض الآخر جميع المعلومات الأساسية المتعلقة بالعقد الذي يُعتمد إبرامه في المستقبل. فإذا امتنع المفاوض الراغب في التعاقد عن تزويد 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 الناتجة<sup>(3)</sup>.

رأى الرأي الثاني من الفقه أن الالتزام بالإعلام يُعتبر التزاماً مستقلاً بحد ذاته، وهو وسيلة قانونية تعزز الثقة المشروعة في العلاقات التعاقدية، وليس مجرد التزام تابع للعقد. ويُعتبر استقلال هذا الالتزام ضرورياً لمنح

<sup>(1)</sup> -بوطالبة معمر، الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات على عقد التجاري الدولي، مقال منشور في مجلة العلوم الانسانية، عدد 46، سنة 2016، المجلد ب، ص 393-406.

<sup>(2)</sup> -حمدي أحمد سعد، الإلتزامات بالإضفاء الصفة الخطرة للشيء المبيع، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي والفقه الإسلامي، المكتب الفني للإصدارات القانونية، دون بلد النشر، 1999، ص 44-45.

<sup>(3)</sup> -أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي-مفاوضات العقود الدولية- دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 2008، ص 280.

القضاء سلطة تقديرية لتحقيق التوازن العقدي بعد إبرام العقد<sup>(1)</sup>.

ذهب الرأي الثالث إلى أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يستند إلى مبدأ حسن النية، الذي يُعتبر المصدر والأساس لكل مفاوض يسعى لإبرام العقود التجارية الدولية. يتعين على المفاوض تقديم المعلومات الضرورية التي يمتلكها، طالما أن هذه المعلومات غير معروفة للطرف الآخر. فحسن النية يتطلب إجراء المفاوضات بشرف وأمانة، وبالتالي يُعتبر 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 بها لما أقدم على إبرام العقد<sup>(2)</sup>.

حظي هذا الاتجاه الثالث بدعم واسع في مجالي الفقه والقضاء، حيث يُعتبر كتمان المعلومات المتعلقة بالتعاقد وعدم الإفصاح عنها للطرف الآخر بمثابة غش وإخلال بمبدأ حسن النية، حتى وإن لم يُنص على ذلك بشكل صريح في اتفاق التفاوض<sup>(3)</sup>. ويُفهم أن حسن النية في التفاوض يتطلب الالتزام بعدة 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 الضرورية. هذه الشروط تختلف عن شروط التدليس، ولا يمكن أن يكون لهذا الالتزام أكثر من أساس واحد. يبدو 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<sup>(4)</sup>.

(1) -رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 438.

(2) -ذكرى محمد حسين، استبراق 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) -بومعزة 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 يُلاحظ أن الالتزام بالإعلام ينتهي عندما يبدأ الالتزام بالاستعلام<sup>(1)</sup>.

### ب: الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات أثناء التفاوض في العقود الدولية

لا تعني السرية أن تكون المفاوضات غير علنية، بل تشير إلى المعلومات التي يتمكن المفاوض من الاطلاع عليها خلال هذه المفاوضات. وبالتالي، يُفرض على المفاوض الحفاظ على سرية كل ما يتوصل إليه من معلومات أو يكتشفه أثناء سير المفاوضات، بالإضافة إلى ما يتم تبادله من مستندات وما يُناقش بين الأطراف من قضايا تتعلق بإبرام العقد<sup>(2)</sup>.

تتجلى 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<sup>(3)</sup>. يتطلب هذا الالتزام من المفاوض الذي اطلع على هذه المعلومات الامتناع عن إفشائها للغير أو الاستفادة منها أو استغلالها لمصلحته، إذا كان ذلك قد يسبب ضرراً للطرف الآخر الذي ترتبط به هذه المعلومات<sup>(4)</sup>.

تعتبر الضمانات المتعلقة بحفظ السرية من الأمور الأساسية، ومن أبرزها التعهد الأدبي الذي يلتزم بموجبه المفاوض المتلقي بالحفاظ 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 تنبع 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 يتردد 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 مجموعة أحكام النقض السنة 18 رقم 52، ص 335.

(4) - أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 596.

التوقيع قد يعني فشل المفاوضات بالنسبة له<sup>(1)</sup>. 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<sup>(2)</sup>.

أكد 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 و 100,000 دج<sup>(3)</sup>. ويشمل ذلك الأفراد الذين يقومون بإفشاء أسرار المؤسسة لأشخاص جزائريين مقيمين في الجزائر، أو الذين يتمتعون عن استغلال هذه الأسرار دون الحصول على ترخيص مسبق من صاحبها.

فيما يتعلق بموقف الاتفاقيات الدولية من الالتزام بالحفاظ على سرية المعلومات في مفاوضات عقود التجارة الدولية، فقد أكدت مجموعة مبادئ عقود التجارة الدولية لعام 1994 على أهمية الالتزام بالحفاظ 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<sup>(4)</sup>.

يجب الالتزام بالحفاظ 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<sup>(5)</sup>.

(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 والمتمم.

(4)-بومعزة بارة نبيهة، مرجع سابق، ص 2476-2477.

(5)-أبو العلا علي النمر، مرجع سابق، ص 110.



## الفرع الثاني: بعد التفاوض

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 تلقائيًا إلى إنهاء المفاوضات بين الطرفين، لأن ما كان محددًا بغاية معينة ينتهي بانتهاء تلك الغاية<sup>(1)</sup>.

### ب- إبرام العقد الذي أنشئت المفاوضات للتفاوض 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<sup>(2)</sup>.

### ج- قطع المفاوضات من الطرفين وعدولهما عن إبرام العقد

إذا اتفق الطرفان على إنهاء المفاوضات لأنهما أدركا أن العقد المقترح لا يخدم مصالحهما، أو أن فوائده ضئيلة، أو بسبب تضارب المصالح بينهما بشكل يجعل التوافق مستحيلًا، فإن المفاوضات تنتهي باتفاقهما على إنهاؤها. 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<sup>(3)</sup>.

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، وتتمثل 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 الراصد للحقوق، المجلد 13، العدد 49، 2016، ص 234.

(3) - أحمد بن فهد بن حمين، مفاوضات عقود التجارة الدولية، دراسة فقهية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد 38، 2017، ص 410.

الشروط في إمكانية التنفيذ العيني، وعدم وجود إرهاب للمدين في هذا التنفيذ، بالإضافة إلى ضرورة طلب الدائن لهذا التنفيذ<sup>(1)</sup>.

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 تنفيذه هو "اتفاق التفاوض" وليس "العقد"، لذا لا يمكن القول بوجود عقد قائم، لأن الطرف المتفاوض يرفض تمامًا الدخول في عملية التفاوض أو الاستمرار فيها. وإذا تم إجباره على ذلك، فإن ذلك يعد انتهاكًا لحرية إرادته. كما أنه من غير المنطقي أن تعين المحكمة شخصًا ليمثل المدين في عملية التفاوض، حتى وإن كانت المرحلة التي توقفت عندها المفاوضات تسمح بإبرام العقد<sup>(2)</sup>.

ومع ذلك، قد يقوم المتفاوضون أحيانًا 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<sup>(3)</sup>.

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

<sup>(1)</sup> -وفاء جوهر، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض على العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، 2009، ص 198-199.

<sup>(2)</sup> -بن أحمد صليحة، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال المتفاوض بالتزامه، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد العاشر، 2014، ص 118.

<sup>(3)</sup> -بن أحمد صليحة، نفس المرجع، ص 119.

تم إبرام العقد النهائي<sup>(1)</sup>. أما إذا نجحت المفاوضات، ستنقل 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 الحقيقية لكل طرف، مما يساعد في تحديد طبيعة الاتفاق ووضع الشروط المناسبة لتحقيق الأهداف المرجوة وضمان الحقوق المرتبطة بتنفيذ الالتزامات<sup>(2)</sup>، 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<sup>(3)</sup>.

يُفضل تجنب استخدام الكلمات التي تحمل معاني 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 معاني متعددة، يجب توضيح المعنى المتفق عليه بشكل واضح<sup>(4)</sup>. من المستحسن أن يقوم الشخص المسؤول عن الصياغة بإعداد قائمة بهذه المصطلحات وإرفاقها بالعقد، أو تخصيص بند في مقدمة العقد لتعريفها.

(1) -معداوي نجية، محاضرات في مقياس عقود التجارة الدولية (أُلقيت على طلبة السنة الأولى ماستر)، جامعة البليدة 02 -لونيسى 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 لجوء أطراف العقد إلى إعادة التفاوض كوسيلة طبيعية لمعالجة اختلالات 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 قضاءً خاصاً 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. وتعتبر لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) مصدرًا أساسيًا للقواعد الإجرائية التي يمكن للأطراف المتنازعة الاتفاق عليها من أجل تسيير إجراءات التحكيم بشكل سليم في إطار علاقاتها التجارية. وفي هذا المبحث سنتحدث أكثر عن هذه الآلية وذلك من خلال تقسيمه إلى مطلبين: 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 ترتبت 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. والواقع أن أهم العقود التجارية الدولية مثل العقود الفنية والتصنيعية 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 طرفي نزاع معين على تعيين شخص للفصل في المنازعة بينهما"<sup>1</sup>، 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 وتحقيق الهدف من اللجوء إلى القضاء بطريقة أكثر سهولة وإجراءات أقل تعقيداً. لذلك، يُعتبر التحكيم أحد الأسس المهمة في نظام القضاء الإسلامي، حيث يُعد وسيلة مشروعة للفصل بين المتنازعين وحل قضاياهم.<sup>2</sup>

وقد دل على مشروعية التحكيم الكتاب والسنة وعمل الصحابة أيضاً ومن ذلك قول الله تعالى:

﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾<sup>3</sup>.

ومن الأدلة على مشروعية التحكيم، ما حدث عندما جاء قوم أبي شريح إلى النبي ﷺ، حيث سمعهم ينادونه "أبا الحكم". فاستدعى النبي أبا شريح وسأله: "إن الله هو الحكم وإليه الحكم، فلماذا تُكنى 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 ولأولاده.<sup>4</sup>

و قال تعالى أيضاً: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾<sup>5</sup>.

(1)- محمد بكر اسماعيل، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، 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 08/199، ورواه البيهقي في السنن الكبرى باب في التحكيم 10/145، دار الكتب العلمية، ط3، ج5، ج10،

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 ؓ، 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<sup>(1)</sup>.

وقد تناول المجمع الفقهي الإسلامي مبدأ التحكيم، وبعد اطلاعه على البحوث الواردة إليه والاستماع إلى المناقشات تقرر لديه<sup>(2)</sup>:

لتحكيم اتفاق طرفي 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 الحقوق المتعلقة بالله تعالى كالأحدود، ولا فيما يستلزم الحكم فيه بالإثبات أو النفي بالنسبة لغير المتحاكمين ممن لا ولاية للحكم عليه.

يجب توفر شروط القضاء، ويجوز الاحتكام إلى المحاكم الدولية غير الإسلامية للتوصل إلى ماهو جائز شرعا في ظل غياب المحاكم الدولية الإسلامية.

#### ثانيا: 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 تقديمه 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(1/9/8)، 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 المتخاصمين أو عبر وسيلة أخرى يتفقون عليها، وهو يعكس رغبة مشتركة بين أطراف النزاع في استبعاد قضاياهم من الخضوع لقضاء المحاكم المختصة وفقاً للقانون"<sup>(1)</sup>.

أشار تشارلز جاريسون إلى أن التحكيم هو النظام الذي يتم من خلاله تسوية نزاع قائم بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص مختص يمارس مهنة قضائية تم تعيينه من قبل هؤلاء الأطراف. من جهة أخرى، أوضح الأستاذ أوبي 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<sup>(2)</sup>.

#### ب- في التشريعات الوضعية:

يعتبر قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 08-09 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 يُمنع على الأشخاص المعنوية العامة طلب التحكيم، باستثناء علاقاتهم الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.<sup>(3)</sup>

<sup>(1)</sup> - عمران علي سائح، التحكيم والقانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005-2006، ص 50.

<sup>(2)</sup> - بودلال فطومة، التحكيم في العقود الإدارية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي الياقوت، سيدي بلعباس، 2011، ص 51.

<sup>(3)</sup> - العرابوي 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<sup>(1)</sup>.

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<sup>(2)</sup>.

-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<sup>(3)</sup>.

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<sup>(4)</sup>.

(1) - 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، ص 15.

(2) -عباس عبد القادر، مرجع سابق، ص 313.

(3) -عمران علي سائح، مرجع سابق، ص 15.

(4) -العرباوي نبيل صالح، مرجع سابق، ص 362.



وتجذر الإشارة إلى التحكيم التجاري الإلكتروني كأحد أهم الصور الحديثة للتحكيم.

يعتقد البعض أن مفهوم التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن المفهوم التقليدي للتحكيم، الذي يُعتبر إجراءً خاصًا لحل منازعات التجارة الدولية. ومع ذلك، يتميز التحكيم الإلكتروني في الطريقة التي يُنفذ بها هذا الإجراء، حيث يعتمد على استخدام الإنترنت ووسائل الاتصال الحديثة مثل الكمبيوتر والفاكس، بدءًا من المرحلة الأولى وحتى النهاية.<sup>(1)</sup>

وقد عرف التحكيم الإلكتروني بأنه: "كافة 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"<sup>(2)</sup>.

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<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم:

اختلف فقهاء القانون حول طبيعة الوساطة وفقا للاتجاهات الآتية:

#### أولاً: الطبيعة الاتفاقية 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 يشكّلان وحدة

<sup>(1)</sup> -حسام الدين فتحي ناصف : التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية. دار النهضة العربية، القاهرة، 2005 ص 15، 16

<sup>(2)</sup> -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، ص 461.

<sup>(3)</sup> -المرجع نفسه، ص 462.

متكاملة، حيث لا يمكن أن يكون الحكم إلا نتيجة وانعكاساً لهذا الاتفاق<sup>(1)</sup>.

ظهرت النظرية العقدية التي تعتبر أن التحكيم يتمتع بطابع تعاقدية، حيث يهدف إلى تحقيق مصالح خاصة، على عكس النظام القضائي الذي يسعى لتحقيق مصالح عامة. وتستند سلطة هيئة التحكيم إلى إرادة الأطراف ورضاهم 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 المحكم منتبهاً للهيئة القضائية في الدولة.

وأن تمتع حكم التحكيم بالحجية، يملية اتفاق ضمني بين أطراف الاتفاق على التحكيم، وعلى احترام وتنفيذ ما يقضي به المحكم.

تستند جوهر النظرية العقدية لطبيعة التحكيم إلى أن التحكيم هو نتيجة 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 للمحكم.

تستند هذه النظرية إلى مفهوم أن وظيفة المحكم تشبه 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. وعليه، فإن نظر النزاع أمام المحكم يتبع نفس الإجراءات المتبعة أمام القاضي، وينتهي بحكم مشابه لحكم القاضي، سواء من حيث إمكانية الطعن فيه أو من حيث قابليته للتنفيذ<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> -رضوان أبو زيد، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، 1981، ص24. محمد سليم العوا، النظام القانوني للتحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص216.

<sup>(2)</sup> - حسن محمد سليم، النظام القانوني للتحكيم في إطار المجموعة العقدية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص217.

### ثانيا: الطبيعة القضائية للتحكيم (النظرية القضائية).

بناءً على ذلك، يرى مؤيدو هذه النظرية أن التحكيم يُعتبر قضاءً ملزماً للأطراف المعنية، طالما اتفقوا عليه، وأنه يُعوض القضاء الإجباري للدولة. ويُعتبر عمل المحكم بمثابة أحد أشكال ممارسة العدالة التي تقوم بها الدولة. وعندما يُسمح للأطراف باللجوء إلى التحكيم، تقتصر مهمة المحكم 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<sup>(1)</sup>.

يُعتبر حكم المحكمين 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 المحكم، بينما أغفلوا مصدر سلطة هذا المحكم، وهو اتفاق التحكيم<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً: الطبيعة المركبة للتحكيم (النظرية الثنائية – المختلطة)

اتخذ مؤيدو هذه النظرية موقفاً 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<sup>(3)</sup>.

تهدف هذه النظرية إلى التوفيق بين النظريتين السابقتين، العقدية والقضائية، وذلك لتجنب الانتقادات الموجهة لهما. فهي تعتبر التحكيم موقفاً 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.<sup>(1)</sup>

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 ومتنوعة، حيث يتخذ في كل مرحلة طابعاً خاصاً؛ فهو في البداية اتفاق، ثم يتحول إلى إجراء في منتصف الطريق، وينتهي بحكم في المرحلة الأخيرة.

و انتقدت هذه النظرية، على أنه يترتب على قبولها إهدار القيمة القانونية لحكم التحكيم الذي لا يصدر الأمر بتنفيذه إلا عن طريق القضاء، وهذا يتنافى مع قصد المشرع من إقرار نظام التحكيم<sup>(2)</sup>.

#### 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<sup>(3)</sup>.

دعا بعض الفقهاء إلى استقلال نظام التحكيم، مشددين على طبيعته الفريدة وذاتيته المستقلة التي تميزه عن العقود وأحكام القضاء<sup>(4)</sup>.

ذهب بعض الأشخاص إلى أن التحكيم لا يُعتبر نوعاً من القضاء، بل هو نظام يختلف في وظيفته وطبيعته وبنيته الداخلية عن القضاء، وبالتالي يسير بشكل مواز 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 تتداخل مع نظام التحكيم.

#### أولاً: مزايا التحكيم:

تُعزى الزيادة الملحوظة في الإقبال على التحكيم في مجال المعاملات الاقتصادية إلى مجموعة من المزايا التي يقدمها، حيث يُعتبر 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<sup>(1)</sup>.

#### ✓ الحفاظ على أسرار الخصوم

يهدف اللجوء إلى التحكيم إلى تجنب مبدأ العلنية، الذي يُعتبر أحد أسس النظام القضائي. يتميز التحكيم بسرية الإجراءات، حيث يمكن للأطراف أن يشترطوا عدم نشر الأحكام. يعتبر مبدأ العلانية 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.

<sup>(1)</sup> -علي عوض حسن، مرجع سابق، ص 29.

### ✓ حرية المحكمين في تحديد واختيار القانون الواجب التطبيق

تتمثل 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 يُترك هذا الاختيار للمحكمين أنفسهم، على عكس القضاة في المحاكم الذين يتعين عليهم الالتزام بنصوص القانون الوطني.

### ✓ قلة النفقات

تتميز عملية التحكيم بتكاليف أقل مقارنة بإجراءات التقاضي أمام المحاكم بمختلف درجاتها، حيث تتطلب هذه الإجراءات رسومًا ومصاريف وأتعابًا للمحامين والخبراء والمحضرين. وفي سياق التجارة الدولية، تتعلق المنازعات بمبالغ كبيرة، ومع ذلك، فإن أتعاب المحكمين، مهما كانت مرتفعة، لا يمكن مقارنتها بالمبالغ المتنازع عليها.<sup>(1)</sup>

### ✓ كفاءة وخبرة المحكمين

يمكن أن يكون القاضي متميزًا في مجاله، لكنه غالبًا ما يفتقر إلى الخبرة في مسائل التجارة الدولية. وهذا يستدعي الحاجة إلى تعيين خبير متخصص، مما يؤدي إلى النزاع وزيادة التكاليف.

لذا، يُفضل التوجه مباشرة إلى خبير مختص واختيار المحكم 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 يساهم في تحسين عملية الفصل في النزاع.<sup>(2)</sup>

### ✓ تشجيع الاستثمارات الأجنبية ودعم التنمية الاقتصادية الشاملة

أصبح النظام القضائي للدولة غير فعال في تنظيمه وقواعد عمله لحل منازعات التجارة الدولية. وقد أظهر الواقع العملي أن التحكيم يمثل بديلاً 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<sup>(1)</sup>، إذ لا يُعتبر وسيلة هجومية عنيفة، بل يُعزز الثقة ويقرب 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 المحكم 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<sup>(2)</sup>.

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<sup>(3)</sup>.

### 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 يُعتبر 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 المحكم الذي قد لا يتمتع بنزاهة القاضي<sup>(4)</sup>.

(1)- محي الدين علم الدين، منصة التحكيم التجاري، الجزء الأول، دون ناشر، دون تاريخ نشر، ص 08.

(2)- عصمت الشيح، 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)- محمود مختار أحمد بري، 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 للمحكّمين. كما أن اللجوء إلى التحكيم قد يصبح أكثر خطورة في حال استمر النزاع لفترة طويلة، مما يؤدي إلى زيادة الأعباء المالية<sup>(1)</sup>.

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.<sup>(2)</sup>

يُعتبر التحكيم ضرورة لا مفر منها، ويجب أن يظل استثناءً أمام القضاء الوطني، حيث يُعزز من حماية الشركات الكبرى المستثمرة ضد القضاء المحلي. والادعاء بوجود تحيز من القضاء لصالح الدولة ليس دقيقاً، إذ يوجد أيضاً تحيز من هيئات التحكيم لصالح الشركات الكبرى التي تهيمن 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 الهدف 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 لمصالح الأطراف المعنية.<sup>(3)</sup>

التحكيم يُعتبر إحدى آليات النظام الرأسمالي العالمي، حيث تستخدمه القوى الكبرى لتعزيز هيمنتها على دول الشمال مقابل دول الجنوب. يُعد التحكيم وسيلة بديلة للجيش، 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 وحقت 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 المواحدة، التحكيم في عقود الدولة ذات طابع الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة الأولى، 2010م، ص 43-42.

(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 ال نامية<sup>(1)</sup>.

#### الفرع الرابع: أنواع التحكيم التجاري الدولي

يتنوع التحكيم التجاري إلى عدة أنواع، حيث يُعرف التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي. كما يمكن أن يكون التحكيم اختياريًا أو إجباريًا، وقد يكون داخليًا أو خارجيًا، بالإضافة إلى إمكانية أن يتم وفقًا 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 خصيصًا لهذا الغرض، مثل اللائحة التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة لتنظيم التحكيم التجاري الدولي<sup>(2)</sup>.

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<sup>(3)</sup>.

(1) -حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 14.

(2) -عبدلي حبيبة، التحكيم التجاري الدولي كحتمية لعولمة النص القانوني الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 01، العدد 02، 2016، ص 112.

(3) -مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 50.

### ثانيا: التحكيم المؤسسي

هو الذي تتولى الإشراف عليه هيئة تحكيم محددة، وذلك وفقاً لقواعد وإجراءات تم إعدادها مسبقاً، مما يتماشى مع متطلبات التجارة الدولية. كما يُعتبر هذا الأسلوب الأنسب لحل النزاعات المرتبطة بالعقود الدولية للاستثمار<sup>(1)</sup>.

إنه 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. ويُعتبر هذا النوع من التحكيم الأكثر شيوعاً في مجال تسوية منازعات العقود الدولية<sup>(2)</sup>.

### ثالثا: 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<sup>(3)</sup>.

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<sup>(4)</sup>.

### رابعا: التحكيم بالصلح

وهو التحكيم الذي يخول لهيئة التحكيم صلاحية الفصل في المنازعة طبقاً لمبادئ العدالة والإنصاف دون التقيد بالقواعد القانونية، هذا ويجدر الإشارة إلى بروز تحكيم من نوع خاص فرضته ظروف التطور التكنولوجي وانتشار الإنترنت وتعامل الاقتصادي المتعامل بها حالياً ألا وهو التحكيم الإلكتروني، المتأخر الوجود بيننا نحن دول العالم الثالث<sup>(5)</sup>.

(1)- ذبيح زهير، مرجع سابق، ص 299.

(2)- مناني فراح، مرجع سابق، ص 52.

(3)- هشام البخفراوي، الوسيلة البديلة التقليدية والمستحدثة لحل النزاعات التجارية، مجلة صوت القانون، المجلد 04، العدد 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 محققاً 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 ملزماً بالمبادئ الأساسية في التقاضي، وأهمها احترام حقوق الدفاع، لكي يتمتع حكمه بقوة إلزامية تجاه الأطراف المعنية.<sup>1</sup>

### 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 والزمني 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 والزمني لإجراءات التحكيم

يمثل الإطار المكاني والزمني 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 المحكم. ومع ذلك، يبدو أن هذا الحل أقل إقناعاً في حالة التحكيم الإلكتروني، حيث يثار التساؤل: هل يجب الاعتماد على موقع المحكم عند بدء الإجراءات، أم يجب الاعتماد على قانون موطنه أو محل إقامته؟ وتزداد الأمور تعقيداً عندما نتعامل مع هيئة تحكيم مكونة من ثلاثة محكمين بدلاً من محكم 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<sup>(1)</sup>.

يعتقد اتجاه فقهي آخر أن التحكيم الإلكتروني هو نظام بدأ بالظهور نتيجة لزيادة وتنوع استخدامات شبكة الاتصالات الدولية (الإنترنت). حيث تخصصت بعض محاكم 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 ومذكرات الدفاع والطلبات الأخرى بشكل إلكتروني. وتتم 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 لإتمام عملياته. ومع ذلك، فإن مجال انتهاك القواعد الإجرائية المتعلقة بحضور الخصوم وإبلاغهم واستجوابهم وتبادل المستندات والمذكرات، بالإضافة إلى تمكين كل طرف من الدفاع عن نفسه، يبدو محدود الأثر<sup>(2)</sup>.

نظراً 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، ولأن إجراءات التحكيم الإلكتروني تتميز بسرعة أكبر مقارنةً بإجراءات التحكيم التقليدي بفضل إمكانية استخدام الإنترنت لتسهيل الاتصال وتبادل المستندات والمذكرات بشكل مباشر،

(1) -أسامة إدريس بيد الله، التحكيم الإلكتروني ( ماهيته، إجراءاته )، المجلد 01، المكتبة الشاملة الذهبية، 2019، ص 16.

(2) -أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية. دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 332.

يبرز التساؤل حول ما إذا كان إتمام جميع إجراءات التحكيم بشكل إلكتروني يؤثر على المبادئ الأساسية للتحكيم، مثل مبدأ احترام حقوق الدفاع ومبدأ 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 يُسمع رأيه من قبل القاضي أو المحكم. فإذا صدر الحكم دون الاستماع إليه، يُعتبر الحكم مخالفاً لحق الدفاع<sup>(1)</sup> وقد تطور هذا المفهوم ليشمل حق الخصم في مناقشة ما يقدمه خصمه من وسائل دفاع وأدلة خلال سير القضية. وقد حرصت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأنظمة المؤسسات الدائمة للتحكيم على التأكيد على ضرورة احترام هذا المبدأ<sup>(2)</sup>، وبالتالي، يتعين على التحكيم أن يتيح الفرصة الكاملة للدفاع أمام الأطراف، بينما يبقى استخدام هذه الوسائل متروكاً 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 يُوجه إليه من طلبات، بحيث يكون الحكم نابعاً 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 لهيئة 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 يُعتبر باطلاً لمخالفته النظام العام الإجرائي<sup>(3)</sup>.

(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

يُعتبر مبدأ المساواة في المعاملة بين الأطراف في نزاعات التحكيم أحد الأسس الجوهرية لضمان العدالة وتعزيز ثقة الأطراف في المحكمين. يُعتبر 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 تُثير 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 تتوفر فيها وسائل فنية متقدمة. فقد ظهرت عبر الإنترنت أدوات حديثة تتيح تبادل الصوت والصورة والنصوص بشكل شبه متزامن بين الأطراف. كما أن البريد الإلكتروني يُمكن من نقل النصوص والمستندات السمعية والمرئية المقدمة من كلا الطرفين في النزاع<sup>(1)</sup>.

تتيح المؤتمرات الافتراضية المرئية نقل الصوت والصورة والفيديو بشكل فوري، ويتطلب 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 مبدأي 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. ففيما يتعلق ببداية التحكيم، يعني تحديد وقت بدء الإجراءات تحديد اللحظة التي تُعتبر فيها الدعوى قد قُدمت أمام هيئة التحكيم، وذلك من خلال تقديم المدعي 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، يُعتبر 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 اللازمة لإصدار حكم التحكيم أو إنهاء الإجراءات. في سياق التحكيم الإلكتروني، تبدأ الإجراءات وفقاً لبرامج التحكيم في المحكمة الافتراضية عند تعيين محكم متخصص للنظر في النزاع. يقوم المحكم بعد ذلك بمباشرة 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 ومطالبات المدعي. يمكن للمحكم تمديد هذه المدة في حال حدوث أعطال في الشبكة أو بناءً على طلب الأطراف المعنية<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني

تخضع مسائل الإجراءات في الأصل لقانون القاضي، أي لقواعد المرافعات والإجراءات المعمول بها في الدولة التي تُرفع فيها الدعوى أو تُباشر فيها الإجراءات. وبما أن المحكم ليس له قانون خاص به، إذ إن المحكمين لا يمثلون دولة معينة، بل يتم اختيارهم من قبل الأطراف المتنازعة، ويستمدون سلطتهم من اتفاقهم 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) – أسامة إدريس بيد الله، مرجع سابق، ص 17.

– **المعيار الثالث:** يستند إلى تطبيق القواعد الإجرائية المنصوص عليها في اللوائح والأنظمة الداخلية لهيئات التحكيم المنتظم<sup>(1)</sup>.

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 التأكد 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 لحل المنازعات المتعلقة بالأسماء والعناوين أو المواقع الإلكترونية، لم تعد هناك صعوبات في هذا المجال.<sup>(2)</sup>

### الفرع الثالث: سير إجراءات التحكيم الإلكتروني:

تبدأ عملية التحكيم بتقديم طلب التحكيم، تليها سلسلة من الإجراءات تشمل الإعلانات، التبليغات، المرافعات، تقديم أوجه الدفاع المتنوعة، وتبادل المستندات والمذكرات، وذلك وفقاً للخطوات التالية:

#### أ- تقديم طلب التحكيم:

يشير طلب التحكيم إلى الطلب الذي يقدمه أحد طرفي اتفاق التحكيم إلى مركز التحكيم المتفق عليه أو إلى الطرف الآخر، حيث يُخطره برغبته في إحالة النزاع إلى التحكيم، ويطلب منه اتخاذ الإجراءات اللازمة لبدء واستكمال عملية التحكيم. عادةً ما يتضمن هذا الطلب عدة شروط، منها:

الشرط الأول: أن يكون الطلب مكتوباً.

الشرط الثاني: تقديم الطلب ضمن المدة المتفق عليها بين الطرفين.

الشرط الثالث: يتعلق بالبيانات التي يجب أن يحتوي عليها الطلب، حيث يتضمن نوعين من

<sup>(1)</sup> – هيثم عبدالرحمن البقلي، التحكيم الإلكتروني كأحد وسائل تسوية المنازعات، ار العلوم للنشر والتوزيع – مصر، 2013، ص 53.

<sup>(2)</sup> – 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 والمدعى عليه، والثانية تتعلق بموضوع الدعوى، وتشمل الوقائع والمسائل المتنازع عليها بين الطرفين<sup>(1)</sup>.

عندما يحدث نزاع يتعلق بمعاملة أو نشاط ناتج عن استخدام شبكة الإنترنت، يمكن للمتضرر زيارة موقع البرنامج على الرابط (www.Vmag.org) لتقديم شكوى. يتعين عليه الضغط على عبارة ( fill a complaint ) التي ستوجهه إلى نموذج يتوجب عليه ملء المعلومات المطلوبة فيه، والتي تتضمن<sup>(2)</sup>:

أ. المعلومات الخاصة بالمدعي، والتي تشمل اسمه الكامل، وعنوانه الإلكتروني، واسم الشركة التي يمثلها إن وُجدت، بالإضافة إلى العنوان الكامل للشركة.

ب. المعلومات الخاصة بالمدعى 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<sup>(3)</sup>.

## ب-الإعلانات والتبليغات والإخطارات:

إجراءات التحكيم لا تنقيد بالقواعد النظامية المعمول بها في أنظمة التقاضي الداخلية. إذ تلعب إرادة

<sup>(1)</sup> -عصام عبد الفتاح مطر : التحكيم الإلكتروني بين النظرية والتطبيق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2009، ص 439.

<sup>(2)</sup> -المرجع نفسه، ص 440.

<sup>(3)</sup> -أسامة إدريس بيد الله، مرجع سابق، ص 19.

الأطراف دورًا كبيرًا في تنظيم هذه الإجراءات وتحديد مسارها. وبالتالي، يتمتع الأطراف بحرية كاملة في تحديد كيفية الإعلان أو الإخطار، 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 وتقديم حججه وأدلته. كما يمكن لها الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة.

ذهب بعض الفقهاء إلى أنه وفقًا 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 الإنترنت، تتيح تبادل الأصوات والصور والنصوص بشكل شبه متزامن بين الأطراف، مما يجعل إدارة الجلسات إلكترونياً أمراً مقبولاً<sup>1</sup>.

### الفرع الرابع: إصدار حكم التحكيم الإلكتروني وتنفيذه

يتم إصدار قرار التحكيم بعد انتهاء المحاكمة وإجرائاتها، 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 صدوره<sup>(2)</sup>.

(1) -حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص55.

(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 المحكم أو المحكمون."

وبموجب نظام القاضي الافتراضي، يبدأ المحكم بعد تعيينه بالتواصل مع الأطراف لطلب أي معلومات إضافية تتعلق بموضوع النزاع. ويتعين 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 المحكم بإصدار حكمه بناءً على ظروف الدعوى وما يراه عادلاً وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف. وتتم جميع هذه الإجراءات إلكترونياً، بدءاً من ملء النموذج الخاص بالتحكيم وحتى صدور حكم التحكيم الموقع إلكترونياً من قبل المحكم<sup>(1)</sup>.

وفي هذا السياق، نصت المادة (4/25) من لائحة المحكمة الإلكترونية على أن "يتولى السكرتارية نشر الحكم على موقع القضية، وتبليغه للأطراف بكل وسيلة ممكنة". وبما أن النص جاء عاماً بشأن وسائل إبلاغ الحكم للأطراف، فمن الممكن أن يتم ذلك من خلال إرسال بريد إلكتروني<sup>(2)</sup>.

-تمثل 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 المحضرين 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<sup>(3)</sup>.

(1)-هيثم عبد الرحمن البقلي، 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 يتعين على طالب تنفيذ الحكم التحكيمي التقليدي أو العادي تقديم النسخة الأصلية من الحكم أو نسخة رسمية منه. بينما لا يثير هذا الشرط أي مشكلات في مجال التحكيم التقليدي، فإن الوضع يختلف في التحكيم الإلكتروني لسببين رئيسيين:

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 لتمكين 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<sup>(1)</sup>، 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 حوافز 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 بطاقات الائتمان. وفيما يلي، سيتم عرض هذه الآليات بإيجاز.

#### أ-خدمات التعهد بالتنفيذ:

تعتمد هذه الآلية على وجود عقد بين طرفي العقد الإلكتروني، وهما البائع والمشتري، بالإضافة إلى متعهد التنفيذ قبل إبرام عقد البيع. يجب أن يتضمن هذا العقد شرط تنفيذ التحكيم إلكترونياً 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<sup>(1)</sup>.

#### ج-ربط مراكز التحكيم الإلكتروني بمصدر بطاقات الائتمان:

تفترض هذه الآلية أن يقوم مركز التحكيم الإلكتروني بإبرام عقد مع أحد مصدري بطاقات الائتمان، مثل شركة فيزا أو ماستركارد. بدوره، يبرم مصدر بطاقات الائتمان عقداً مع التاجر الذي يرغب في الاستفادة من خدمة الائتمان. ويتضمن كل من هذين العقدین شرطاً يلزم مصدر بطاقات الائتمان بإعادة المبلغ إلى حساب المشتري (المستهلك) في حال تلقيه قراراً تحكيمياً من المركز المتفق عليه يؤكد ذلك<sup>(2)</sup>.

### الفرع الخامس: رسوم التحكيم الإلكتروني

توضح لائحة مركز تحكيم ووساطة الويو، 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<sup>(1)</sup>.

أما الرسوم الإدارية، فهي مسؤولية المدعي وتستحق خلال ثلاثين يومًا من تاريخ إرسال طلب التحكيم. تُحتسب هذه الرسوم وفقًا لجدول الرسوم المعمول به عند بدء التحكيم. في حال تأخر المدعي عن دفع الرسوم الإدارية، يُمنح مهلة إضافية قدرها خمسة عشر يومًا من تاريخ الإخطار الكتابي، وإلا يُعتبر متراجعًا 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، تُضاف إلى المبلغ الإجمالي. تشمل هذه الرسوم الأتعاب والنفقات المتعلقة بفض النزاع، ويقوم المركز بتقدير رسوم هيئة التحكيم وفقًا لذلك.

يحدد مركز التحكيم رسوم الهيئة في حالتين:

الحالة الأولى: عندما لا تتكون 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 محددًا عند إحالته للتحكيم، أو إذا لم يكن أصل النزاع ماليًا، 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 رسمًا قدره ألف دولار. ومن المهم الإشارة إلى أن مراكز التحكيم تستوفي مبلغ التأمين في البداية، وبعد إخطار المحكمين، يجب دفعه خلال 30 يومًا من إحالة النزاع إليها<sup>(2)</sup>.

(1) -المادة (67) من لائحة مركز تحكيم ووساطة الويبو.

(2) -عصام عبد الفتاح مطر : التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، ص 495 - 497.

## المبحث الثاني: أحكام الوساطة الالكترونية

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 واهمية هذا العنصر ارتأينا أن نتطرق الى هذا المفهوم في هذا المطلب من خلال تقسيمه الى ثلاثة مطالب، مفهوم الوساطة الالكترونية (المطلب الأول)، أحكام سير عملية الوساطة الإلكترونية (المطلب الثاني) آثار الوساطة الالكترونية على العقد التجاري الدولي (المطلب الثالث).

### المطلب الأول: مفهوم الوساطة الالكترونية

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 الالكترونية وتمييزها عن غيرها، خصائص الوساطة الالكترونية (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﴾<sup>(1)</sup>. ويقولون: ضربت وسط رأسه بفتح السين، ووسط القوم بسكونها.

(1) -سورة البقرة، الآية 143.

وهو أوسطهم حسبا، إذا كان في واسطة قومه وأرفعهم محلا<sup>(1)</sup>.

فوسط الشيء (بسطه) وسطا وسطة صار في وسطه يقال وسط القوم ووسط المكان فهو واسط والقوم وفيهم وساطة توسط بينهم بالحق والعدل، و(توسط) فلان: أخذ الوسط بين الجيد والردىء وبينهم وسط فيهم بالحق والعدل والشيء: صار في وسطه يقال: توسط القوم، و(الأوسط): المعتدل من كل شيء (ج) أواسط وهي وسطى (ج) وسط، وأوسط الشيء ما بين طرفيه وهو من أوسط قومه من خيارهم، و(الوسط) ظرف بمعنى (بين) يقال جلس وسط القوم، وسط الشيء ما بين طرفيه وهو منه والمعتدل من كل شيء، يقال: شيء وسط بين الجيد والردىء وما يكتنفه أطرافه ولو من غير تساو والعدل والخير يوصف به المفرد وغيره)، و(الوسيط) المتوسط بين المتخاصمين والمتوسط بين المتبايعين أو المتعاملين والمعتدل بين شيئين وجمعه وسطاء.<sup>(2)</sup>

وإذا ما أردنا ربط للمعنى اللغوي بالاصطلاح، نجد أن من توسط القوم أو جلس بينهم لم يمل إلى هذا أو إلى ذاك، وتلك صفة أساسية في الطرف الثالث وهو الوسيط الذي يحاول تقريب وجهات النظر بين المتخاصمين بحياد ودون تحيز إلى أحد الأطراف، كما أن من معاني هذا الفعل العدل، والهدف الأساسي الذي تسعى إليه الوساطة هو الإصلاح بين الأطراف ومن ثم إقامة العدل بينهم<sup>(3)</sup>.

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، وقريب من هذا التعريف ما ذكره بنسالم 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 النزاعات 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، 2018-2017، ص174.

(3) -حنان عتيق، الوساطة الالكترونية كألية لحل المنازعات عقود التجارة الالكترونية، مجلة معارف، كلية العلوم السياسية، جامعة البويرة، المجلد 18، العدد 02، ص22.



منحاز، حيادي ولا يملك السلطة أو القوة لصنع القرار وذلك بهدف مساعدتهم، بطريقة تطوعية على الوصول إلى اتفاقية خاصة بهم ومقبولة منهم<sup>(1)</sup>.

كما عرفها مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بأنها: "وسيلة اختيارية لتسوية المنازعات محل ودي بمساعدة ثالث، تعتمد على الحوار والمشاورات المتبادلة لإقناع طرفي النزاع بحلول مقترحة، والتوصل إلى حل نابع منهم للنزاع القائم بينهم بعد فحص طلباتهم وادعاءاتهم<sup>(2)</sup>."

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<sup>(3)</sup>."

من خلال هذه التعريفات نستنتج أن الوساطة تقوم على تقريب وجهات النظر بين للمتخاصمين وخلق أرضية للحوار والتفاوض من أجل الوصول إلى حل تابع منهم، وليس للوسيط سلطة صنع أو فرض القرار عليهم.

على غرار التشريعات لم يتناول المشرع الجزائري تحديد الدلالة القانونية للوساطة ويشير الى ذلك بصفة واضحة في نصوص القانون رقم . 08/09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الإدارية. إذا اكتفي بالإشارة إلى الوساطة كطريقة لفض النزاعات . ويتضح ذلك في المادة 994 رقم . 08/09 حيث تنص الفقرة الأولى على انه يجب علي القاضي عرض إجراء الوساطة على المتخاصمين.

كما في الفقرة الثانية من نفس المادة إذا قبل الخصوم بهذا الاجراء يعني وسيطا لتلقي وجهة نظر اطراف النزاع ومحاولة التوفيق بينهم وارضائهم<sup>(4)</sup>.

(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 المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 03، 2014، ص 251.

(3)-فاتح خلاف، الوساطة لحل النزاعات الإدارية في ظل قانون الإجراءات الإدارية، مجلة الفكر، العدد 11، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص431.

(4)-القانون رقم 08-09 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 لنبحث في أهم السمات التي أدت إلى اعتماد الوساطة كآلية فعالة في منازعات التجارة الإلكترونية.

#### أولاً: التعريف التقليدي للوساطة الإلكترونية

تتمحور عملية الوساطة حول محاولة إقناع المتنازعين بقبول الحل الذي يقترحه الوسيط لحل النزاع، دون أي ضغط أو إكراه<sup>(1)</sup>.

وبالتالي، فإن الوساطة بالمعنى التقليدي، هي "وسيلة لحل النزاعات ودياً، حيث يقوم أطراف النزاع، والوسيط يقدم النصح والإرشاد، ويتيح 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<sup>(2)</sup>.

#### ثانياً: التعريف الحديث للوساطة الإلكترونية

يستمد المفهوم الحديث للوساطة الإلكترونية من تدخل أجهزة الاتصال الحديثة، بما في ذلك الإنترنت.

الوساطة الإلكترونية هي وسيلة لحل النزاعات المتعلقة ب: عقود التجارة الإلكترونية بشكل خاص والعقود الإلكترونية بشكل عام وباستخدام الوسائل التكنولوجية.

<sup>(1)</sup> -أنور محمد صدقي، بسير سعد زغلول، الوساطة في انحاء الخصومة الجنائية، دراسة تحليلية نقدية، مجلة الشرعية والقانون، العدد 40، 2009، ص 2009.

<sup>(2)</sup> -عبد السلام ذيب، الاطار القانوني والتنظيمي للوساطة في الجزائر، الملتقى الدولي حول ممارسات الوساطة في الجزائر، يوم 15-16 جوان 2009، منشور على الموقع [dz.grfnystie.www](http://dz.grfnystie.www).

تُعرّف الوساطة بأنها "عملية تتم بشكل فوري ومباشر على الإنترنت وتهدف إلى تسهيل التفاعل والتفاوض بين المتنازعين للتوصل إلى تسوية." وتهدف إلى تيسير التفاعل والتفاوض بين المتنازعين والتوصل إلى حل عادل ومقبول لدى المتنازعين.<sup>(1)</sup>

وبالتالي فهي لا تختلف عن الوساطة التقليدية من حيث الهدف والاطار العام إلا أنها تختلف عنها من حيث الوسيلة، حيث تتم من خلال استخدام وسيلة من الوسائل الإلكترونية حيث يكون الوسيط والاطراف المتنازعة متواجدين 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.<sup>(2)</sup>

عرفتها المادة 03-01 من قانون الاونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي بأنها: "عملية يتم من خلالها حل النزاع وديا سواءا بالوساطة او التوفيق، مع محاولة الوسيط الوصول الى حل للنزاع دون اللجوء الى الاجبار لكلا الطرفين." وتتم هذه العملية في مراكز الوساطة الالكترونية حيث تتوفر جميع الوسائل المادية والبشرية لانجاح العملية قصد حل النزاع بين الطرفين.<sup>(3)</sup> تمييز الوساطة الالكترونية عن الوسائط الأخرى

تعتبر الوساطة الإجراء الأكثر استخداما وتطبيقا في القانون المقارن، سواء كان عقدا عاديا أو عقدا إلكترونيا. خصوصية الوساطة، بالمقارنة مع البدائل الأخرى، تحتل المرتبة 1 من البدائل لحل النزاعات الناشئة عن مختلف الإجراءات القانونية. يصف هذا القسم هذه الوسائط.

(1)-خالدي اسمهان، مرجع سابق، ص14.

(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 الرحمان ميرة، بجاية، 2012، ص 110.

(3)-ختان عبد الحسن، حسن علي كاظم، الوساطة الالكترونية وسيلة في تسوية المنازعات، مجلة الكلية الإسلامية، العراق، المجلد 1، العدد 50، 2018، ص547.

### ثالثاً: تمييزها عن المصطلحات المشابهة

#### 1-الوساطة الإلكترونية والتحكيم الإلكتروني:

تتفق الوساطة الإلكترونية والتحكيم الذي ينعقد 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 ينعقد 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 إنهاؤها، فإنهم يتفقون على إخضاع علاقاتهم ومنازعاتهم لشخص ثالث يحدد أوجه الخلاف والتقارب بين وجهات نظرهم، وذلك للتوصل إلى حل يلي رغباتهم ويحظى 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 عنها النزاع وهذا في الغالب الأعم والتي بإنهاؤها يذهب كل طرف إلى حال سبيله.

التحكيم ينتهي بصدر حكم قابل للتنفيذ وملزم للأطراف، أما الوساطة فهو مجرد اقتراح لتقريب وجهات النظر يحضر في محضر لا تكون له صفة الإلزامية أو الحجية إلا بعد المصادقة عليه من قبل القضاء.<sup>(1)</sup>

#### - 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

<sup>(1)</sup> -دريس كمال فتحي، التحكيم التجاري الدولي، محاضرات أُلقيت على طلبة السنة الثانية ماستر، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الشهيد حمة لخضر - الوادي-، السنة الجامعية 2022-2023.

الأطراف على التفاوض وإجراء الاتصالات بينهم، وذلك بهدف الوصول إلى قرار يوافق عليه جميع الأطراف المتنازعة، فإرادة الأطراف هي التي تلعب دوراً رئيسياً في إصدار القرار، وفي حال عدم رغبتها 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:

تختلف الوساطة الإلكترونية عن التحكيم الإلكتروني من حيث أنه يحق لطرفي النزاع الانسحاب في أي مرحلة كانت عليها الوساطة في حين أنهما لا يتمتعان بنفس الإمكانية في حالة التحكيم. ويعد 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

تختلف 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 طرفي النزاع مع بعضهم البعض من خلال صفحة النزاع المعدة على الموقع الإلكتروني التابع لمركز الوساطة المحمية 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، فالمراكز لا تأخذ مقابلًا لتقديم أدوات الاتصال للمتفاوضين، سواء كانت على شكل صفحة على الموقع التابع للمركز أو على شكل اتصال هاتفي عبر قنوات المركز، وبغض النظر عن نتيجة التفاوض إيجابية كانت بأن تم حل النزاع من خلالها، أم سلبية لم يتوصل المتفاوضان من

خلالها ينهيان فيه النزاع. أما فيما يخص الوساطة الإلكترونية فتستوفي مراكز الوساطة، رسوما 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، فتكون 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 لهما<sup>(1)</sup>.

### ✓ من حيث مدة إنهاء النزاع في المفاوضات الإلكترونية

المدة الممنوحة لهم للاتصال والتفاوض من خلال صفحة الاتصال التابعة للمركز هي ثلاثون يوما فقط بعدها يتم إغلاق ملف القضية بصورة آلية، ما لم يطلب طرفي النزاع قبل انقضاء مدة الثلاثون يوما المحددة منح مدة إضافية وتقديم أسباب تبرر ذلك 30، ، وقد حدد تماركز أخرى هذه المدة بعشرة أيام مع إلزام المتفاوضين في حالة انقضاء مدة التوصل لحل النزاع بإحالاته للمركز مع طلب وسيط أو أكثر لحل النزاع<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث: خصائص الوساطة الالكترونية

تعتبر الوساطة الالكترونية وسيلة تركز على مبدأ حل النزاعات دون اللجوء الى المحاكم عن طريق تبادل وجهات النظر والاعتماد على الوسيط بإجراءات سرية وتكاليف منخفضة وسرعة في إيجاد الحلول وهي الميزة الخاصة للعقود التجارية.

تتميز الوساطة الالكترونية بعدة خصائص – تسعى من خلالها منح الثقة للمتنازعين في اللجوء اليها كطريق بديل للقضاء<sup>(3)</sup>.

(1) –منصور داود، فعالية الوساطة الالكترونية كآلية لحسم منازعات التجارة الإلكترونية، "مركز الوساطة الالكتروني 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 عكنون، الجزائر، 2012، ص 80-81.

### أولاً: التقنيات المستعملة في الوساطة الالكترونية:

تحرص الوساطة الالكترونية على استغلال أدوات فعالة تصاحب سير النزاع من بداية الإحالة الى غاية الفصل فيه، وذلك بتوفير قنوات اتصال امنة خلال مرحلة الوساطة.

### ثانياً: أطراف الوساطة الالكترونية:

من خلال منح اطراف النزاع قابلية الاتصال والتفاوض مع الوسيط حول مسائل النزاع وذلك من خلال عمل الوسيط على اقتراح حلول ودية لفض النزاع مع اعطائهم الفرصة الكاملة للاطلاع 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 واخفاءها أي كان نوعها، مع صيانة العروض الخطية والشفوية الصادرة عن أي طرف أو أحد من الوكلاء وعدم تقديم أي منها الى 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 الى الغاء ما تم حفظه وتخزينه من بيانات ومعلومات القضية المتنازع عليها.

### رابعاً: غياب الشروط الشكلية :

تتماز الوساطة بالمرونة مع متطلبات اطراف النزاع، فهي تتلاءم مع شبكة الانترنت فلا يوجد في الوساطة أي اجراء شكلي يترتب عليه البطلان، فالوساطة بوجه خاص تهدف الى اتباع أي اجراء يمكنه من فض الخلاف بين المتنازعين.<sup>(1)</sup>

(1)-داود منصور، فعالية الوساطة الالكترونية كالية بديلة لحسم منازعات التجارة الالكترونية ( مركز الوساطة الالكتروني نموذجاً )، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 06، العدد 02، جوان 2021، ص945.

### الفرع الرابع: الشروط المتطلب توافرها في الوسيط

نصت غالبية التشريعات في دول العالم على مجموعة من الشروط يجب أن تتوفر في الشخص الذي يتولى إدارة عملية الوساطة بهدف مسايرة عملية الوساطة الإلكترونية ويمكن إجمال أهم هذه الشروط على النحو التالي<sup>(1)</sup>:

- الاختصاص: يعتبر الشرط الأساسي في تعيين الوسيط، فيجب أن يكون الوسيط متخصصا ومؤهلا تماما على قيادة عملية الوساطة والتي يقتنع من خلالها طرفا النزاع بمجدارته وفي حال أن لم يكن أهلا لذلك فعليه الاعتذار عن قبول النظر في النزاع أو عن الاستمرار فيه .
- الحيادة: وهي القاعدة التي من خلالها تم تعيينه ليكون الوسيط بين طرفي النزاع ولا يفضل أي طرف علما لآخر فالحيادة 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 واضحا وصريحا مع الأطراف ومركز الوساطة ومن ذلك يجب أن يعلن عن أية مصالح فعلية محتملة له من النزاع المعروض عليه أو مع أي طرف في النزاع بل إن عليه ابتداء رفض طلب تعيينه كوسيط إذا ما توافرت له أي مصلحة في النزاع، ما لم يمانع طرفا النزاع في تعيينه كوسيط بعد الإعلان.
- السرية: تعتبر من أهم الخصائص التي تتميز بها الوساطة الإلكترونية، وفي أغلب الأحيان يلجأ الأطراف إلى الوساطة الإلكترونية من أجل هذه الميزة، فانطلاقا من حماية وصيانة خصوصيات المتنازعين فالوسيط 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 خلافا لما اتفق عليه الأطراف أو سمح له بالنشر تنفيذا للقانون<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> -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 الابراهيمي برج بوعريش، ديسمبر 2019، ص25.

<sup>(2)</sup> -سمير خليف، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2010، ص 135.



## الفرع الخامس: الآثار الإيجابية والسلبية للوساطة الإلكترونية

### أولاً: الآثار الإيجابية:

تتميز الوساطة الإلكترونية بعدد من المزايا التي تجعلها فريدة مقارنة بوسائل تسوية المنازعات الأخرى، مما ساهم في زيادة الإقبال عليها<sup>(1)</sup>. لذا، فإن لها أهمية خاصة نستعرضها فيما يلي:

### ✓ البساطة والمرونة

تتماز 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.

تتجلى مرونة الوساطة الإلكترونية في سرعتها في الوصول إلى الحلول وتوفير الوقت، حيث لا تتطلب حضور الأطراف المتنازعة أو انتقاها لمقابلة الوسيط. بالإضافة إلى ذلك، تسهل هذه الوساطة تبادل الأدلة والوثائق والمستندات، وذلك من خلال استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة مثل البريد الإلكتروني وغيرها<sup>(2)</sup>.

تظهر مرونة الوساطة الإلكترونية من خلال قدرة الوسيط على الاجتماع 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<sup>(3)</sup>.

### ✓ السرعة في الإجراءات وتخفيف الوقت

تتميز الوساطة بوضوح وبساطة قواعدها الإجرائية، حيث لا تتقيد بإجراءات محددة مسبقاً. فالوسيط ليس ملزماً باتباع خطوات معينة، مما يمنح الأطراف حرية اختيار القواعد التي تناسبهم، بشرط أن تتسم هذه

(1) -حسين الماحي ، تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الوافي والإفلاس، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019، ص.32

(2) -إمد الله الجعدي محمد عمر، -التنظيم القانوني للوساطة في تسوية النزاعات المدنية الإلكترونية، مجلة أبحاث قانونية، السنة الرابعة، العدد السابع، كلية القانون، جامعة التحدي، ليبيا، طبعة 2019، ص 183.

(3) -شروق عباس فاضل، النظام القانوني للوساطة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد 01، العدد 02، العراق، 2016، ص 96-97.

القواعد بالحيادية والنزاهة واحترام سيادة القانون<sup>(1)</sup>.

تساهم الوساطة الإلكترونية في تقليل التوتر في المنازعات القضائية، حيث تعتمد على مشاركة الأطراف المتنازعة في العملية بهدف الوصول إلى تسوية للنزاع، دون التقيد بقواعد قانونية صارمة أو مبادئ قانونية قد تكون غير مناسبة لطبيعة النزاع<sup>(2)</sup>.

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، ونادراً ما تتطلب الوساطة وقتاً طويلاً.

يجب على الوسيط أن يقوم بمهمته خلال فترة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ إحالة النزاع، ويمكن تمديد هذه الفترة لمرة واحدة فقط بعد الحصول على موافقة الأطراف المتنازعة<sup>(3)</sup>.

### ✓ 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 يساهم 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 بتقديم تنازلات متبادلة وتعديل مراكزهم القانونية، مما يساهم في حل النزاع بأسرع وقت ممكن. وهذا يساعد على تجنب تقلبات أسعار صرف العملات والبضائع والخدمات، خاصة في مجال التجارة الإلكترونية<sup>(4)</sup>.

(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) -شروق 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 الخمسين، 2018، ص 539.

### ✓ سرية إجراءات الوساطة الإلكترونية

تتميز الوساطة الإلكترونية بطابع سري يلتزم به كل من الأطراف المتنازعة والوسيط، مما يتيح حل النزاع بسرية كاملة. هذه الخصوصية تمثل أحد الأهداف الرئيسية للتجار في معاملاتهم التجارية، حيث قد تدفعهم إلى تجنب اللجوء إلى القضاء الذي تعقد جلساته بشكل علني، مما قد يؤثر سلباً على أمورهم المالية والشخصية من خلال عرضها أمام العامة<sup>(1)</sup>.

بالإضافة إلى أنه لا يُسمح بالاستناد إليها بين الأطراف أو في مواجهة الآخرين، كما يُمنع إفشاؤها. 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<sup>(2)</sup>.

تتميز 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:

الهدف 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<sup>(3)</sup>.

بما أن الوساطة هي عملية تطوعية تتميز بالسرية والأمان، ولا تتضمن أي إلزام في قراراتها، فإنها

<sup>(1)</sup> - حسام عدلي جاد، الوساطة الإلكترونية كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بنها، 2023، ص 69.

<sup>(2)</sup> - بوجمة جعفر، مرجع سابق، ص 19.

<sup>(3)</sup> - معتر حمدان مرزوق بدر، ص 59-60.

تساهم في بناء علاقات ودية بين الأطراف وتساعد في الحفاظ على استمراريتها<sup>(1)</sup>.

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 يساهم في الحفاظ على العلاقات والمصالح المشتركة، حيث لا يتعرض أي طرف للخسارة نتيجة الوساطة، مما يجعل كلا الطرفين راجحين. وهذا يختلف عن الأحكام القضائية التي غالباً ما تصدر لصالح طرف على حساب الآخر<sup>(2)</sup>.

### ✓ استمرار العلاقات الودية بين الفرقاء:

تتيح الوساطة للأطراف المتنازعة فرصة الاجتماع في جلسات مخصصة، حيث يمكنهم عرض وجهات نظرهم بهدف كسر الجمود القائم بينهم والسعي لإيجاد حل يرضي جميع الأطراف. وبالتالي، فإن التسوية الناتجة عن الوساطة تُعتبر نتاجاً مشتركاً لجميع الأطراف، مما يميزها عن القضاء الذي ينتهي غالباً بحكم لصالح طرف وخسارة آخر<sup>(3)</sup>، 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 تسوية<sup>4</sup>.

(1) -بوجمعة 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، الاختصاص بمنازعات التجارة 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 تتسبب 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 الثغرات الرقمية الموجودة في بلد واحد، ناهيك عن الاتصالات الدولية، فإن تأثير المخاطر التكنولوجية التي تتخذ أشكالاً مختلفة عبر الإنترنت، من التلاعب بمحتوى البرامج المستخدمة في آليات الوساطة، سواء كانت مقصودة أم لا، وهذا يؤثر على الحق في المواجهة والاستماع<sup>1</sup>.

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 التسوية واستمرار الاتفاقية، تصبح ملزمة لكلا الطرفين. أما بالنسبة للفجوة الرقمية، فيمكن التغلب عليها باستخدام برامج حديثة مختلفة تكافح تغلغل المواقع والمراكز حل مثل هذه النزاعات.

### المطلب الثاني: أحكام سير عملية الوساطة الإلكترونية:

بمجرد موافقة طرفي 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 طرفي النزاع يستطيع طرفي 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.

<sup>(1)</sup> -عاشور رامز، الوساطة والمفاوضات الإلكترونية كوسائل بديلة لفض منازعات عقود التجارة الدولية الإلكترونية، مجلة القدس للبحوث الأكاديمية، نسخة العلوم الانسانية والاجتماعية، دون عدد، 2023، ص 80.

بعدما يتقدم طرفا النزاع طلباتهم بغية التوصل إلى حل يرضى الطرفين تعقد جلسات الوساطة الالكترونية ثم يقوم الوسيط بإعداد اتفاق التسوية النهائية ويلزم عرض على طرفي 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 للوسيط وعدد المتنازعين.

- رسوم الوساطة الالكترونية: بما إن الوساطة الالكترونية مدفوعة الأجر فان الرسوم لها أهمية في سير إجراءات الوساطة، وتنقسم تكاليف الوساطة الالكترونية إلى ثلاث تكاليف يمكن حصرها فيما يلي<sup>1</sup>:
- رسوم التسجيل: وهي الرسوم التي يستوفيهها 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 اللازمة.
- الأتعاب: وهي المصاريف المقررة للوسيط في عملية الوساطة.

كما أن هناك مجموعة من المراكز التي تستوفي رسوم ومقدار ونوع الوساطة الالكترونية، وهي كالآتي:

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 يعني مقدم الطلب من دفع رسوم التسجيل المقدّر بـ 20 دولار، كما يستوفي المركز نفس المبلغ نفس المبلغ السابق كرسوم للوساطة إذا كان مبلغ النزاع ل يتجاوز 1000 دولار، أما إذا تجاوز هذا المبلغ يضاف 1 بالمائة كرسوم عليها، أما جلسات الوساطة التي تنعقد من الساعة السابعة صباحا إلى الساعة السابعة مساءً يدفع عن كل ساعة منها 125 دولار، وغيرها يضاف إلى المبلغ بنسبة 50 بالمائة، على أن ليتجاوز 2500 دولار
4. مركز Sony لبيع الإلكترونيات يعني المتنازعين من أداء أية رسوم.

#### -مراكز الوساطة وشروط التسجيل فيه: <sup>(1)</sup>

يعود السبب في اللجوء لهذا الأسلوب هو التشجيع على إحالة النزاع على الوساطة باعتبار أنه لا يتصور أن يتوصل الطرفان بمفردهما للحل، ومن بين هذه المراكز نظام الوساطة التابع للمنظمة الدولية، وهو إجراء يتضمن كلا من الوساطة والتحكيم، وتبدأ 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 وسائط الكترونية في تسوية بعض النزاعات الناشئة عن المعاملات الالكترونية K بالإضافة إلى مؤسسة online ombudsoffice وهي مكتب للوساطة اسس عام 1996 من قبل مركز يسمى center for technologyand dispute resolution وهذا المركز تابع لجامعة Massachussetts الأمريكية، وهو يقدم أعمال الوساطة مجانا.

تسري آلية الوساطة الالكترونية عندما يقوم المدعي بإيداع طلب وساطة إلكترونية عبر تعبئة نموذج إلكتروني سري، وعلى مقدم الطلب أن يكون واضحا ودقيقا وعليه إيراد ملخص عن شكواه، وإذا قبل طلب الوساطة المقدم منه، يستلم جوابا إلكترونيا بالقبول مع رمز دخول، وكلمة سر تسمح له الولوج إلى قاعدة الوساطة الالكترونية.

<sup>(1)</sup> -نادية ضريفي، سماح مقران، مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية، مج:3، ع1، 2018م، ص29.

### -تقديم الطلب إلكترونيا لمركز الوساطة

تبدأ عملية الوساطة الإلكترونية بتعبئة الطلب المخصص لذلك مسبقا على موقع المركز الإلكتروني، والمتضمن البيانات الشخصية لطالب الوسيط وملخصا عن موضوع النزاع والطرف الآخر وكيفية الاتصال به، وباستلام المركز للطلب ودراسته وقبوله، يقوم بإرسال تأكيد للطالب يحظره من خلاله بقبول الطلب.

وعليه وفقا لمركز Square Trade تمر العملية عبر ثلاثة مراحل<sup>(1)</sup>:

**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 المدعى عليه وكيفية الوصول إليه، وادخال جميع المعلومات ذات الصلة على شكل إلكتروني.

**المرحلة الثانية:** بعد استلام المركز للطلب يقوم بدراسته وقبوله، ثم يقوم بتأكيد لمقدم الطلب يعلمه باستلام الطلب وقبول النزاع .

**المرحلة الثالثة:** يقوم المركز بتبليغ 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 تبليغ الطرف الآخر. أما إذا قدم الطلب من كلا الطرفين يكتفي المركز عند استلامه الطلب بإرسال تأكيد إلى طرفي النزاع من خلاله باستلام طلب الوساطة والتاريخ المحدد لبداية عملية الوساطة.

- **توجيه الإشعار:** حتى يتحقق الهدف من الوساطة الإلكترونية، وحتى تتاح لكل طرف فرصة متكافئة للوصول إلى تسوية مرضية، يتعين إشعار طرفي 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 بقبول القضية، ورمز دخول كلمة السر تسمح له الولوج

<sup>(1)</sup> -حنان عتيق، الوساطة الالكترونية كآلية لحل منازعات عقود التجارة الالكترونية، مجلة معارف، العدد 02، المجلد 18، جامعة البويرة،



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 متوافرة على الموقع، أما البعض الآخر، فيقومون بالاتصال بالمدعى 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 طرفي النزاع، يستطيع طرفي 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 الالكترونية.<sup>(1)</sup>

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 لان 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 الـ WIPO .

أما إذا لم يتم التوصل الى تسوية ودية للنزاع فهذا راجع إلى سبب من الأسباب الواردة في المادة 11 من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي وهو كما يلي:

-إصدار إعلانا من الموفق بعد التشاور مع طرفي النزاع يحتوي على انه لا يوجد ما يسوغ القيام بمزيد من جهود التوفيق من تاريخ حدوث الاعلان.

-إصدار إعلانا من الموفق بعد التشاور مع طرفي النزاع يحتوي على انه لا يوجد ما يسوغ القيام بمزيد من جهود التوفيق من تاريخ حدوث الإعلان.

<sup>(1)</sup> -نادية ظريفي، سماح مقران، مرجع سابق، ص31.

- توجيه إعلان للموفق صادر من طرفي النزاع يبين فيه انتهاء إجراءات التوفيق في تاريخ صدور الإعلان.
- إصدار أحد طرفي النزاع إعلانا موجها إلى الطرف الآخر والموفق في حالة تعيينه يفيد بانتهاء إجراءات التوفيق في تاريخ صدور الإعلان، كذلك من الأسباب انتهاء عملية الوساطة انتهاء المدة المحددة لتسوية النزاع أو تغيب أحد طرفي النزاع أو كلاهما عن جلسات الوساطة بدون معذرة مشروعة.
- عند انتهاء عملية الوساطة سواء كانت ايجابية أو سلبية يرسل الوسيط فوراً إخطاراً مكتوباً إلى المركز يعلمه فيه بانتهاء الوساطة، ويقع على هذا الأخير واجب المحافظة على ما ورد في هذا الإخطار من المعلومات، وإن لا يكشف لأي شخص عن وجود عملية الوساطة لديه أو عن نيتها، 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 ألا يكشف عن هوية أطراف النزاع وهذا ما نصت عليه المادة 19 من القواعد الوساطة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية الويبو.
- يلجأ الأطراف في حالة فشل المساعي لحل النزاع بإحدى الطرق الثلاثة السابقة إلى وسيلة أخرى تعتبر من أهم وأجمع الوسائل الالكترونية لحل منازعات عقود التجارة.

### المطلب الثالث: آثار الوساطة الالكترونية 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 تركز 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، وتجدر الإشارة أنه وبمجرد المصادقة على الاتفاق الصادر تنتهي عملية الوساطة ويصبح هذا الاتفاق ملزماً للطرفين وناظراً من الناحية القانونية، فلا يحق للأطراف المعنية الانسحاب أو التراجع عن تنفيذه وهو ما

جاء طبقا للمادة 15 من قانون اليونيسترال النموذجي حيث نصت على: "إذا أبرمت الأطراف اتفاقا يسوي منازعاتها، كأن ذلك الاتفاق على التسوية ملزما وواجبا الإنفاذ".

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<sup>(1)</sup>.

### 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 مهمة في محاول تقريب 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 إخطار مركز الوساطة بانتهاء العملية وذلك كتابيا، 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<sup>(2)</sup>.

(1) -حنان عتيق، الوساطة الالكترونية كآلية لحل منازعات عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص38.

(2) -حنان عتيق، المرجع نفسه، ص39.

### 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، نظرا لتعقيدات العلاقات التجارية، وتحسبا لحدوث أي خلافات بين الأطراف من عدة دولة مختلفة وقد أتينا على ذكر إعادة التفاوض، والتحكيم التجاري الدولي، والوساطة الإلكترونية كآليات لحل هذا النوع من النزاعات، وتوصلنا من خلال 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 والتقصي في موضوع هذا البحث الموسوم ب: 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 معالجة مختلف عناصر وجزيئات 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 وتوحي 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 وإن كانت عاجلته تحت عدة مسميات (تحمل التبعة، الآفة السماوية، الجائحة...)، بالإضافة إلى عدم وضع مختلف التشريعات الوضعية كالمرسوم المصري والعراقي مثلاً لمفهوم قانوني محدد والاقتصار على ذكرها كسبب أجنبي يؤدي إلى انقضاء العقد واستحالة تنفيذه.

● تتجلى شروط تطبيق القوة القاهرة عموماً في كل من الفقه الإسلامي ومختلف 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 الانفساخ العقدي.

● تختلف نظرية القوة القاهرة عن نظرية الظروف الطارئة في عدة جوانب أبرزها نطاق تطبيق كل منهما 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 فجاز الاتفاق على خلافها.

● يواجه تطبيق حدث القوة القاهرة جملة من الصعوبات وأبرزها اختلاف تفسيرها من القانون المدني إلى القانون العام، واختلاف التعامل معها من التشريعات الوطنية إلى الدولية حيث تتوسع هذه الأخيرة في مفهوم القوة القاهرة، وكذا في إضفاء طابع المرونة على شروط تطبيقها وذلك نظرا 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 بتخفيف الضرر ما أمكنه واتخاذ التدابير اللازمة لتقليص حجم الخسائر الناتجة عن الاختلال 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 وحفاظا على مصالح الأطراف واستقرار المعاملات فيؤول أثر القوة القاهرة إلى وقف تنفيذ العقد وذلك لتعديله 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 البدائل لتنفيذ عقود التجارة الدولية في ظل القوى القاهرة وهو ما أثبتته جائحة كورونا مؤخرا مما دفع المشرع الفرنسي ومبادئ اليونيدروا والعديد من التشريعات إلى تبني مبدأ إعادة التفاوض وتطبيقه على العديد من العقود على اختلافها.

● يكون اللجوء إلى القضاء والتحكيم التجاري الدولي لمعالجة اختلال تنفيذ العقد بعد فشل أطرافه

في عملية إعادة التفاوض للحفاظ على العقد.

● نظرا 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.

### التوصيات والاقتراحات:

● سعي التشريعات الوطنية وكذا الدولية وراء وضع مفهوم دولي محدد لمصطلح 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 تملها القوة القاهرة في مجال عقود التجارة الدولية ويتحقق ذلك من خلال توحيد التشريعات مما يسهل تطبيق النظرية وآثارها القانونية على هذا النوع من العقود.

° تجنب الجمود والتمسك بمبدأ قدسية العقد من قبل هيئات التحكيم التجاري الدولي وهو الملاحظ من خلال قراراتها، والاتجاه نحو التوسع في أعمال نظرية القوة القاهرة وكذا المرونة في تعديل الالتزامات العقدية المتأثرة بهذا الحدث.

° على أطراف العقد تنظيم مسألة إخطار المدين للدائن بالحوادث 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 حفاظا على كيان العقد وتجنبنا للإشكالات المتوقعة ظهورها خلال مرحلة تنفيذه.



الملاحق

## الملحق رقم (1): المبادئ العامة لعقود والتجارة الدولية (اليونيدروا)

### مادة 1-2-6

#### (احترام العقد)

عندما يصبح تنفيذ العقد أكثر تكلفة بالنسبة لأحد الأطراف، يظل هذا الطرف، ملتزماً بتنفيذ التزاماته وفقاً للأحكام الواردة أدناه في شأن الظروف الشاقة.

### مادة 2-2-6

#### (تعريف الظروف الشاقة)

تتوافر الظروف الشاقة إذا وقعت أحداث تخل بصورة جوهرية بتوازن العقد إما يدفع تكاليف التنفيذ على أحد الأطراف، وإما بخفض قيمة ما يتلقاه أحد الأطراف، ويتعين توافر ما يلي:

- (أ) أن تقع هذه الأحداث، أو يعلم بها الطرف الذي تعرض لها، بعد إبرام العقد.
- (ب) أن لا يمكن أخذ 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

#### (آثار الظروف الشاقة)

- (1) في حالة الظروف الشاقة، يحق للطرف الذي تعرض لها طلب إعادة التفاوض. ويتعين توجيه هذا الطلب مسبقاً دون تأخير غير مبرر.
- (2) لا يخول طلب إعادة التفاوض، في حد ذاته، للطرف المضطرب من الطرف الشاق الحق في الامتناع عن التنفيذ.
- (3) إذا تم يتم التوصل إلى اتفاق خلال مدة معقولة، فيحق لأي من الطرفين اللجوء إلى القضاء.

- (3) يجوز للطرف الدائن في حالة التأخر غير الجوهري في التنفيذ، أن يوجه إخطاراً يسمح فيه بمدة إضافية معقولة، ويجوز له فسخ العقد عند انقضاء 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 الممنوحة بموجب الإخطار يترتب عليه اعتبار العقد منتهياً بقوة القانون.
- (4) لا تنطبق الفقرة (3) إذا كان الالتزام غير المنفذ ثانوي الأهمية بالنسبة لمجموع التزامات المدين.

#### مادة 6-1-7

(بنود الإعطاء من المسؤولية)

لا يجوز التمسك بالبنود الذي يحد من مسؤولية أحد الأطراف عن عدم التنفيذ أو أن يستبعد هذه المسؤولية أو يسمح لأحد الأطراف بأن يقدم تنقيحاً يختلف اختلافاً جوهرياً عما كان من المعقول أن يتوقعه الطرف الآخر إذا ما كان التمسك بذلك البنود شديد الإجحاف بالنظر إلى الغرض من التعاقد.

#### مادة 7-1-7

(القوة القاهرة)

- (1) يعفى المدين من المسؤولية عن عدم التنفيذ إذا أثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى حادث لا سيطرة له عليه أو كان من غير المعقول أن يدخله في حساباته عند إبرام العقد أو كان لا يستطيع تجنب وقوعه أو تفاديه أو تجاوزه نتائجه.
- (2) إذا كان الحادث مؤقتاً فحسب، فيظل الإعطاء منتجاً لأثره خلال مدة معقولة يراعى فيها أثر الحادث على تنفيذ العقد.

- (3) يلتزم المدين بأن يخطر الدائن بوجود الحادث ونتائجه على قدرته على التنفيذ. فإذا لم يتسلم الطرف الآخر الإخطار خلال مدة معقولة بعد أن يكون المدين قد علم بالحادث أو كان في وسعه العلم به، فيسأل عن التعويضات المترتبة على عدم تسلم الإخطار.
- (4) ليس في هذه المادة ما يمنع أي طرف من ممارسة الحق في إنهاء العقد أو التوقف عن التنفيذ أو المطالبة بقوائد عن المبالغ المستحقة.

#### المبحث الثاني : الحق في التنفيذ

##### مادة 1-2-7

(تنفيذ التزام نقدي)

في الأحوال التي لا يسند فيها المدين ديناً متمثلاً في مبلغ نقدي، فيجوز للدائن مطالبته بالسداد.

##### مادة 2-2-7

(تنفيذ التزام غير نقدي)

في الأحوال التي يلتزم فيها المدين بالتزام غير نقدي ولا ينفذه، يجوز للدائن أن يطالب بالتنفيذ ما لم يكن:

(أ) التنفيذ مستحيلاً من الناحية القانونية أو الواقعية،

## الملحق رقم (2): إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع.

اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع

8

### المادة ٢٢

يجوز سحب القبول إذا وصل طلب السحب إلى الموجب قبل الوقت الذي يحدث فيه القبول أثره أو في نفس الوقت.

### المادة ٢٣

ينعقد العقد في اللحظة التي يحدث 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 المحاطب عند إبلاغه شفويًا أو تسليمه إليه شخصيًا بأي وسيلة أخرى أو تسليمه في مكان عمله أو في عنوانه البريدي، أو لدى تسليمه في مكان سكته المعتاد إذا لم يكن له مكان عمل أو عنوان بريدي.

## الجزء الثالث - بيع البضائع

### الفصل الأول - أحكام عامة

#### المادة ٢٥\*

تكون مخالفة العقد من جانب أحد الطرفين مخالفة جوهرية إذا تسببت في إلحاق ضرر بالطرف الآخر من شأنه أن يخرمه بشكل أساسي مما كان يحق له أن يتوقع الحصول عليه بموجب العقد، إلا إذا لم يكن الطرف المخالف يتوقع مثل هذه النتيجة ولم يكن أي شخص سوي الإدراك من نفس الصلة يتوقع مثل هذه النتيجة في نفس الظروف.

### المادة ٢٦

لا يحدث إعلان فسخ العقد أثره إلا إذا تم بواسطة إخطار موثقه إلى الطرف الآخر.

\* المادة ٢٥ من النص العربي ذي الختمية مستمدة من الصيغة النصية الواردة في إلتعار الوديع، C.N.862.1998. Treaties-5، ١٩ شباط/فبراير ١٩٩٩.

## الفرع الثالث- الجزاءات التي تترتب على مخالفة المشتري للعقد

## المادة ٦١

- (١) إذا لم يُنفذ المشتري التزاماً مما يترتب عليه العقد أو هذه الاتفاقية، جاز للبائع:
- (أ) أن يستعمل الحقوق المقررة في المواد ٦٢ إلى ٦٥،
- (ب) أن يطلب التعويضات المنصوص عليها في المواد ٧٤ إلى ٧٧.
- (٢) لا يفقد البائع حقه في طلب التعويضات إذا استعمل حقاً من حقوقه الأخرى في الرجوع على المشتري.
- (٣) لا يجوز للفاضي أو للمحكم أن يمنح المشتري أي مهلة لتنفيذ التزاماته عندما يتمسك البائع بأحد الجزاءات المقررة في حالة مخالفة المشتري للعقد.

## المادة ٦٢

- يجوز للبائع أن يطلب من المشتري دفع الثمن أو استلام البضائع أو تنفيذ التزاماته الأخرى، إلا إذا كان البائع قد استعمل حقاً يتعارض مع هذا الطلب.

## المادة ٦٣

- (١) يجوز للبائع أن يحدد للمشتري فترة إضافية تكون مدتها معقولة لتنفيذ التزاماته.
- (٢) فيما عدا الحالات التي يتلقى فيها البائع إخطاراً من المشتري بأنه لن ينفذ التزاماته في الفترة الإضافية المحددة، لا يجوز للبائع قبل انقضاء هذه الفترة أن يستعمل أي حق من الحقوق المقررة له في حالة مخالفة العقد. غير أن البائع لا يفقد 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 يترتبها عليه العقد أو هذه الاتفاقية يشكل مخالفة جوهرية للعقد؛ أو

بين السعر المحدد في العقد والسعر الجاري وقت فسخ العقد وكذلك التعويضات الأخرى المستحقة بموجب المادة ٧٤. ومع ذلك، إذا كان الطرف الذي يطلب التعويض قد فسخ العقد بعد تسلمه البضائع، يطبق السعر الجاري وقت تسلم البضائع بدلاً من السعر الجاري وقت فسخ العقد.

(٢) لأغراض الفقرة السابقة، فإن السعر الجاري هو السعر السائد في المكان الذي كان ينبغي أن يتم فيه تسليم البضائع أو، إذا لم يكن ثمة سعر سائد في ذلك المكان، فالسعر في مكان آخر يُعدّ بدلاً معقولاً، مع مراعاة الفروق في تكلفة نقل البضائع.

#### المادة ٧٧

يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للطرف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة، بما فيها الكسب الذي فات. وإذا أُهمل القيام بذلك فللطرف المحل أن يطالب بتخفيض التعويض بقدر الخسارة التي كان يمكن تجنبها.

### الفروع الثالث - الفائدة

#### المادة ٧٨

إذا لم تدفع أحد الطرفين الثمن أو أي مبلغ آخر متأخر عليه، يحق للطرف الآخر تقاضي فوائد عليه، وذلك مع عدم الإحلال بطلب التعويضات المستحقة بموجب المادة ٧٤.

### الفروع الرابع - الإعفاءات

#### المادة ٧٩

(١) لا يُسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذا أثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته وأنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يتأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه.

(٢) إذا كان عدم تنفيذ أحد الطرفين نتيجة لعدم تنفيذ الغير الذي عهد إليه بتنفيذ العقد كلاً أو جزءاً فإن ذلك الطرف لا يُعفى من السبعة إلا إذا:



- (أ) أُعْفِيَ منها بموجب الفقرة السابقة؛
- (ب) كان الغير سيعفى من المسؤولية فيما لو طُبِّقَتْ عليه أحكامُ الفقرة المذكورة.
- (٣) يُحْدِثُ الإعفاءُ المنصوصُ عليه في هذه المادة أثره خلال المدة التي يبقى فيها العائق قائماً.
- (٤) يجب على الطرف الذي لم ينفذ التزاماته أن يوجه إخطاراً إلى الطرف الآخر بالعائق وأثره في قدرته على التنفيذ. وإذا لم يصل الإخطارُ إلى الطرف الآخر خلال مدة معقولة بعد أن يكون الطرف الذي لم ينفذ التزاماته قد عَلِمَ بالعائق أو كان من واجبه أن يعلم به فعندئذ يكون مسؤولاً عن التعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم استلام الإخطار المذكور.
- (٥) ليس في هذه المادة ما يمنع أحدَ الطرفين من استعمال أي من حقوقه الأخرى بخلاف طلب التعويضات وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية.

#### المادة ٨٠

لا يجوز لأحد الطرفين أن يتمسك 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

- (١) يفسخ العقد يصبح الطرفان في حلٍّ من الالتزامات التي يترتبها عليهما العقد، مع عدم الإخلال بأي تعويض مُستحق. ولا يؤثر الفسخ على أي من شروط العقد المتعلقة بتسوية المنازعات أو أي من أحكامه الأخرى التي تُنظِّم حقوق الطرفين والتزاماتهما المترتبة على فسخ العقد.
- (٢) يجوز لأي طرف قام بتنفيذ العقد كلاً أو جزءاً أن يطلب استرداد ما كان قد ورَّده أو دفعه إلى الطرف الآخر بموجب العقد. وإذا كان كل من الطرفين مُلزماً بالردِّ وحب عليهما تنفيذ هذا الالتزام في وقت واحد.

#### المادة ٨٢

- (١) يفقد المشتري حقه في أن يعلن فسخ العقد أو أن يطلب من البائع تسليم بضائع بديلة إذا استحال على المشتري أن يُعيد البضائع بحالة تطابق، إلى حد كبير، الحالة التي تسلمها بها.



# الفهارس

## أولاً: فهرس الآيات القرآنية

| الصفحة       | الرقم | طرف الآية  |
|--------------|-------|--|
| سورة البقرة  |       |  |
| 27           | 282   | ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُمُوهَا﴾   |
| سورة النساء  |       |  |
| 27،<br>50    | 29    | ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿٢٩﴾﴾ |
| 119          | 35    | ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿٣٥﴾﴾               |
| 119          | 65    | ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا فَضَّيْتَ وَيُسَلِّمُوا وَسَلِيمًا ﴿٦٥﴾﴾  |
| سورة المائدة |       |  |
| 60           | 1     | ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾   |
| سورة الأنعام |       |  |
| 55           | 152   | ﴿وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا﴾  |
| سورة الإسراء |       |  |
| 80           | 34    | ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾  |
| سورة يوسف    |       |  |
| 4            | 66    | ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ، مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ، إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا ءَاتَوْهُ﴾   |

|              |       |  |
|--------------|-------|--|
|              |       | مَوْفِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ ﴿٦٦﴾  |
| سورة الشعراء |       |  |
| 101          | 33-16 | ﴿فَأْتِيَا فِرْعَوْنَ فَقُولَا إِنَّا رَسُولُ رَبِّ الْعَالَمِينَ ﴿٦٦﴾...﴾                               |
| 102          | 77-69 | ﴿وَأَنْتَلُ عَلَيْهِمْ نَبَأَ إِبْرَاهِيمَ ﴿٦٩﴾ إِذْ قَالَ لِأَبِيهِ وَقَوْمِهِ مَا تَعْبُدُونَ ﴿٧٠﴾...﴾ |

## ثانيا: فهرس الأحاديث النبوية

| الصفحة | طرف الحديث  |
|--------|---|
| 119    | فأنت أبو شريح   |
| 5      | لو بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا، |
| 50     | من غشنا فليس منا  |

### ثالثا: فهرس المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم:

#### أولاً: كتب التفسير

1. ابن جرير الطبري، تفسير الطبري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج5.
2. عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنان، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 2002.

#### ثانياً: كتب السنة:

1. البيهقي، السنن الكبرى، دار الكتب العلمية، ط3، ج5، ج10، بيروت، لبنان، 1424هـ-2003م
2. محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، ط5، 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 العدوي، كفاية الطالب الرباني حاشية العدوي، تحقيق: يوسف محمد البقاعي، دار الفكر، ج:02.
3. الخطاب الرعيني المالكي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، (١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م)، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، بيروت، لبنان، دار الغرب الاسلامي.
4. الخفيف، علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ط، 2 د ن، 1947م.
5. الدريني محمد فتحي، النظريات الفقهية، جامعة دمشق، الطبعة 02، 1990.

6. الزيلعي، تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق، ج5، باب فسخ الإجارة، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط1، 1313هـ.
7. الشافعي، محمد ابن ادريس، الام، دار المعرفة، بيروت، 1990م، ص58/3. 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 الجزيري - 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 الاسلامي، 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، البناية شرح الهداية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان- ج8.
15. أبو الفضل جمال الدين محمد مكرم، لسان العرب، مج: 11، ط6، دار صادر، بيروت، لبنان، 2008.
16. فؤاد محمود عوض، دور القاضي في تعديل العقد دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004.
17. ابن قدامة المقدسي، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ج3.
18. ابن قدامة، المغني ويليهِ الشرح الكبير، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت، 2007.
19. ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، القاهرة، 1968.
20. الكاساني، علاء الدين مسعود الحنفى، 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، ط1، 1993م.
23. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1981.

24. بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، د ت، 1956م.
25. هاشم يحيى المالح، الوسيط 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. ابراهيم بن فهد العنزي، آثار جائحة كورونا على العقود المالية، ط01، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، مركز التمييز البحثي 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 الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية. دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
7. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
8. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، الطبعة الاولى، القاهرة.
9. أحمد عبد الكريم سلامة، القوة القاهرة والظروف الطارئة في العقود: دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مصر، 2020.
10. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي-مفاوضات العقود الدولية- دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 2008.
11. أسماء مدحت سامي، الاعفاء من المسؤولية 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 الالكتروني وطرق الإثبات عبر وسائل الاتصال الحديثة. مؤتمر دبي، سنة 2003
15. حسام الدين أحمد شريف، الطبيعة القانونية للالتزام بتخفيف الضرر-دراسة تأصيلية مقارنة- مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، 2023.
16. حسام الدين فتحي ناصف : التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية. دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
17. حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 2005.
18. حسام الدين كامل الأهوائي ، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام الطبعة الثانية. 1995.
19. حسن محمد سليم، النظام القانوني للتحكيم في إطار المجموعة 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 الوافي 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، الإلتزامات بالإضفاء الصفة الخطرة للشيء المبيع، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي والفقهاء الإسلاميين، 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 التجاري 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 الحلبي 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 للمحكم، 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، الاسكندرية، 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 الاولى، 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 عطف 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 جبيري محمد 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 القوي، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات القانونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
47. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، المطبعة العالمية، القاهرة، 1962.
48. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، الجزء الاول، مصر، 2007.
49. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف للنشر، الاسكندرية، 2004.
50. عبد الرزاق السنهاوري في مؤلفه (نظرية الإلتزام بوجه عام) الجزء الثالث من كتاب الوسيط في شرح القانون المدني.
51. عبد الرزاق السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: النظرية العامة للالتزامات، مصر، 2000.
52. عبد الرزاق السنهاوري، 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 الالكتروني. 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 الالكتروني 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 تقليص الأضرار في العقود، دراسة مقارنة بين القوانين الأنجلوسكسونية وعقود البيع الدولي، 2015.
62. عطية النظرية، العامة لواجب تقليص 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 فيلاي، العقود الخاصة، البيع، موفم للنشر، الجزائر، 2018.
67. عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، ط 2 -، دار هومه، 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 الفتحي، القانون البيئي الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الاولى، مصر، 2015.
74. محمد الزين، النظرية العامة للإلتزام، الطبعة الثانية، تونس، 2001.
75. محمد الكشبور، نظام التعاقد، ونظريتنا القوة القاهرة والظروف الطارئة، دراسة مقارنة ( من وحي حرب الخليج)، الطبعة الأولى، 1993م.
76. محمد بكر اسماعيل، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء الأول، دار عالم الكتب العلمية للنشر، بيروت، 2003.
77. محمد جمال الدين زكي، النظرية العامة للإلتزامات 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 هوم، 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 صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء الاول، الجزائر، 2007.

89. محمد طلعت الغنيمي، أحكام المعاهدات في الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، دار المعارف بالإسكندرية، 2009.
90. محمد محسن منصور، مصادر الالتزام، العقد والارادة المنفردة، الدار الجامعية للنشر، بيروت، 2000.
91. محمد نور شحاته، سلطة التكليف في القانون الإجرائي. دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
92. محمود مختار أحمد بري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.
93. محمود نديم الخضر، اختلال 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، م صر، سنة، 1986.
95. مراد محمود المواجهة، التحكيم في عقود الدولة ذات طابع الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة الأولى، 2010م
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 لحل النزاعات، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
99. منير القاضي، شرح المجلة، الجزء الأول، مطبعة التفيض الاهلية، بغداد، 2020.
100. مها بن هندي، اعتبار فيروس كورونا قوة قاهرة أو حادث استثنائي وأثر ذلك على العقود التجارية والعالمية وفقا لقانون المعاملات المدنية، 2020.
101. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ج 32، ط 2، 1983م.
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 المعارف، الإسكندرية، 2008.
106. هشام علي صادق، القانون الواجب تطبيقه على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2001.
107. هيثم عبدالرحمن البقلي، التحكيم الالكتروني 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 حري وشركاه، منشأة المعارف الاسكندرية، مصر 2008.
110. يسري عوض عبد الله، العقود التجارية الدولية-مفاوضاتها، إبرامها، تنفيذها، مكتب اليسري للمحاماة والاستشارات القانونية، الخرطوم، السودان، 2009.

#### رابعاً: المجلات

1. أحمد السيد البهي الشوبري، التفاوض التعاقد في إطاره القانوني وأثره في الالتزام، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بدمهور، العدد الرابع، الجزء الأول، 2019.
2. أحمد بن فهد بن حمين، مفاوضات عقود التجارة الدولية، دراسة فقهية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد 38، 2017.
3. أحمد علي حسن آل علي، صالح أحمد الهيبي قراءة قانونية لفيروس كورونا المستجد، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد 6، جامعة الشارقة الإمارات 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، الامارات العربية، المتحدة، 2020.
5. أسامة إدريس بيد الله، التحكيم الالكتروني (ماهيته، إجراءاته)، المجلد 01، المكتبة الشاملة الذهبية، 2019.
6. إمد الله الجعيد 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 صدقي، بسير سعد زغلول، الوساطة في انهاء الخصومة الجنائية، دراسة تحليلية نقدية، مجلة الشرعية والقانون، العدد 40، 2009.
8. براهيم نوال، الإجراءات الاستثنائية للتحكيم التجاري الدولي في 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 الاخلال المتفاوض بالتزامه، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد العاشر، 2014.
10. بوخلفي آمال، بركاني نائل، نظرية الجوائح في الفقه الإسلامي (فيروس كورونا كوفيد 19 نموذجاً) مجلة الشهاب، مج: 07، ع: 01، 2021م.
11. بوطباله معمر، الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات على عقد التجاري الدولي، مقال منشور في مجلة العلوم الانسانية، عدد 46، سنة 2016، المجلد ب.
12. بومعزة بارة نبهة، الالتزامات التي تحكم المفاوضات في عقود التجارة الدولية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية - المجلد 06 - العدد 02 - ديسمبر 2021.
13. تبحر محمد حسين واستبراق محمد حمزة، التزامات الأطراف المتفاوضة في عقود التجارة الدولية، مجلة المحقق الحلي 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 الاسلامية، سلسلة الدراسات الانسانية، 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 الاسلامي والقانون الوضعي، مقال نشر بالمجلة الاردنية في الدراسات الاسلامية، سنة 1427هـ - 2006م.
18. خالد علي سليمان بن أحمد، الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة - دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي - المجلة الاردنية في الدراسات الاسلامية، العدد 02، 2006.

19. ختام 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 لحسم منازعات التجارة الإلكترونية ( مركز الوساط الإلكتروني نموذجاً)، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الحلفة، المجلد 06، العدد 02، جوان 2021.
22. رشيد دحماني، عمار زغمي، وقف تنفيذ العقد لمصلحة المدين بين الظروف الطارئة ومهلة اليسرة، العدد 2. كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي الجزائر، 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 طنطا 2019.
25. سعاد قصعة، الوساطة الإلكترونية كوسيلة بديلة لحل النزاعات الإلكتروني، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر، المجلد 09، العدد 02، 2020.
26. سفيان بن عبد العزيز، الأساليب والمعايير الحمائية الجديدة في التجارة الدولية النشر الجديد الجامعي، تلمسان، الجزائر، 2016.
27. سميرة حصانم، الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد على العقود الدولية، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، مجلد 05، عدد 01، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2020.
28. سنقرة عيشة، فيصل التفرقة ما بين نظرية الظروف الطارئة، القوة القاهرة والحادث المفاجئ وتطبيقاتهم، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، 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. ضريفي 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 بوعرييج، ديسمبر 2019.
32. طوبال كتيبة، سميع 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 والمفاوضات الإلكترونية كوسائل بديلة لفض منازعات عقود التجارة الدولية الإلكترونية، مجلة القدس للبحوث الأكاديمية، نسخة العلوم الانسانية 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 لخضر بالوادي، الجزائر، العدد السابع، 2016.
37. عبد الوهاب الرومي، أساس انفساخ العقد - دراسة منهجية في الفقه الاسلامي والقانون المدني، بحث منشور في مجلة الحقوق، الكويت، العدد الرابع، السنة الرابعة والعشرون.
38. عبدلي حبيبة، التحكيم التجاري الدولي كحتمية لعملة النص القانوني الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 01، العدد 02، 2016.
39. عدة عليان، الالتزام بتخفيف 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. العرابوي 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 تيزي وزو، العدد 02، 2019.

44. غانس حبيب الرحمان، 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 المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 03، 2014.
47. قالي 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. المجلة القضائية، ع 02، 1991م. حكم الغرفة التجارية للمحكمة العليا بتاريخ 11\06\1990، قضية رقم 65920
49. محمد أبو زيد، المفاوضات في الاطار 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 الاسلامية، 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 الرافيدين للحقوق، المجلد 13، العدد 49، 2016.
54. محمد صلاح عبد اللاه 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 اللاه محمد، تغير الظروف وأثره على تنفيذ عقد البيع التجاري الدولي، مجلة الدراسات القانونية، العدد الثاني والأربعون الجزء الثالث كلية الحقوق، مجلة كلية الحقوق جامعة أسيوط، 2018.

56. مسعودي يوسف، الوساطة الالكترونية كآلية لتسوية منازعات الاستهلاك المبرمة بوسائل الكترونية، المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة احمد دراية، المجلد 02، العدد 02، 2018.
57. مصطفى الزرقاء - نظرة في تبعية الهالك بين الفقه الاسلامي والفقه المقارن مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الرابعة العدد الاول يناير مارس 1960.
58. منصور داود، فعالية الوساطة الالكترونية كآلية لحسم منازعات التجارة الإلكترونية، "مركز الوساطة الالكتروني square trade نموذجاً"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، مجلد 06، عدد 02، 2021.
59. منيرة جزوعة، المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف وسلطة القاضي مجلة طلبية للدراسات العلمية الأكاديمية. المجلد 4، العدد 01، جامعة الجزائر، 2021.
60. ندى عبد الكاظم حسين، القوة القاهرة المؤقتة وأثرها في تنفيذ العقد-دراسة مقارنة- مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والانسانية، المجلد 22، العدد 01، 2023.
61. هشام البخفاوي، الوسيلة البديلة التقليدية والمستحدثة لحل النزاعات التجارية، مجلة صوت القانون، المجلد 04، العدد 03، 2017.
62. ياسر باسم ذنون، القوة القاهرة وأثرها في احكام قانون المرافعات المدنية، مجلة القانون، الرافدين، مج: 10، ع: 36.
63. ياسر باسم ذنون، القوة القاهرة وأثرها في أحكام قانون المرافعات المدنية، مجلة الراقيدين 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، 2009/2008.
2. أحمد فلاح بخت العطين، المشروع المشترك وسيلة لنقل التكنولوجيا في الاردن، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون، جامعة القاهرة، 2006.
3. أحمد مروت، 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 الجليلي اليابس، سيدي 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، ص174.
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 خيضر، بسكرة، 2024/2023.
11. عادل مبارك المطيرات، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة القاهرة، 2001م.
12. عبد المجيد طيبي، مراعاة الظروف الاستثنائية في التشريع: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية: العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2020\_2019.
13. عمران علي سائح، التحكيم والقانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2005.
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 2016-2015.
16. وفاء جوهر، المسؤولية 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 وابعادها 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 الرحمان، 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 الرحمان ميرة، بجاية، 2012.
3. تياب نادية، التحكيم كآلية لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2006.
4. دعاء طارق بكر البشتاوي، 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 خليف، حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي 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 لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود المسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2012.
10. عبد الهادي 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 الهادي 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.
12. 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 بيزيت، 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. عواق صليحة، تكييف 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. نسيمه أمال حيفري، الحالات المستثناة لمسؤولية الناقل البحري، في القانون الجزائري والقانون المقارن، مذكرة لنيل 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 66-156 المؤرخ في مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة، 1966 الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

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، 25/01/1995 الجريدة الرسمية عدد، 23 الصادر بتاريخ 8 مارس 1995، المعدل بالقانون رقم 04/06، المؤرخ في 20/02/2006.

### القوانين:

1. القانون رقم 07\_05 مؤرخ في 28 افريل 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 فيفري 2008م، ج ر عدد 21 لسنة 2008.
3. القانون رقم: 131 من القانون المدني المصري، ج.ر، ع: 108 مكرر أ، المؤرخ في 16 يوليو 1948م
4. القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية المؤرخ في 23/06/2004 الجريدة الرسمية، عدد 41 المل والمتمم بالقانون 06/10 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 فيفري 2008 المعدل والمتمم بالقانون 22-13 مؤرخ في 12 يوليو 2022، ج.ر، ع: 21
7. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري الصادر بالقانون رقم 13 لسنة 1968.
8. القانون رقم 08-09 المتضمن الإجراءات الإدارية والقانونية، المؤرخ 25 فبراير 2008، جريدة رسمية، العدد 21، 2008.

### الاجتهاد القضائي

1. قرار رقم: 127/1م/76 الصادر عن محكمة التمييز الاتحادية العراق، بتاريخ: 17/03/1976م
2. قرار تحكيم 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: 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، 1999/10/24 ملف رقم 191705، المجلة 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 أُلقيت 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 القيت على طلبة الدراسات العليا، 1982-1983، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.
3. معداوي نجية، محاضرات في مقياس عقود التجارة الدولية (أُلقيت على طلبة السنة الأولى ماستر)، جامعة البلدة 02 -لونيسى علي-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، تخصص قانون أعمال، السنة الجامعية 2022-2023.

#### سابعا: المراجع بالأجنبية

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](http://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 [dz.grfnystie.www](http://dz.grfnystie.www).



## رابعاً: فهرس الموضوعات

|    |   |
|----|---|
| أ  | مقدمة   |
|    | الفصل التمهيدي:<br>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 الفقهي  |
| 7  | ثالثاً: التعريف التشريعي  |
| 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 | أولاً: التعريف   |
| 21 | ثانياً: شروطها وعناصر قيامها                           |
| 23 | ثالثاً: 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 شرعاً وقانوناً |
| 27 | أولاً: عند فقهاء الشريعة الإسلامية                     |
| 28 | ثانياً: في التشريعات الوضعية                           |
| 29 | ثالثاً: معيار دولية عقود التجارة الدولية               |
| 32 | الفرع الثاني: أهمية عقود التجارة الدولية               |
| 33 | الفرع الثالث: أنواع عقود التجارة الدولية               |
| 33 | أولاً: في الفقه الإسلامي                               |
| 35 | ثانياً: في التشريعات الوضعية                           |
| 39 | المطلب الثاني: مراحل إبرام العقد التجاري الدولي        |
| 40 | الفرع الأول: مرحلة المفاوضات                           |
| 40 | أولاً: تعريف المفاوضات                                 |
| 41 | ثانياً: الالتزامات والمسؤولية خلال مرحلة التفاوض       |
| 43 | الفرع الثاني: مرحلة صياغة وتحرير عقود التجارة الدولية  |
| 43 | أولاً: أحكام صياغة عقود التجارة الدولية                |
| 43 | ثانياً: 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  |
| <p style="text-align: center;"><b>الفصل الأول:</b></p> <p style="text-align: center;"><b>الآثار الشرعية والقانونية المترتبة عن القوة القاهرة على عقود التجارة الدولية</b></p> |  |
| 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 وجزاء عدم القيام به  |
| 55  | أولاً: مضمون الالتزام بالإخطار   |
| 56  | ثانياً: جزاء عدم الالتزام بالإخطار   |
| 57  | المطلب الثاني: التزام الدائن بتخفيف الضرر  |
| 57  | الفرع الأول: أساس تخفيف الضرر في الفقه الإسلامي  |
| 58  | الفرع الثاني: الأساس القانوني للالتزام بتخفيف الضرر  |
| 58  | أولاً: إرادة الأطراف كأساس للالتزام بتخفيف الضرر   |
| 60  | ثانياً: التزام الدائن باتخاذ تدابير معقولة لتخفيف الضرر  |

|    |  |
|----|--|
| 63 | الفرع الثالث: جزاء مخالفة الالتزام بتخفيف الضرر  |
| 64 | المبحث الثاني: النتائج المترتبة 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 | أولاً: آثار تعليق نفاذ العقد   |
| 83 | ثانياً: 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" والحرب أُمُودجا) |
| 86 | الفرع الأول: تكييف جائحة كورونا وآثارها شرعاً وقانوناً   |
| 86 | أولاً: التكييف الفقهي والقانوني لجائحة كوفيد وفقاً لنظرية القوة القاهرة                                |
| 90 | ثانياً: 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 | أولاً: تحديات الإثبات  |
| 95 | ثانياً: تحديات التطبيق العملي  |
| 95 | الفرع الثالث: تحديات قانونية وإقتصادية وتجارية   |
| 95 | أولاً: تحديات قانونية  |
| 96 | ثانياً: تحديات إقتصادية وتجارية  |
| 96 | الفرع الرابع: تحديات خاصة بأحداث معينة وأخرى مستقبلية  |

|  |  |
|--|--|
| 96   | أولاً: تحديات خاصة بأحداث معينة  |
| 96   | ثانياً: تحديات مستقبلية  |
| 97   | خلاصة  |
| <p style="text-align: center;"><b>الفصل الثاني:</b><br/><b>آليات تسوية منازعات عقود التجارة الدولية الناجمة عن القوة القاهرة</b></p> |  |
| 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 إرادة 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: خلال 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 | أولاً: التحكيم في الفقه الإسلامي                                |
| 120 | ثانياً: تعريف التحكيم في التشريعات الوضعية                      |
| 123 | الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم                         |
| 123 | أولاً: الطبيعة الاتفاقية للتحكيم ( النظرية العقدية )            |
| 125 | ثانياً: الطبيعة القضائية للتحكيم ( النظرية القضائية )           |
| 125 | ثالثاً: الطبيعة المركبة للتحكيم ( النظرية الثنائية – المختلطة ) |
| 126 | رابعاً: نظرية استقلال التحكيم                                   |
| 127 | الفرع الثالث: مزايا وعيوب التحكيم                               |
| 127 | أولاً: مزايا التحكيم  |
| 129 | ثانياً: عيوب التحكيم  |
| 131 | الفرع الرابع: أنواع التحكيم التجاري الدولي                      |
| 131 | أولاً: التحكيم الحر   |
| 132 | ثانياً: التحكيم المؤسسي   |
| 132 | ثالثاً: التحكيم بالقانون  |
| 132 | رابعاً: التحكيم بالصلح  |
| 133 | المطلب الثاني: إجراءات التحكيم التجاري الدولي                   |

|     |   |
|-----|---|
| 133 | الفرع الأول: الإطار المكاني والزمني لإجراءات التحكيم                |
| 133 | أولاً: النطاق المكاني لإجراءات التحكيم                              |
| 136 | ثانياً: 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 | أولاً: التعريف التقليدي للوساطة الإلكترونية                         |
| 148 | ثانياً: التعريف الحديث للوساطة الإلكترونية                          |
| 150 | ثالثاً: تمييزها عن المصطلحات المشابهة                               |
| 152 | الفرع الثالث: خصائص الوساطة الإلكترونية                             |
| 153 | أولاً: التقنيات المستعملة في الوساطة الإلكترونية                    |
| 153 | ثانياً: أطراف الوساطة الإلكترونية                                   |
| 153 | ثالثاً: خصوصية معاملات الوساطة الإلكترونية                          |
| 153 | رابعاً: غياب الشروط الشكلية   |
| 154 | الفرع الرابع: الشروط المتطلب توافرها في الوسيط                      |



|         |  |
|---------|--|
| 155     | الفرع الخامس: الآثار الإيجابية والسلبية للوساطة الإلكترونية      |
| 155     | أولاً: الآثار الإيجابية  |
| 158     | ثانياً: الآثار السلبية   |
| 159     | المطلب الثاني: أحكام 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، وتتميز 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 تشريعي بالغ 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 بوجوب بأداء كل طرف من أطراف للالتزامات التي يترتبها العقد المبرم، وذلك وفق الآجال المحددة، مما يثير جملة من الإشكالات ولعل من أهمها تلك الإشكالية المتعلقة بمدى تأثير عقود التجارة الدولية بالقوة القاهرة، وقد عاجلت الدراسة هذا الإشكال بدءا من تحديد مفهوم القوة القاهرة وعقود التجارة الدولية، ووصولاً إلى إبراز أهم الآثار الشرعية والقانونية للقوة القاهرة على عقود التجارة الدولية من انفساخ 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، انفساخ 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 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:**

| <b>Name and First Name</b>       | <b>Scientific<br/>Rang</b> | <b>Function</b>                    | <b>Original University</b>                              |
|----------------------------------|----------------------------|------------------------------------|---|
| <b>Pr.Kamel Ladraa</b>           | <b>Professor</b>           | <b>Chairman</b>                    | <b>Amir Abdelkader<br/>University-Constantine</b>       |
| <b>Pr. Souad Kassaa</b>          | <b>Professor</b>           | <b>Supervisor<br/>and Reporter</b> | <b>Amir Abdelkader<br/>University-Constantine</b>       |
| <b>Pr.Dalila chaib</b>           | <b>Professor</b>           | <b>Member</b>                      | <b>Amir Abdelkader<br/>University-Constantine</b>       |
| <b>Dr. Hisham Aliwash</b>        | <b>MCA</b>                 | <b>Member</b>                      | <b>Amir Abdelkader<br/>University-Constantine</b>       |
| <b>Pr.El khamza<br/>Medkoure</b> | <b>Professor</b>           | <b>Member</b>                      | <b>Hadj Lakhdar University –<br/>Batna 01</b>           |
| <b>Pr.Elkahina Zouaoui</b>       | <b>Professor</b>           | <b>Member</b>                      | <b>Mentouri Brothers<br/>University – Constantine01</b> |

**Academic Year: 1446-1447 A.H. / 2025-2026 A.D.**