بحث مستخلص من رسالة دكتوراة

بعنوان إعادة التفاوض لمعالجة تغير الظروف في العقود الإدارية

الباحث: أحمد مصطفي محمد منصور العجوز

اشراف أ.د محمد عبد الواحد الجميلي

٢٠١٧

تقديم وتمهيد

تتميز العقود الإدارية وبصفة خاصة عقود الإمتياز بطول مدة تنفيذها، هذه المدة التي يرجع تحديدها إلى إرادة الأطراف ورغبتهم في تحقيق نوعاً من الإستقرار في معاملاتهم.

ونظراً لأن هذه العقود تحتاج لتنفيذها فترة من الزمن قد تمتد لسنوات عديدة مما يجعل تنفيذ مثل هذه العقود في بعض الأحيان عرضة لتقلبات وتغيرات الظروف، ونتيجة لهذه الظروف قد توثر علي الإلتزامات التعاقدية، الأمر الذي يؤدي إلي صعوبة التنفيذ وإلحاق ضرراً فادحاً بالمتعاقد لا يستطيع تحمله أو ينتج عنها إستحالة التنفيذ .

وأمام تأثير هذه الظروف وجب البحث عن وسائل لمعالجة تأثيرها بحيث تحقق التوازن العقدي من ناحية وإستمراريته، ومن ناحية أخري المصلحة العامة المبتغاة من جانب الإدارة في هذه العقود.

وتتنوع هذه الوسائل بين ما هو إتفاقي بين أطراف العقد مثل شرط إعادة التفاوض واللجوء للتحكيم، وما هو قانوني مثل تطبيق نظريات الظروف الطارئة عمل الأمير، الصعوبات المادية غير المتوقعة، والقوة القاهرة.

يعد مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ الرئيسة التي تحكم العلاقات العقدية وذلك نزولاً على مبدأ آخر مفاده أن العقد شريعة المتعاقدين، ذلك المبدأ الذي تم النص عليه صراحةً في معظم النظم القانونية. حيث نصت الفقرة الأولى المادة (١٤٧) من القانون المدني المصري الصادر في ١٩٤٨/٧/٢٩ على أن: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ، كما نصت المادة ١١٣٤ من التقنين المدني الفرنسي Code civil على أن الإتفاقات التي تمت على وجه قانوني تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها.

ولايمكن إلغاءها إلا باتفاق وتراضى الطرفين أو في الحالات التي يسمح بها القانون، كما يجب أن تنفذ تلك الإتفاقات بحسن نية[١].

وتخضع العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها شأنها في ذلك شأن جميع العقود لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، وأن تنفيذه يجب أن يكون طبقاً لما اشتملت عليه نصوص وما تضمنته أحكامه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

وبالرغم من ذلك نلاحظ أن الواقع العملي يشير في عديد من المناسبات أن هذا المبدأ الخلاق قد يؤدى إلى نتائج تتعارض مع الروح التي أملت وجوده. هذا المبدأ الذي يعكس العدالة الطبيعية والمتطلبات الإقتصادية التي تقضى بأن إلزام كل طرف لحماية الطرف الآخر لا يمكن أن يستمر على هذا النحو إذا ما تغيرت الظروف ضمنياً وحدث ما لم يكن في الحسبان. لذلك كان لابد من وجود مبدأ مقابل أطلق عليه Robus Sic Stantibus، مقتضاه أن العقد إنما يقوم على شرط مبرم بين المتعاقدين يجعل بقاءه منوطاً ببقاء الظروف التي أبرم في ظلها قائمة[٢].

من هنا تبرز أهمية إعادة التفاوض في حالة تغير الظروف، وتوضيحاً لذلك

---

(1) "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi". مشارإليه لدي.د.محمد أبوبكر عبد المقصود،النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض في العقود الإدارية،دار النهضة العربية،القاهرة، ٢٠١٣ ص٣

وراجع في ذلك:

HUJO (Ph.), Force Majeure et Imprévision: Une Analyse Comparatiste entre le Droit français, le Droit Anglais et le Droit Allemande, GRIN Verlag, 2008, P. 19.
DEROUSSIN (D.) & GARNIER (F.), Passé et Présent du Droit, Editions Le Manuscrit, 2009, P. 157.

(٢) **د/ عصام الدين مختار القصبي**، القوة القاهرة والأزمة المالية العالمية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٣.

سنقسم هذا البحث إلي ثلاثة مباحث، نتحدث الأول عن الوصف التعاقدي لشرط إعادة التفاوض أما المبحث الثاني نوضح فيه ضوابط إعمال شرط إعادة التفاوض ونتم الثالث بتوضيح الآثار المترتبة علي إعمال شرط إعادة التفاوض وذلك علي النحو التالي:

المبحث الأول

الوصف التعاقدي لشرط إعادة التفاوض

تمهيد وتقسيم

إذا كانت المفاوضات التي تتم وقت إبرام العقد الإداري ذات أهمية من أجل إحداث توازن مالي للعقد بين طرفيه فإنها لا تقل أهمية في مرحلة تنفيذ ذلك العقد، وبصفة خاصة في حالة تغير الظروف، لذا يلجأ أطراف العقد بإدراج شرط إعادة التفاوض بين بنوده في حالة تغير تلك الظروف.

ويمكن تعريف شرط إعادة التفاوض بأنه شرط يتفق طرفي العقد على إدراجه في العقد يُسمح بمقتضاه للمتعاقدين بإعادة النظر في شأن تعديل الإلتزامات التعاقدية إذا وقعت ظروف معينة أثناء تنفيذ العقد تجعل تنفيذ الإلتزامات بالنسبة لأحد المتعاقدين مرهقاً ويكون من شأنها الإخلال باقتصاديات العقد التي كانت موجودة في العقد عند إبرامها أو كانت متوقعة من الدخول في العقد(٣).

كما يمكن تعريفه بأنه شرط يدرجه الأطراف في العقد ويتفقون فيه علي إعادة التفاوض فيما بينهم عندما تقع أحداث من طبيعة معينه يحددها الأطراف في العقد، سواء في نفس الشرط الوارد بالعقد أو في اتفاق منفصل، وتكون هذه الأحداث مستقلة عن إرادتهم وتوقعاتهم عند إبرام العقد، ويكون من طبيعتها الإخلال بتوازن العقد وإصابة أحد المتعاقدين بضرر فادح(٤).

---

(3) **SALACUSE(J.W.),** The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital, Oxford University Press, 2013, P. 283

(٤) أنظر في هذا التعريف:

الهدف الذي يسعي إلي تحقيقه هو تعديل أحكام العقد بطريق إعادة التفاوض بين الأطراف حتى يتمشي مع الظروف الجديدة وإزالة عدم العدالة بين الالتزامات التي تسببت فيها هذه الظروف(٥).

فهو شرط تعاقدي أو إتفاقي لأن مضمونه يتوقف علي ماإتفق عليه أطراف العقد، ولذا نلاحظ أن شروط إعادة التفاوض "Hardship" التي ترد في العقود تأتي بشكل مفصل(٦). يوضح فيه الأطراف مفهوم الشرط، والأحداث التي يواجهها وأثرها علي العقد، والحلول التي سيتبعها الأطراف في حالة وقوع هذه الأحداث(٧).

وتأكيداً على أهمية آلية إعادة التفاوض فقد نص مشروع مدونة الأمم المتحدة لقواعد سلوك الشركات عبر الوطنية لعام ١٩٨٣ في أحكامه الخاصة بمراجعة العقود وإعادة التفاوض بشأنها (الفقرة ١١) على أنه "ينبغي التفاوض بشأن العقود

OBETD (G.), Le calcul du prix dans les contrats internationaux, th. Montepepellier1, 1990, p.254 ; **GOLDMAN (B.)** La lex mercatoria dans lex contrats et l, arbitrage internationaux réalité et perspectives JDI, 1979, p. 488 ; **ABDUL MUNIM H. (A.)**, La protection de l, acheteur dans la vente de marchandises en droit du commerce international, th., Rennes, 1991, p. 357.

(5)**FonTAINE**(**M.**) , Droit de contrats international Analyse et redaction , clauses1989, p.299: **OPPETIT (B.),** L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstanstances., op.cit., p.797, **FOUCHARD (Ph.),** L'adaptation des contrats a la conjoncture économique, Rev.arb., 1979, p.1979, p.71.

(6) **PAULSSON (J.),** L'adaptation du contrat, in "L'arbitre et le contrat", Jounee d'étude, organisée a Paris, le 12 Janv.1984 par la comite française de l'arbitrage, rev.arb. 1984, p. 249.

(7) **BARBIERI (J.-J.),** Op.cit., p.465

٤.د.محمد ابو بكر عبد المقصود،النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض في العقود الإدارية ، مرجع سابق ،ص ٩

بين الحكومات والشركات عبر الوطنية وتنفيذها بحسن نية. وينبغي أن تدرج في هذه العقود عادة ولاسيما في العقود الطويلة الأمد منها بنود تنص على المراجعة أو إعادة التفاوض. وإذا لم تكن تلك البنود موجودة وحدث تغيير جوهري في الظروف التي كانت أساس العقد أو الإتفاق فإنه يجب على الشركات عبر الوطنية أو ينبغي لها، وهى تتصرف بحسن نية أن تتعاون مع الحكومات في مراجعة ذلك العقد أو الإتفاق أو إعادة التفاوض بشأنه. وينبغي أن يخضع مراجعة تلك العقود أو الإتفاقات أو إعادة التفاوض بشأنها للقوانين الوطنية ومبادئ

القانون الدولي ذات الصلة ".(٤)

وقد يدرج شرط إعادة التفاوض في العقد بصورة مجملة أو عامة دون تحديد للأحداث والظروف لحادث معين، ويجب إبلاغ الطرف الآخر بوقوع هذا الحادث أو ذلك الظرف لكي يبدءوا في عملية التفاوض التي تسمح بإعمال شرط إعادة التفاوض، وأثناء عملية التفاوض يقدر أطراف عملية التفاوض ما إذا كانت شروط إعمال شرط التفاوض متوافر في كل حالة على حدا أم لا، مثل الشرط الوارد في العقد المبرم بين شركة (شل) وحكومة غانا عام ١٩٧٤، حيث تم إدراج هذا الشرط على الصورة الآتية: "إذا حدث خلال فترة نفاذ هذا الإتفاق أحداث من شأنها أن تحدث تغييرات في الظروف المالية والإقتصادية المتعلقة بصناعة البترول وظروف التشغيل وظروف التسويق، وتؤثر بصفة عامة في القاعدة المالية والإقتصادية الأساسية لهذا الإتفاق فيعاد النظر في أحكام هذه الإتفاقية أو التفاوض من أجل إجراءات التعديلات المنطقية التي تراعى رأس المال المستخدم والمخاطر المترتبة، شريطة أن تكون التسويات والتعديلات في خلال خمس سنوات بعد بدء إنتاج النفط...)[٨].

---

(٨) انظر: **AL FARUQUE, Stability(A.)** in Petroleum Contracts: Rhetoric or Reality, (unpublished PHD Thesis) CEPMLP, University of Dundee, 2005, P. 95.

ومثال على ذلك أيضاً الإتفاق المبرم في عام ١٩٩٩ بين أذربيجان وجورجيا وتركيا بشأن خط الأنابيب الرئيسي لتصدير النفط الرابط بين باكو وتبليسى وجيهان، وتنشئ المادة السادسة من هذا الإتفاق لجنة تنفيذ حكومية مشتركة، وحسب الفقرة ٢ من المادة السادسة، تتلخص مهمة هذه اللجنة فى توفير منتدى للتشاور بين كل من الأطراف الحكومية فى الإتفاق والمستثمرين فى المشروع بغية تقديم المساعدة الفعالة والفورية فى تنفيذ مشروع خط الأنابيب إضافة إلى حل أية تعقيدات أو مسائل أو مشاكل أو منازعات قد تنشأ بخصوص الإتفاق عن حسن نية أو مناقشة أي أمر بتأويل الإتفاق أو سريانه أو تنفيذه(٩). وهذا بند مهم، إذ إنه يبدو واسعاً بما فيه الكفاية ليتيح مراجعة بعض أحكام الإتفاق وربما إعادة التفاوض بشأنها مع المستثمرين في المشروع.

وفي المقابل- وهو الأفضل- يرد بند إعادة التفاوض بصورة مفصّلة، سواء من حيث الأحداث التي تستدعى إعادة التفاوض أم من حيث حجم الضرر الناجم عن تلك الأحداث أم من حيث المدة التي يجب إعمال شرط إعادة التفاوض خلالها.

والجدير بالذكر أن فعالية شرط إعادة التفاوض يتطلب تحديد المسائل المتعلقة بالتفاوض بشكل دقيق بحيث يكون شرط إعادة التفاوض مدرجاً بصورة تفصيلية تبعد المتعاقدين عن حالة عدم اليقين التي يمكن أن يسببها الشرط، ويعرض أهم المسائل التي يجب ذكرها في الشرط ما يلي:

١- تحديد الأحداث التي توجب إعادة التفاوض بشكل تفصيلي مع بيان دقيق للمقصود بكل حدث من تلك الأحداث.

٢- تحديد المضمون الدقيق للإلتزامات التعاقدية لطرفي العقد فيما يتعلق بإعادة

---

(٩) انظر:
http://www.caspiandevelopmentandexport.com/Downloads/BTC/Eng/agmt4/agmt4.PDF.

التفاوض، وخاصةً:

- مسألة مدى الإلتزام ببدء التفاوض والدخول في المفاوضات لإعادة التوازن الإقتصادي للعقد، وما هو الأثر المترتب على عدم تنفيذ هذا الإلتزام.
- مسألة مدى الالتزام بالتواصل لنتيجة معينة من إعادة التفاوض.

٣- تحديد ما إذا كان أطراف العقد هم الذين سيقومون بعملية التفاوض أم سيكون إعادة التفاوض من قِبل محكمة تحكيم معينة وسلطة محكمة التحكيم في تكييف العقد.

٤- تحديد المدة التي يبدأ خلالها إعمال شرط إعادة التفاوض.

٥- الآثار المترتبة على بدء تطبيق شرط إعادة التفاوض من حيث أثر ذلك على تنفيذ العقد(١٠).

وتكمن أهمية التحديد الدقيق لشرط إعادة التفاوض في أمرين: الأول أنه يحقق الإستقرار في العقد ويبعده عن النزاعات المتعلقة بتفسير هذا الشرط، أما الأهمية الثانية فتتحدد في أن تطبيق شرط إعادة التفاوض يكفل الحفاظ على العقد قائماً على الرغم من إختلال اقتصادياته، وهو ما يعود بالفائدة على كل من الدولة والمستثمر في ذات الوقت، فالعقد سيظل قائماً مما يحقق مصلحة الدولة في التنمية الإقتصادية باعتبار أن تلك العقود هي أداة مهمة للإقتصاد القومي، وفي ذات الوقت يحقق مصلحة المتعاقد مع الدولة في أنه يضمن إستمرار الحصول على الربح الذي توقعه من العقد بعد أن تم إقالته من عثرته.

وأري أنه إذا كان المفهوم الإتفاقي للشرط يقدم هذه المزايا إلا أنه يتولد عنه صعوبات في التطبيق نظراً لعدم وجود مفهوم قانوني موحد للشرط فإن تطبيقه

---

(١٠) انظر:

. BERGER,(K. P) P. R., P. 1347.

يتطلب إتفاق الأطراف عليه صراحة في العقد، فلا ينطبق الشرط دون النص الصريح عليه من جانب الأطراف. لذا فإنه يستلزم بجانب النص الصريح من جانب الأطراف التنظيم الدقيق لكل عنصر من عناصره.

وتنقسم الشروط التي يمكن أن يستخدمها الأطراف المتعاقدة لحماية أنفسهم من التقلبات التي تؤثر علي ثبات العلاقة التعاقدية بصفة عامة إلي شروط مراجعة، وشروط تعديل.

وتنقسم شروط المراجعة إلي نوعين: شروط المراجعة الجزئية، révision Clauses de Partielle"[١١]، وهي التي تسمح بمراجعة الأطراف لأي شرط من شروط العقد يتم إختياره بإرادة الأطراف، ويعتبر شرط مراجعة الثمن هو أكثر هذه الشروط إنتشاراً[١٢]. أما النوع الثاني من هذه الشروط هي شروط المراجعة العامة révision Clauses de générales"[١٣]. وهي التي تسمح للأطراف بأن يتقابلوا لمناقشة الشروط عادة كل عناصر العقد. ويعتبر شرط إعادة التفاوض Hardship أبرز هذا النوع من الشروط.

أما **شروط تعديل العقد** Les Clauses de d'adaptation du contrat[١٤] والتي يطلق عليها البعض شروط الحفاظ علي القيمة " Clauses de maintien Les de la valeur[١٥].

ويمكن تعريف هذه الشروط بأنها شروط تسمح بإعادة توزيع المخاطر المالية بين الأطراف بشكل تلقائي[١٦]. وتؤدي هذه الشروط إلي تعديل العقد أو تعديل أحد

(11) KAHN (PH.) Lexmercatoria et pratique des contrats internationaux : l, expérience françaises in le contrat international. . p.195,

(12) KAHN (PH.). Op.cit. 468.

(13) KAHN (PH.).OP.CIT. P. 468.

(14) **SILARD (S.A),** Clauses de maintien de l'avaleur dans Les transactions internationales J.D.I. 1972. P.213.

(15) **SILARD (S.A),** Op.cit., 214

(16) **DURAND (P.)**, L.G.D.J. 1960. Op.cit. P., 210.

شرطه إذا وقعت ظروف معينة حددها الأطراف في عقدهم مثل تغيرات في التكلفة أو الثمن أو في الأجور أو العملة التي سيتم الدفع بها وفقاً لمؤشر معين حدده الأطراف في العقد(١٧).

الفرق بين المراجعة والتعديل:

إذا كان كلا من النوعين من الشروط يهدف إلي تعديل العقد حتى تتماشي مع الظروف الجديدة التي أثرت في تنفيذ العقد فإن الفارق يكمن في أمرين، الأول طريقة إعمال التعديل، أما الثاني مقدار هذا التعديل، ونبدأ أولاً بطريقة إعمال التعديل.

أولاً: طريقة إعمال تعديل العقد:

يتم تعديل أحكام العقد بشكل تلقائي بحسب الطريقة التي إتفق عليها الأطراف من البداية(١٨). وصورة هذا الشرط هي: يتفق الأطراف عند إبرام العقد أو بعد ذلك علي أنه لو حدث تغيير في قيمة العملة التي يتم الدفع بها أو تكلفة المواد الأولية بنسبة معينة، يتعدل الثمن بشكل تلقائي دون تدخل من إرادة الأطراف ودون حاجة إلي إعادة تفاوض جديد بينهما.

أما تعديل العقد وفقاً لشروط المراجعة: يتفق الأطراف علي أنه عند وجود تغيرات في العملة أو المواد الأولية المستخدمة بنسبة معينة أو تغيير جزري بالنسبة للظروف، يلتزم الأطراف بإعادة التفاوض في بنود العقد بهدف التوصل لحل ودي مناسب يواجهون به هذا التغيير(١٩).

---

(17) **KNOEPFLER (F.)**, Op.cit, P. 20.

(18) **CORNU (G.)**, La clause d'indexation, RTD. CIV., 1966, p. 271.

(١٩) قرار التحكيم الصادر في القضية رقم ٢٤٧٨لسنة ١٩٧٤وارد في المجموعة الأولى من القرارات ص٢٣٤- ٢٣٥؛ الأستاذ ديران DERAINS (Y)

ثانياً: قدر التعديل:

يكمن الفارق الثاني بين شروط التعديل و شروط المراجعة في مقدار التعـــديل الذي قد يتوصل إليه الأطراف: ففي شروط التعديل الذي تكون نسبته محددة ســـلفا من قبل الأطراف وهي تقاس عادة بنسبة الزيادة في قيمة العملات أو في المـــواد الأولية، أو نسبة الضرائب المفروضة يكون محدود بشكل دقيق، ولا يثور بصدده خلاف بين الأطراف ، مثل إتفاق الأطراف في حالة زيادة قيمة المـــواد الأوليـــة بنسبة ١٠% تكون زيادة السعر بنسبة ٧%

أما شروط المراجعة فيتوقف مقدار التعديل بالدرجة الأولى علي ما يتوصـــل إليه الأطراف، وقد يتوصلون إلي فسخ العقد.

ولذا فإن شرط الإلتزام بإعادة التفاوض يعتبر المظهر الذي يميز بشكل جذري شروط المراجعة وخاصة شرط "إعادة التفاوض" عن شروط التعديل(٢٠).

وقد أكدت هذا الفارق محكمة District الأمريكية في حكمها الـــصادر فـــي قضية South Western الذي فحصت فيه الإدعاء الـــذي قدمتـــه ضـــد شـــركة Burlington Northern (خدمات السكة الحديد) الذي يربطها بها عقـــد توريـــد بترول لمدة ٢٥ عاما، والذي إحتوي علي شرط "إعادة التفاوض" Hardship، وقد تمسكت الشركة الموردة بهذا الشرط حتى تتوصل إلي التفاوض مع Burlington Northern علي إعادة تعديل العقد

وإزاء رفض Burlington Northern الإقتراح المقدم من الشركة المـــوردة ،قامت هذه الشركة بإعلان تعريفة جديدة من تلقاء نفسها .

ركزت المحكمة في حيثيات حكمها علي عنصر إعادة التفاوض الذي يفرضه الشرط، وأن إعلان تعريفة جديدة من جانب واحد يخالف طبيعة الشرط بقولها " لو

(20) LE. FICHANT (F., l,obligation de negoclation en droit prive,th., Rennes1 1991, p.133.

أن Burlington Northern إفترضت أن التعريفة المحددة كمؤشـــر أو دليـــل لا تكفي، فعليها أن تتفاوض مع الشركة الأولي لإيجاد تعريفة جديدة تطبيقـــاً لـــشرط Hardship. أما إعلانها تكلفة جديدة لم تكن مقبولة مـــن SouthWester، فـــإن Burlington Northern قد تصرفت علي وجه يخالف الإتفاق المبرم بينهما"[٢١].

المبحث الثاني

ضوابط إعمال شرط إعادة التفاوض

تمهيد وتقسيم

يُشترط لإعمال شرط إعادة التفاوض وقوع حدث معين بعد إبرام العقد لايد للمتعاقد فيه ولا يمكن توقعه أو دفعه، ويترتب على هذا الحدث إختلال جسيم باقتصاديات العقد، بحيث يكون تنفيذه مرهقاً للمتعاقد. وبالتالي يشترط لإعمال شرط إعادة التفاوض ضوابط معينة في الحدث، وضوابط أخرى في الأثر المترتب على الحدث، لذا سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلي فرعين نبين في الفرع الأول الضوابط الواجب توافرها في الحدث، ونبين في الثاني الضوابط المتعلقة بأثر الحدث على توازن العقد وذلك علي النحو التالي:

المطلب الأول

الضوابط الواجب توافرها في الحدث

يتطلب إعمال شرط إعادة التفاوض وجود ضابطين أساسيين في الحدث الذي أخل بتوازن العقد، الأول أنه لا يمكن توقعه أو دفعه والثاني إســـتقلاله عـــن إرادة المتعاقدين.

---

(٢١) حكم محكمة District Est du Texas لسنة ١٩٧٩، مشار إليه لدى:

. **ULL MANN (H.)** Droit et pratique des clauses de Hardship dans Las systeme Juridique American , R.D. -1988- p.897.

أولاً: عدم إمكانية توقع الحدث:

يتضمن كل عقد قدراً معيناً من المخاطر يقبلها الأطراف عند إبرام العقد،يطلق عليها المخاطر العادية aléa normales هذا النوع يظهر في الحياة الإقتصادية،وبصفة خاصة عندما يتعلق الأمر بمعاملات مالية يسود فيها الحذر واستخدام التكنولوجيا المتقدمة في إعداد الإحصائيات والدراسات الأزمة قبل إبرام التعاقد(٢٢).

ويُشترط لإستفادة المتعاقد الذي أصيب بأضرار فادحة نتيجة وقوع الحدث أو الظرف ألا يكون وقوع هذا الحدث متوقعاً وقت إبرام العقد، لأنه لو كانت تلك الظروف متوقعة عند إبرام العقد، فكان في وسعه أن يأخذها في الإعتبار في ذلك الحين، ومن ثم لا يجوز له التمسك بها بعد إبرام العقد.

ويثور التساؤل حول مفهوم عدم توقع الحدث، حيث يكون تقدير عدم التوقع لكل حالة علي حدة.وقد يتم هذا بشكل متشدد، وقد يتم بشكل مرن،حيث كان التقدير المتشدد سائداً في القضاء الوطني لمدة طويلة الذي كان يفسر عدم التوقع باستحالة التوقع Impossibilité de prévoir، فالأحداث غير المتوقعة في ظل هذا المفهوم هي الأحداث المستحيلة الوقوع.

وتطبيقاً لهذا عبرت محكمة النقض الفرنسية عن هذا المفهوم المتشدد لعدم التوقع بقولها" إن الحدث غير المتوقع هو الحدث الذي يكون مستبعداً من كل توقع إنساني"(٢٣). ومازالت محكمة النقض الفرنسية تتمسك بهذا المفهوم حتى في بعض أحكامها الحديثة نسبياً فقد قضت في أحد أحكامها عام ١٩٨٩ بأن " عدم التوقع يعني إستحالة وقوع الحدث، فكل حدث ممكن وقوعه يكون متوقعاً"(٢٤).

---

(22) Cuor d'appel de Lyon, 5 Juillet 1951, D. 1952, p.37.

(٢٣) أنظر في هذا المفهوم: LEBRQUIER (Y.),Op. cit., p.39

(24) Cass. Civ 1ere ch., 31may 1989, Bull. Transp. 1989, p. 513

وتتبني هذا المفهوم أيضاً بعض أراء الفقه[٢٥] وأحكام القضاء المصري وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن" القوة القهرية بالمعني الوارد في المادة ١٦٥ من القانون المدني تكون حرباً أو زلزالاً أو حريقاً، كما يمكن أن تكون أمراً إدارياً واجب التنفيذ بشرط أن تتوافر فيه إستحالة التوقع وإستحالة الدفع ."

وترتيباً على ذلك فإنه يتعين أن تقع الأحداث بعد إبرام العقد كشرط مفترض بإعتبار أن تلك الأحداث لو وقعت قبل إبرام العقد، فإنها كانت ستكون محوراً للتفاوض عند إبرام العقد.

كما يمكن التمسك بإعمال شرط إعادة التفاوض على الرغم من أن الحدث وقع قبل إبرام العقد أو توقع المتعاقد وقوعه، وكانت نتائجه غير متوقعة بالنسبة له، أو تفاقمت النتائج بصورة لم تكن في الحسبان.(٢٦)

وهكذا، فإذا وقع الحدث بعد إبرام العقد ولم يكن في وسع المتعاقد توقعه أثناء التعاقد، فإنه يمكنه التمسك بإعمال شرط إعادة التفاوض، ولكن بشرط ألا يكون بمقدوره دفع الحدث أو تجنب آثاره الضارة، لأنه لو أمكنه دفع الحدث أو تجنب الآثار الضارة الناجمة عنه أو التقليل منها، وعلى الرغم من ذلك تخاذل في إتخاذ الإجراءات الكفيلة بذلك، فإنه يعد مخطأً، وبالتالي لا يجوز له الإستفادة من شرط إعادة التفاوض[٢٦].

---

(٢٥) نقض مدني، جلسة ١٩٧٦/١/٢٩، الطعن رقم ٤٢٣ لسنة ٤١ قضائية، مجموعة أحكام المكتب الفني، السنة ٢٧، ص٣٤٣.

٢٦د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني ، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات القانونية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧، ص١٩٨.

(26)**ERKAN (M.)** International Energy Investment Law: Stability Through

ويعد التأكد من مدى إمكانية المتعاقد في توقع الحدث أو تجنب آثاره من المسائل التي تدخل في تقدير القاضي أو المحكم، حيث يعد هذا الشرط غير متوافر إذا ثبت أن الشخص العادي في نفس ظروف المتعاقد كان يمكن توقع الحدث أو إمكانية دفعه(٢٧).

وفي هذا الخصوص نصت المادة (٦-٢-٢) من مبادئ يونيدروا ٢٠١٠ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية على ضرورة توافر مجموعة من الشروط في الحدث الذي يكون سبباً لإعادة التفاوض، حيث جاء نصها على النحو الآتي:

"تتوافر إعادة التفاوض إذا وقعت أحداث تخل بصورة جوهرية بتوازن العقد إما برفع تكاليف التنفيذ من 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- ألا يمكن أخذ هذه الأحداث في الحسبان بصورة معقولة من قبل الطرف الذي تعرض لها عند إبرام العقد.

جـ- أن تكون هذه الأحداث خارجة عن سيطرة الطرف الذي تعرض لها.

د- ألا يكون الطرف الذي تعرض لهذه الأحداث قد تحمل بخطر وقوع هذه الظروف.

ولقد نصت على الحكم ذاته مبادئ قانون العقود الأوربي في نص المادة (١١١: ٦) حيث نصت الفقرة الثانية على أنه "ومع ذلك إذا أصبح تنفيذ العقد يشكل عبئاً ثقيلاً بسبب تغير الظروف فيجب على الأطراف الدخول في مفاوضات

Contractual Clauses, Kluwer Law International, 2011, P. 178.
(27) **ERKAN (M.)** P. R., P. 182.

بهدف تكييف العقد أو إنهائه، بشرط أن: ... ب – يكون إحتمال وجود تغير في الظروف غير متوقع وقت إبرام العقد".(١)

ثانياً: إستقلال الحدث عن إرادة المتعاقدين:

يُشترط لإعمال شرط إعادة التفاوض إستقلال الحدث الذي أثر على اقتصاديات العقد عن إرادة المتعاقد المضرور، وبالتالي إذا كان وقوع الحدث راجعاً إلى المتعاقدهنا يكون سيء النية، وبالتالي لا يمكن الإستفادة من آلية إعادة التفاوض المنصوص عليها في العقد[٢٨]. وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة (٦) من المادة (٦-٢-٢) من مبادئ يونيدروا ٢٠١٠ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية "أن تكون هذه الأحداث خارجة عن إرادة الطرف الذي تعرض لها".

والواقع أن إشتراط أن يكون الحدث أجنبياً عن المتعاقد المضرور لكي يمكنه إعمال شرط إعادة التفاوض أمر منطقي ويتفق مع مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات، ذلك المبدأ الذي يعد تطبيقه من النظام العام، حيث لا يجوز لأطراف العقد إستبعاده أو تقييده، وفي ذات الوقت يعد من المبادئ العامة التي إستقرت في ضمير الجماعة الدولية، وبالتالي هو واجب التطبيق حتى ولو لم ينص عليه في العقد، ولقد أشارت إلى هذا المبدأ صراحة المادة (١-٧) من مبادئ يونيدروا، حيث نصت على أنه "١- يلتزم كل طرف بأن يتصرف وفقاً لما يقتضيه حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية. ٢- لا يجوز للأطراف إستبعاد هذا الالتزام أو تقييده".

١-د.محمد ابو بكر عبد المقصود،النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض في العقود الإدارية ، مرجع سابق ،ص ٢٠

(٢) د. شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٢، ص ٩٧.

المطلب الثاني

الضوابط المتعلقة بأثر الحدث على توازن العقد

إذا كان شرط إعادة التفاوض يحمي العقد بالحفاظ عليه من التغيرات في الظروف الخارجية المحيطة به، فإن العبرة في نطاق تطبيق الشرط هي النتائج التي تتركها هذه الظروف في إقتصاد العقد وليس بالتغيرات في الظروف في حد ذاتها.

فقد يشهد التغير في المحيط الخارجي للعقد تغيراً جذريا في الظروف دون أن تتأثر التزامات المتعاقدين بهذا التغير، ودون أن يختل اقتصاد العقد أو توازنه، ففي مثل هذه الحالات لا نكون بصدد ظروف تستدعي تطبيق أحكام هذا الشرط.

لذا يتطلب الإستفادة من إعماله آلية إعادة التفاوض أن يؤدي وقوع الحدث إلى قلب الأساس الإقتصادي للعقد بما يسبب ضرراً فادحاً وخسارة كبيرة لأحد المتعاقدين، بحيث يصبح تنفيذ التزامات المتعاقد مرهقاً جداً.(١)

ويلاحظ أن إعمال شرط إعادة التفاوض يفترض أن الحدث أقل إخلالاً جسيماً بالتوازن المالي للعقد وجعل تنفيذ الإلتزام مرهقاً وليس مستحيلاً، لأنه لو أدى الحدث إلى جعل التنفيذ مستحيلاً لكنا أمام تطبيقه للقوة القاهرة وليس إعادة التفاوض، فإعادة التفاوض تتطلب إستمراراً للعقد[٢٩].

ولقد حددت بدقة المادة (٦-٢-٢) من مبادئ يونيدروا الضوابط المتعلقة بأثر

---

(١)مشار اليه لدى شريف محمد غنام ، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية مرجع سابق ، ص١٤٤.

(٢٩) انظر في هذا المعني:

OBID (G.), le calcul du Prix dans les contrats internationaux,th., Montepellier 1, 1990, P.802.

الحدث على إقتصاديات العقد، فنصت على أنه "تتوافر إعادة التفاوض إذا وقعت أحداث تخل بصورة جوهرية بتوازن العقد إما برفع تكاليف التنفيذ على أحد الأطراف، وإما بخفض قيمة ما يتلقاه أحد الأطراف"

وهكذا فإن المادة السابقة وضعت ضابطاً مهماً لإعمال شرط إعادة التفاوض مفاده أن يؤدي الحدث إلى الإخلال بصورة جوهرية بتوازن العقد، والإخلال الجوهري بتوازن العقد قد يكون في صورة زيادة جوهرية في تكاليف تنفيذ الإلتزامات، كالزيادة الكبيرة في سعر المواد الأولية، وقد يكون الإخلال بالتوازن العقدي في صورة إنخفاض قيمة ما يتلقاه أحد الأطراف في العقد، بحيث يصبح تنفيذ العقد لا قيمة له بالنسبة للتعاقد، والذي يمكن أن يكون راجعاً لزيادة التضخم بصورة كبيرة. وبالتالي لا يكفي لإعمال الشرط مجرد التغير البسيط في الأسعار أو في تكلفة المواد الأولية أو انخفاض الربح الناتج عن العقد المبرم بين الدولة والطرف الآخر الأجنبي.

وللتفرقة بين الإستحالة المطلقة في التنفيذ والتنفيذ المرهق للإلتزام يقدم بعض الفقه معياراً يكمن في الإجابة علي التساؤل التالي: هل مجرد بذل مجهود إضافي يكفي لتنفيذ العقود وتخطي العقبة التي يصطدم بها هذا التنفيذ؟ إذا تمثلت الإجابة بالإيجاب فلا نكون بصدد إستحالة مطلقة في التنفيذ ويتعلق الأمر في هذه الحالة بخلل في الأساس الإقتصادي للعقد يثير شرط إعادة التفاوض أو الظروف الطارئة(٣٠).

وهكذا خلصنا مما سبق إلى أنه يلزم للقول بإعمال شرط إعادة التفاوض توافر ضوابط معينة في الحدث تتمثل في ضرورة أن يكون هذا الحدث قد وقع بعد إبرام العقد ولم يكن في وسع المتعاقد توقعه أو دفع آثاره ولم يكن له يد في الحدوث،

(30) FONTAINE (M.), OP. cit., p. 238; KNOEPFLER (F.), OP.cit., p. 22, OSMAN (F.), OP.cit., p. 157

فإذا توافرت هذه الضوابط في الحدث فيجب البحث عن أثر الحدث علـــى العقـــد، حيث يشترط أن يؤدي إلى قلب إقتصاديات العقد بأن يخل إخلالاً جسيماً بـــالتوازن المالي للعقد، بحيث يصبح تنفيذ الإلتزام مرهقاً للمتعاقـــد، وبالتـــالي إذا تـــوافرت الضوابط السابقة فإن الأثر المترتب على ذلك هو إعمال شرط إعـــادة التفـــاوض، وهذا ما سنعرضه في المطلب التالي.

المبحث الثالث

الآثار المترتبة علي إعمال شرط إعادة التفاوض

تمهيد وتقسيم

نصت المادة (٦- ٢ – ٣) من مبادئ يونيدروا صراحة على آثار إعمال شرط إعادة التفاوض، حيث جاء نصها على النحو الآتي:

١- في حالة الظروف الشاقة يحق للطرف الذي تعرض لها إعادة التفاوض ويتعين توجيه هذا الطلب مسبباً دون تأخير غير مبرر.

٢- لا يخول طلب إعادة التفاوض في حد ذاته للطرف المضرور من الظرف الشاق الحق في الإمتناع عن التنفيذ.

٣- إذا لم يتم التوصل إلى إتفاق خلال مدة معقولة فيحق لأي من الطرفين اللجوء للقضاء.

٤- إذا توصلت المحكمة إلى توافر الظروف الشاقة فيمكن أن تقضى ما دام ذلك معقولاً بأي مما يأتي:

أ – إنهاء العقد في التاريخ ووفقاً للشروط التي يتم تحديدها.

ب– تطويع العقد بالتعديل بهدف إعادة التوازن للأداءات.

كما نصت مبادئ قانون العقود الأوربي في المادة (١١١: ٦) على أنه "١– يجب على كل طرف الوفاء بالتزاماته حتى ولو أصبح الأداء أكثر إرهاقاً، سواء لأن تكلفة الأداء زادت، أم لأن قيمة الأداء التي يتلقاها تضاءلت.

٥- ومع ذلك إذا أصبح تنفيذ العقد يشكل عبئاً ثقيلاً بسبب تغير الظروف فيجب على الأطراف الدخول في مفاوضات بهدف تكييف العقد أو إنهائه بشرط أن:

أ – حدوث تغيير في الظروف بعد إبرام العقد.

ب- يكون إحتمال وجود تغير في الظروف غير متوقع وقت إبرام العقد.

٦- إذا لم يتم التوصل إلى إتفاق خلال مدة معقولة فيجوز للمحكمة:

أ - إنهاء العقد في التاريخ ووفقاً للشروط التي يتم تحديدها.

ب- تكييف العقد بتوزيع الخسائر والمكاسب الناجمة عن تغير الظروف بين الطرفين بطريقة عادلة"..(١)

نخلص من ذلك أن إعمال شرط إعادة التفاوض يترتب أثرين مهمين: الأول يتمثل في وقف تنفيذ الإلتزامات الناجمة عن العقد وهذا ما نقوم بتوضيحه في المطلب الأول، أما الأثر الثاني فيتمثل في أنه إذا وقعت الأحداث فيحق للطرف المضرور طلب إعادة التفاوض، وعلى الطرف الآخر في العقد أن يستجيب لهذا الطلب، وهذا ما نُتم به المطلب الثاني علي النحو التالي:

1- C ABAS (F) – Les clauses de Hardship – these 3 Montpellier-1981. p.80

المطلب الأول

وقف تنفيذ الإلتزامات التعاقدية

لا يؤدى شرط إعادة التفاوض مباشرة وبصورة تلقائية إلى وقف تنفيذ الإلتزامات الناجمة عن العقد، بل يلتزم المتعاقد المضرور بالإستمرار في تنفيذ التزاماته، إلا إذا وجد إتفاق صريح في العقد يعطى له الحق في وقف تنفيذ العقد بمجرد وقوع الظروف الشاقة أو في حالة طلب إعادة التفاوض(٣١).

---

(٣١) انظر:

أما في حالة عدم وجود نص صريح على وقف تنفيذ العقد فإن المتعاقد المضرور يوجه طلباً للمتعاقد بإعادة التفاوض مع وقف تنفيذ العقد لحين إنهاء عملية التفاوض فإذا وافق المتعاقد الآخر فيتم وقف تنفيذ العقد، ويكون مرجع وقف التنفيذ هنا هو إرادة المتعاقدين. أما إذا رفض المتعاقد الأخر طلب وقف تنفيذ العق، فيحق للطرف المضرور اللجوء للقاضي أو المحكم ليقدر مدى ضرورة وقف التنفيذ من عدمه(٣٢).

ويترتب علي وقف سريان العقد وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية التي يفرضها هذا العقد كما انه يبرئ الأطراف من المسئولية عن عدم التنفيذ خلال فترة وجود الحدث(٣٣).

وفي ذلك تقول محكمة النقض "وقف العقد يُقصد به وقف تنفيذ الإلتزامات الرئيسية المتبادلة التي يفرضها العقد علي طرفيه عند حدوث قوة قاهرة تؤدي إلي الإستحالة المؤقتة في التنفيذ"(٣٤). ولا يمتد الوقف إلي أساس الإلتزام أو وجوده، فالعقد يبقي منتجاً لكل أثاره، ولكن لا تنفذ هذه الآثار خلال فترة الوقف(٣٥).

كما أنه لا يعني وقف سريان العقد براءة ذمة المدين أو الدائن من تنفيذ التزامه الموقوف، ولكن يعني أن الدائن لا يستطيع أن يطالب بتنفيذ التزامه خلال مدة الوقف أو يطالب بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين

BRUNNER(CH.), Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration, Kluwer Law International, 2009, P. 487.

(٣٢) د. أحمد السعيد الزقرد، عقود البنية التحتية لاستغلال النفط والغاز، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي الثاني عشر لكلية الحقوق جامعة المنصورة في الفترة من ٢-٣ إبريل ٢٠٠٨، ص ١٢.

(٣٣) د. حسام كامل الأهواني، أصول قانون التجارة الدولية، القاهرة، ١٩٩٣، بند ٥٤٦، ص٣٨٥.

(٣٤) نقض مدني، بجلسة ١٩٧٧/٣/٦ ، الطعن رقم ٣٣٩ لسنة ٤١ قضائية، مجموعة أحكام المكتب الفني، السنة٢٨، ص٦١٢.

(٣٥) انظر د. رضا محمد إبراهيم عبيد ، رسالة سابقة، ص٤٨١؛ وانظر:

ANTONMATTEI (P.H.) Op.cit., P. 222 ; MARTIN, Note sous cass.civ, 1erech, fevrier 1981, D.1982., P.499.

لإلتزامه ما لم يوجد اتفاق خلاف ذلك.

ويبرر البعض هذه النتيجة بقوله إن وقف العقد في حالة العقد محـــدد المـــدة يترتب عليه إقتطاع جزء من حياة العقد مقابل مدة الوقف، وفي خلال هذه المـــدة المفقودة من حياة العقد والذي اعتبر فيها العقد في حالة سبات لا يلتـــزم أي مـــن المتعاقدين بالتنفيذ ولا يسأل بالتالي عن نتائج عدم التنفيذ(٣٦).

ويشمل الوقف الإلتزامات الأصلية التي تأثرت بوقوع عائق التنفيذ، أي التـــي إستحال تنفيذها بسبب وجود هذا العائق أما باقي الإ لتزامات التي لم تتـــأثر بهـــذا العائق فتبقي مستمرة وتكون ملزمة للمتعاقدين ويحرك عـــدم تنفيـــذها المـــسئولية التعاقدية للمتقاعس، ويستثني من ذلك الإلتزامات التي الأصلية التي يرتبط تنفيذها بتنفيذ الإلتزامات التي أصبحت مستحيلة بسبب عائق التنفيذ، فهذه الإلتزامات يوقف تنفيذها أيضاً نتيجة وقف تنفيذ الإلتزامات الأولي(٣٧).

كما ينطبق أيضاً علي الإلتزامات الفرعية أي إنها إذا كانت ترتبط بـــالإلتزام الأصلي الموقوف ، فإن هذا الوقف يمتد إليها، فوقف تنفيذ الإلتزام الأصلي يعنـــي وقف تنفيذ الالتزام التبعي المرتبط به(٣٨).

بيد أنه إذا كان الإلتزام الفرعي مستقلاً في تنفيذه عن الإلتزام الأصلي فوقـــف تنفيذ هذا الأخير لا يؤدي إلي وقف تنفيذ الإلتزام الفرعي(٣٩).

وأخيراً وقف التنفيذ لا يمتد إلا للإلتزامات التعاقدية التي تـــأثرت بـــالظروف

---

(٣٦) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، رسالة سابقة بند ٣٥٨، ص٧٩٥.

(٣٧) انظر في ذلك:

ANTOMATTEI (P.H.), Op.cit., n. 317, P. 233.

(٣٨) انظر في ذلك:

TERILLARD (J.), Op.cit., P.88 ; SARRAUTE (R.), Op.cit., P. 52 et 53.

(39) MOUSSERON (J.M.), Op.cit., P.418:, GouBEAux (G.) la regle de l, accessire en droit prive LGDJ, 1969, P.216-

الشاقة، أما الإلتزامات الأخرى فيجب الإستمرار في تنفيذها[٤٠].

ويفرض وقف التنفيذ علي المتعاقدين الإلتزامات الآتية:

أ – الإلتزام بالحفاظ علي العقد:

يفرض وقف التنفيذ علي الأطراف أن يقوموا بكل إجراءات من شأنها الحفاظ علي العقد، كما يمنعهم أيضاً من القيام بكل ما من شأنه أن يهدد بقاء هذا العقد ويعوق إستئناف سريانه[٤١].

وهو إلتزام متبادل إذا لم يتفق الأطراف صراحة علي القيام بالإجراءات التي تهدف صراحة للحفاظ علي العقد فإن بعض الفقه يؤسس إلتزام الأطراف بهذه الإجراءات علي وجود إتفاق ضمني بينهم يلزمهم بالقيام بها.فاختيار الأطراف لنظام وقف سريان العقد يترجم نيتهم في بقاء العقد والحفاظ عليه، وفي إستعدادهم للقيام بكل الإجراءات التي تحقق هذا الهدف والتي من شأنها الحفاظ علي العلاقة التعاقدية بين الأطراف[٤٢].

ب– الإلتزام الثاني: السعي لإستئناف سريان العقد:

ويعني هذا الإلتزام أن الهدف الأساسي من نظام الوقف هو إستئناف سريان العقد من جديد بعد إنتهاء مدة الوقف.ولضمان عودة التنفيذ العادي للعقد يلتزم كل متعاقد أن يقوم بكل الإجراءات الضرورية وبذل كل الجهود الكافية التي تجعل بهذه العودة والتخلص من العائق الذي كان سبباً في وقف التنفيذ العادي، ويعبر الأطراف عن ذلك في الشروط التعاقدية بالآتي "في جميع الحالات سوف يتخذ

---

(٤٠) د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص٣٨٠؛ أسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض، دراسة في عقود التجارة الدولية، كلية القانون، جامعة بابليون، بدون سنة نشر، ص ٩.

(٤١) د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص ٣٨٠؛ أسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض، دراسة في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٩ .

(42) BOULANGER (ph.),op.cit.229

الطرف المعني كل الإجراءات المفيدة لكي يؤمن في أقل مدة السريان العادي لتنفيذ الإلتزامات...." (٤٣).

ويفرض تنفيذ هذا الإلتزام علي الأطراف إلتزاماً أخر هو الإلتزام بالإخطـــار، بمعني أن كل طرف ملتزم بأن يخطر الطرف الأخر بالوسائل الممكنـــة للـــتخلص من العقبة وإعادة السريان الطبيعي للعقد(٤٤).

وهذا الواجب لا يقتصر علي طرف واحد ولكنه إلتزام متبادل يهدف لإيجـــاد إتصال مستمر بين الأطراف مما يجعلهم يعملان كفريق واحد في مواجهـــة عقبـــة التنفيذ(٤٥).

وينقضي وقف تنفيذ العقد بالطرق الآتية:

أ- إنقضاء الوقف بإستئناف سريان العقد:

وهي النتيجة الطبيعية التي من الممكن أن يؤدي إليها الوقف، فهـــو ينقـــضي عندما يمكن للمتعاقدين الإستمرار في تنفيذ إلتزاماتهما أي عندما يـــزول الحـــدث الطارئ وتزول معه أثاره(٤٦).

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

فإذا إستمر وقف العقد إلي أن أصبح تنفيذه غير مجد أو غير مفيد بأن أصـــبح

---

(43)BOULANGER (Ph.), op.cit., p. 231.

(44)انظر د. خالد جمال احمد حسن ، الالتزام بالاعلام قبل التعاقد ، دراسة مقارنة، اطروحـــة دكتـــوراه ، كلية الحقوق ، جامعة اسيوط ، ١٩٩٦، ص٣٢.

.

(٤٥)- مشار إليه لدي.د.محمد ابو بكر عبد المقصود،النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض في العقود الإدارية ، مرجع سابق ،ص ٢٩

(46) ANTONMATTEI (P.H.), Op.cit., P. 228.

بعد ذلك غير مناسب جاز لأي منهما أن ينهي فترة الوقف بفسخ العقد علي أساس تحول الإستحالة المؤقتة إلي إستحالة نهائية(٤٧).

ج- إنقضاء الوقف باتفاق الأطراف:

حيث يستطيع الأطراف أن يتفقوا علي وضع نهاية لوقف العقد حتى قبل إنتهاء المدة التي إتفقوا علي وقف العقد خلالها. كما ينتهي الوقف ضمنياً لو إتفق الأطراف خلال مدة الوقف علي فسخ العقد والتحلل من الروابط العقدية كلية أو إتفقوا علي سريان العقد بشروط جديدة راعي فيها الأطراف التغيرات التي حدثت في الظروف التي كانت سبباً في وقف العقد.

(٤٧) أنظر في هذا المعني: د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، بند ٥٤٠، ص ٢٨٣.

المطلب الثاني

الإلتزام بإعادة التفاوض نتيجة لإعمال شرط إعادة التفاوض

إذا أُدرج شرط إعادة التفاوض ضمن بنود العقد فإنه يسمح بمراجعة العقد عندما يؤدي تغير الظروف إلي تعديل أساسي في توازن الأداءات العقدية[٤٨]. وهذا الشرط يقدم ميزتين الأولي يسمح للأطراف بالإقتراب بشكل مرن وبحسن نية لإيجاد حل مناسب لمعالجة النتائج الضارة التي تسببها تغير الظروف أما الثانية فهي تعطي للعقد فرصة للإستمرار والبقاء عن طريق تعديل أحكامه[٤٩].

ويفرض شرط إعادة التفاوض إلتزامين رئيسيين على عاتق المتعاقدين الإلتزام الأول هو الإلتزام بالإستجابة لطلب إعادة التفاوض أما الإلتزام الثاني فيكمن في ضرورة إجراء المفاوضات بحسن نية كالتالي:

١- الإلتزام بالتفاوض:

يترتب على قيام الطرف المضرور بتوجيه طلب للطرف الآخر للتفاوض بشأن إعادة التوازن المالي للعقد التزام الطرف الأخير بالإستجابة لطلب إعادة التفاوض، فالدخول في المفاوضات بشأن إقالة العقد من عثرته هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، وبالتالي لا يكفى لدرء المسئولية عن المتعاقد إلا إثبات تنفيذ الالتزام بالبدء في المفاوضات أو إثبات السبب الأجنبي، أما مجرد التذرع بأنه بذل كل ما في وسعه لبدء المفاوضات لا يكفى للقول بتنفيذ الإلتزام في هذا الخصوص[٥٠].

---

(48) OBEID (G.), Op.cit., P. 254.

(49) ULLMANN (H.), Op.cit., P.899.

(50) EL-MAHI (H.) La clause de Hardship, Rev, des recherches Juridiques &Economiques, Universite de Mansoura, Faculte de droit, n.15,Avril 1`994,p.88

٢- الإلتزام بالتفاوض بحسن نية:

في حالة إستجابة المتعاقد الآخر لطلب إعادة التفاوض وبدأ المفاوضات مع المتعاقد المضرور فإنه يكون بذلك قد أوفى بأول التزام من الإلتزامات التي يفرضها وجود شرط إعادة التفاوض، وهنا يبدأ الإلتزام الثاني ويتمثل في إعادة التفاوض بحسن نية، وذلك من أجل إعادة التوازن للعقد، ولكن التزام المتعاقد في هذه الحالة هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة. فعلى المتعاقد أن يبدأ المفاوضات ولكن غير ملتزم بالوصول إلى حل من تلك المفاوضات، ولكن يجب في ذات الوقت أن يحكم مبدأ حسن النية تنفيذ هذا الإلتزام، وذلك بإدارة المفاوضات بأسلوب بناء وبوجه خاص تجنب العراقيل للوصول إلى حل من إعادة التفاوض.

وفي هذا إعمالا لنص المادة (١٤٨) من القانون المدني المصري على أنه "يجب على المتعاقدين تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية".

بيد أن جميع العقود تخضع لمبدأ حسن النية سواء أكانت عقوداً مدنية أم عقوداً إدارية، يضاف لذلك أن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود لا يقتضى إلزام المتعاقد بما ورد في العقد فقط ولكن يشمل أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام(٥١).

وينطوي مبدأ حسن النية على وجهين الأول سلبي والآخر إيجابي(٥٢).

فبالنسبة للوجه السلبي للالتزام بمبدأ حسن النية فيتمثل في التزام المتعاقد بعدم اتخاذ أي مسلك في تنفيذ العقد ينطوي على غش أو سوء نية، بمعنى أن يتحلى

---

(٥١) حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ ٢٠ مايو ١٩٦٧، الطعن رقم ٦٣٩ لسنة ٩ قضائية.

(٥٢) د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص١٨٦ وما بعدها.

بالأمانة وشرف التعامل والإخلاص، أما الوجه الإيجابي لمبدأ حسن النية فيفرض على المتعاقد التعاون والإخلاص في تنفيذ العقد.

ويعد مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزام من الأمور الموضوعية التي تخضع للتقدير القاضي أو المحكم من خلال تقدير مدى الجهد المبذول من جانب المتعاقدين في الوفاء بالإلتزامات التعاقدية في ضوء الظروف والملابسات التي تصادف العقد أثناء التنفيذ(٥٣).

ولا يخل بتطبيق مبدأ حسن النية على العقود الإدارية التي تتميز بطابع خاص مناطه إحتياجات المرفق العام وتغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد، فهذه الإمتيازات لا تُمَكنها من التحلل من التزامها بتنفيذ التزاماتها التعاقدية بما يقتضى به حسن النية. فالإمتيازات الممنوحة للدولة لا تؤدى إلى إهدار حقوق المتعاقد معها أو الجنوح بتفسير العقد بحجة أن ذلك لازم لسير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة(٥٤).

بيد أن تطبيق مبدأ حسن النية يتطلب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين عند تفسير العقد دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمان وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات(٥٥).

ويثور التساؤل ما هي المسئولية الناجمة عن الإخلال بشرط إعادة التفاوض؟

يجب التفرقة في هذا الخصوص بين حالة البدء في المفاوضات وحالة

---

(٥٣) د. محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص١١.

(٥٤) المستشار/ حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص ٢٨٩.

(٥٥) حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ ٢ ديسمبر ١٩٦٧، الطعن رقم ٣٣٣ لسنة ١٠ قضائية.

التوصل لإعادة التوازن المالي للعقد إثر تغير الظروف.

١- المسئولية عن الإخلال بالبدء في التفاوض:

يعد الإلتزام ببدء عملية التفاوض التزاماً بتحقيق نتيجة، وبالتالي تقوم المسئولية بمجرد عدم تحقق النتيجة والتي تتمثل هنا في عدم الموافقة في بدء المفاوضات مع المتعاقد الآخر. ونكون أمام عدم تنفيذ للالتزام سواء أكان عدم التنفيذ كلى أم جزئي أو ناقص أو معيب أو متأخر(٥٦).

وترتيباً على ذلك تعتبر الإدارة مسئولة بمجرد عدم التنفيذ، ولو بذلت كامل جهدها في سبيل تحقيقه. ولا تستطيع الدولة التخلص من المسئولية إلا إذا أثبت أن عدم التنفيذ مرجعه سبب أجنبي لا يد لها فيه كقوة قاهرة وما إلى ذلك(٥٧).

ويكفى للمتعاقد مع جهة الإدارة أن يثبت عدم إستجابة الدولة المتعاقدة للدخول في مفاوضات لإعادة التوازن للعقد، وعلى الإدارة إثبات أنها قامت بذلك أو لم تقم بتنفيذ الالتزام لسبب أجنبي.

إن إخلال الإدارة بإلزام بالتفاوض يشكل خطأ يستطيع توقيع جزاءات عليها، ولعل أهم تلك الجزاءات مع حق المتعاقد معها في الحصول على تعويض عن الأضرار التي تلحق به من جراء إمتناعها عن التفاوض، فالقاضي يملك حال اللجوء إليه بالتعويض عما يكون قد لحق المتعاقد من أضرار نتيجة أخطائها، أو يحكم به هيئة التحكيم في حالة اتفاق الطرفين على اللجوء للتحكيم في المنازعات الناشئة عن العقد.

وفي هذا الصدد نصت المادة (٣) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات في مصر على أنه "في حالة الإدعاء بإخلال الجهة الإدارية

---

(٥٦) د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص٣٦٦ وما بعدها.

(٥٧) حكم محكمة النقض، ٢٥ مايو ١٩٨٣، الطعن رقم ١٥٢٩ لسنة ٤٩ قضائية.

بالتزامها الوارد بالعقد بخطأ منها .....).

ولقد إستقرت أحكام المحكمة الإدارية العليا في مصر أن إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها التعاقدية يشكل خطأ عقدياً يوجب قيام مسئوليتها " حيث إنه من الأمور المسلمة في العقود كافة سواء كانت عقوداً مدنية أم إدارية أن الخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أياً كان السبب في ذلك يستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ ناشئاً عن عمد أو إهمال أو فعله دون عمد أو إهمال .. إذ من المقرر قانوناً أن عدم تنفيذ المتعاقد للالتزامات يعتبر في ذاته موجباً للمسئولية، وأنه لا يدرأ عن ذلك إلا بإثبات أن التنفيذ قد استحال بسبب أجنبي لا يد له فيه كأن يكون راجعاً إلى قوة قاهرة أو مرده خطأ الدائن، وإلى هذا أشارت المادة (٢١٥) من القانون المدني بنصها على أنه إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام، ....)[٥٨].

كما إعتبرت المحكمة الإدارية العليا إخلال جهة الإدارة بالتزامها بمبدأ حسن النية خطأ يستطيع قيام مسئوليتها، حيث قضت بأنه ".. من المبادئ المسلمة أن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون يقضى بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، هذا الأصل مطبق في العقود الإدارية شأن في ذلك شأن العقود المدنية... وإلا كان في ذلك مخالفة لمبدأ حسن النية الواجب مراعاته.. الأمر الذي يستطيع خطأ الإدارة ... وعليه يكون ركن الخطأ قد توافر في حق الجهة الإدارية[٥٩].

كما قضت محكمة القضاء الإداري[٦٠] بتاريخ ٢٨ مايو٢٠١٣ "بأن التزام تنفيذ

---

(٥٨) حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ ٢٧ إبريل ١٩٩٩، الطعن رقم ٣٤٣، لسنة ٤٢ ق؛ حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ ٢٠٠٦/٣/٢١، الطعن رقم ١٠٠٠١ لسنة ٤٨٠ق.

(٥٩) حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ ٢٢ مارس، ١٩٩٩٤، الطعن رقم ١٦٤٥ لسنة ٣٦ق.

(٦٠) محكمة القضاء الإداري بجلسة ٢٠١٣/٥/٢٨ الدعوى رقم ١١٥٢٠ لسنة ٦٢ ق المقامة من شركة A Constructions Y Auxiliary De Ferrocarriles S ضد الهيئة القومية للسكك الحديدية.

العقد بحسن نية ليس التزاما يقع علي عاتق أحد طرفي العقد دون الأخر وإنما هو التزام يقع بذات الدرجة علي عاتق كل من جهة الإدارة والمتعاقد معها وبالتالي فان أداء الثمن المتفق عليه في نصوص العقد هو أول التزامات الإدارة حيال المتعاقد معها، كما أن الحصول علي المقابل النقدي هو أول حقوق ذلك المتعاقد، بل أنها تكاد تكون هدفه من تنفيذ العقد وبالتالي فإن الإدارة تلتزم بأداء المقابل النقدي المحدد بالعقد وبالطريقة التي تم الإتفاق عليها".

وترجع وقائع الدعوي إلي أن الهيئة القومية لسكك حديد مصر كانت قد أعلنت عن العطاء رقم ٢١٩٤٠ / 8G ٣٢١ وذلك لتوريد عدد ٤٠٠٠ دسكات عجل، وتقدمت الشركة المدعية (ويرمز لها اختصارا كاف CAF) في ١يوليو٢٠٠٤ بعطائها وبتاريخ ٥يوليو٢٠٠٤، تم إجراء جلسة المناقصة التي أعلن فيها فوز الشركة الطالبة بالبندين رقمي ١، ٢ الخاصين بتوريد ٣٠٠٠، ١٠٠٠ دسكات عجل، وبتاريخ ١٩فبراير٢٠٠٥ أعلنت الهيئة القومية لسكك حديد مصر قبولها لإرساء العطاء علي الشركة الطالبة، وبتاريخ ١٠مارس٢٠٠٥ قدمت الشركة المعنية التأمين الخاص بالعقد بنسبة ٥% من إجمالي قيمة التعاقد خطاب ضمان بمبلغ ١١٩,٢٨١,٥٠ يورو وتم التوقيع علي عقد توريد العجل المذكور بتاريخ ٣٠مارس٢٠٠٥، وقد أعطي العقد رقم ٦٧٨/٢١ لتوريد ٤٠٠٠ عجلة، منها عدد ٣٠٠٠ عجلة بمواصفات خاصة بسعر ٢,٣٨٥,٦٣٠ يورو بواقع مبلغ ٥٨٢,٧٧ يورو لسعر الوحدة، وعدد ١٠٠٠ دسك عجل بمواصفات مختلفة بإجمالي ٦٣٧,٣٢ يورو بسعر الوحدة ٦٣٧,٣٢ يورو، وبثمن إجمالي مبلغ ٢,٣٨٥,٦٣٠ يورو وعلي أن يكون التسليم وفقا لنظام فوب Fob علي ظهر السفينة.

وأضاف قوله بأن المادة رقم ٩ من العقد المتعلقة بالوفاء بالثمن قد نصت علي أن تلتزم الهيئة القومية لسكك حديد مصر بدفع الثمن بالكامل عن طريق خطاب اعتماد نهائي غير قابل للإلغاء، إلا أن الهيئة لم تقم بإصدار هذا الخطاب، وبعد

مطالبات والتماسات من الشركة قامت الهيئة بفتح اعتماد يغطي ما يوازى قيمة ١٠٠ عجلة فقط في ١٤نوفمبر٢٠٠٥ أي بعد مضي ثمانية أشهر من تاريخ إبرام العقد، وهو ما تولد عنه ارتفاع أسعار الصلب اللازم لتصنيع الكمية المحددة في العقد بنسبة ٦٠% عن الأسعار السائدة وقت توقيع العقد.

وأضاف أن الشركة أرسلت خطاب إلي الهيئة تحذرها من إزدياد أسعار الحديد مما يترتب عليه الزيادة في الأسعار المتفق عليها، وردت الهيئة علي الشركة بطلب موافاتها بما يفيد ارتفاع الأسعار، وقدمت الشركة تقريرا من بورصة لندن والذي يؤكد الزيادة الكبيرة في أسعار الصلب في الفترة من ٢٠٠٤ إلي ٢٠٠٦، وتابعت الشركة ذلك بإرسال عدة خطابات إلي الهيئة تطلب منها رفع أسعار العجل المطلوب توريده والاجتماع للوصول إلي حلول مناسبة لكنها لم تتلقي ردا من الهيئة وعليه فقد أرسلت إلي الهيئة تخبرها بأن الاعتماد الذي قدمه لها يغطى عدد ١٠٠٠ عجلة بالأسعار القديمة وأنها مستعدة لتوريد باقي الكمية بالأسعار بعد تعديلها، إلا أن الهيئة لم تستجيب لكل هذه الخطابات والإنذارات وقامت بتسييل خطاب الضمان الخاص بهذا العقد وقيمته ١١٩,٢٨١,٥٠ يورو، ذلك مما حدا بالشركة إلي إقامة الدعوى الماثلة بالطلبات سالفة الذكر.

حيثيات الحكم:

"ومن حيث أن التزام تنفيذ العقد بحسن نية ليس التزاما يقع علي عاتق أحد طرفي العقد دون الأخر، وإنما هو التزام يقع بذات الدرجة علي عاتق كل من جهة الإدارة والمتعاقد معها وبالتالي فان أداء الثمن المتفق عليه في نصوص العقد هو أول التزامات الإدارة حيال المتعاقد معها، كما أن الحصول علي المقابل النقدي هو أول حقوق ذلك المتعاقد، بل أنها تكاد تكون هدفه من تنفيذ العقد، وبالتالي فأن الإدارة تلتزم بأداء المقابل النقدي المحدد بالعقد وبالطريقة التي تم الإنفاق عليها.

ومن حيث إنه من المقرر قضاءً أن خطاب الضمان يعتبر في الأصل كما هو

معروف فقهاً كفالة شخصية من المصرف لمقدم الخطاب، يلتـــزم بمقتـــضاه أداء الديون التي تنشأ عن تقصير المدين في تنفيذ التزاماته الناتجة عن العقد إذا عجـــز عن الوفاء بها وفي حدود مبلغ معين هو الوارد في خطاب التأمين، وقـــد تنقلـــب الطبيعة القانونية لخطاب الضمان إلي رهن حيازة مقدم من المدين، محلـــه مـــال منقول معنوي، أذا ما كان خطاب الضمان يمثل مبالغ حقيقية للمدين في المصرف مصدر الخطاب، ومن ثم تندمج قيمة الخطاب في ذات العمل، وفي كلا الفرضيتين فإن حق الدائن علي الكفيل أو المال المرهـــون ينقـــضي بمجـــرد تنفيـــذ المـــدين لالتزاماته الناتجة عن العقد محل التأمين.ومن حيث أن الثابـــت مـــن الأوراق أن الهيئة المدعي عليها كانت قد تعاقدت مع الشركة المدعية بتاريخ ٣٠مارس٢٠٠٥ لتوريد عدد ٣٠٠٠ دسك عجل، وعدد ١٠٠٠ دسك عجل بـــثمن أجمـــالي مبلـــغ ٢,٣٨٥,٦٣٠ يورو، وقد تضمنت أحكام هذا التعاقد علي نحو ما نصت عليه المادة رقم ٩ منه والمتعلقة بالوفاء بالثمن علي أن تلتزم الهيئة القومية لسكك حديد مصر بدفع الثمن بالكامل ١٠٠% باليورو، عن طريق خطاب اعتماد نهائي غيـــر قابـــل للإلغاء، إلا أن الهيئة لم تقم بفتح اعتماد إلا بما يوازى قيمة ١٠٠٠ دســـك عجـــل فقط في ١٤نوفمبر٢٠٠٥، وهو ما حدا بالشركة المدعية إلي تحذير الجهة الإدارية في ١١ديسمبر٢٠٠٥ بموجب خطاب المرفق صورته بالأوراق والمتضمن تحذيره بان التأخير في تنفيذ العقد سيترتب عليه زيادة في الأسعار، وعلي الرغم مـــن أن الهيئة المدعي عليها قد طلبات من الشركة المدعي عليها فـــي ٧مـــايو٢٠٠٦ مـــد صلاحية العرض حتى ٣٠يونيو٢٠٠٦، وبما يعد إقرار ضمنيا بانتهـــاء الالتـــزام التعاقدي من قبل الشركة بعد هذه الفترة الزمنية الطويلة والتي جاوزت العام، فأنها لم تقم بزيادة الاعتماد بعد موافقة الشركة المدعية علي مد صلاحية العرض حتـــى ٣٠يونيو٢٠٠٦ إلا في ١٤أغسطس٢٠٠٦، ١٦نوفمبر٢٠٠٦ بمبلغـــي مقـــدارهما ٥٩٨,٦٣٠، ٥٢٠,٠٠٠ يورو على الترتيب ودون أن يصل أجمالي مبلغ الاعتماد بعد هذا التاريخ الأخير إلي قيمة الثمن المتفق عليه بالتعاقد الماثل، وهو مـــا يعـــد

بحسب نصوص العقد الصريحة في هذا الصدد مخالفة وإخلالاً من الجهة الإدارية في تنفيذ التعاقد، ودون أن ينال من ذلك ما أفصحت عنه أوراق ومستندات جهة الإدارة، ومنها خطاب مدير الهيئة القومية للسكك الحديدية للتخطيط وشئون الرئاسة بتاريخ ٩يوليو٢٠٠٥ الموجه إلي مدير الهيئة لشئون المشتريات والمخازن- حافظة مستندات الهيئة مستند رقم ٣- من أن سبب عدم فتح الإعتماد يرجع إلي عدم توافر رصيد بالحساب الجاري، بحسبان أنه لا يمكن القول بتحمل الشركة المدعية لتبعات نقص التمويل لدى الجهة المتعاقدة، إذ أن الجهة الإدارية وشأنها في تدبير مصادر تمويل العقد، والوفاء بالتزاماتها التعاقدية الناشئة عن العقد الذي أبرمته.

ومن حيث إنه متى كان ما تقدم فأنه لا يجوز للهيئة المدعي عليها والحال كذلك توقيع أية جزاءات علي الشركة المدعية، ومن ثم عدم مشروعية مصادرة خطاب الضمان المقدم من الشركة المدعية عن تنفيذ التعاقد الماثل وقيمته ١١٩,٢٨١,٥٠ يورو، ولا بالتبعية خطابات الضمان المقدمة من الشركة المدعية في تعاقداتها الأخرى، وعلي نحو ما تضمنته طلبات الشركة المدعية دون جحد أو إنكار من الهيئة المدعي عليها وهي الخطابات أرقام TWR77/509065 بمبلغ ٥٥٣٦٢ دولار أمريكي والخاص بالعقد رقم ٢٢/٩٩، ورقم TWR77/511430 بمبلغ ٥٩٥٠ دولار أمريكي والخاص بالعقد رقم ٦٦٢/٢١، ورقم TWR77/520721 بمبلغ ٩٠٠٠ يورو والخاص بالمناقصة رقم 8G322/١٦٩٩ ومن ثم يُضحى ما قامت به الهيئة المدعي عليها من مصادرة خطابات الضمان المشار غليها غير قائمة علي سند من صحيح القانون، متعينا القضاء والحال كذلك بإلزام الهيئة المدعي عليها برد قيمتها إلي الشركة المدعية.

ومن حيث إنه عن مطالبة المدعي بصفته بالفوائد القانونية لهذه المبالغ سالفة البيان، فأنه عملا بحكم المادة ٢٢٦ مدني يتعين القضاء له بالفوائد القانونية عن

المبالغ محل المطالبة بعد معادلتها بالجنيه المصري وفقا لسعر الصرف المعلن من البنك المركزي المصري لعملة كل خطاب في تاريخ تسييله، بواقع نسبة ٥% من تاريخ المطالبة القضائية الحاصلة في ٢٨فبراير٢٠٠٨ وحتى تمام السداد، لترد إلي الشركة المدعية قيمة الفوائد القانونية بالعملة المصرية وهي الجنيه، بحسبان ما هو معلوم من أن مناط احتساب تلك النسبة هو ارتباطها بمتوسط سعر الفائدة علي الجنية المصري، وبخلاف ما هو متبع مع العملات الأجنبية ذات سعر الفائدة المتدني.

وحيث إنه وعن مطالبة المدعي بصفته بإلزام الجهة الإدارية المدعي عليها بأن تؤدى له تعويضاً مادياً وأدبياً عما إصابة من أضرار مبلغ ٢ مليون يورو، فانه من المقرر أن التعويض وفقا لأحكام المسئولية المدنية يدور وجودا وعدما مع الضرر ومن ثم يقدر بمقداره وبما يكفل جبره دون أن يجازوه حتى لا يثرى المضرور علي حساب المسئول دون سبب، كما أن الضرر لا يقوم علي الافتراض لمجرد وجود الخطأ إذا يتعين علي من يدعيه إثباته بكافة طرق الإثبات ومن ثم وإذ قضت المحكمة للمدعي بحقوقه التي استقطعت مع فوائدها القانونية علي نحو ما تقدم، فيكون والحال كذلك قد زال عنه كل ضر مسه، وبذلك لا يتحقق مناط المسئولية التقصيرية، فمن ثم يكون طلب التعويض علي غير سند من الواقع أو القانون خليقا بالرفض.

لذا حكمت المحكمة بإلزام الهيئة المدعي عليها بأن ترد إلي الشركة المدعية قيمة خطابات الضمان التي قامت بتسييلها عن تنفيذ التعاقد محل النزاع الماثل رقم ٢١/٦٧٨ مبلغ مقداره ١٢٨٢٨١,٥٠ مائة وثمانية وعشرون ألف ومائتان وواحد وثمانون يورو ٥٠/١٠٠ و ٦١٣١٢ واحد وستون ألف وثلاثمائة وأثني عشر دولار، والفوائد القانونية المستحقة بالجنيه المصري بعد معادلتها وفقا لسعر الصرف المعلن من البنك المركزي المصري لعمله كل خطاب في تاريخ تسييله،

وذلك بواقع نسبة ٥% من تاريخ المطالبة القضائية الحاصلة في ٢٨فبراير٢٠٠٨ وحتى تمام السداد، ورفض ما عدا ذلك من طلبات وألزمت جهة الإدارة المدعي عليها المصروفات.

٢- المسئولية عن عدم التوصل لنتيجة من التفاوض:

يعد التزام أطراف العقد بالتوصل لنتيجة معينة من التفاوض هو التزام ببذل عناية، بمعنى أن هذا الالتزام لا يوجب على المتعاقدين التوصل لنتيجة معينة من التفاوض بإعادة التوازن المالي للعقد، فيكفى لكي تدرا المسئولية أن يبذل المتعاقد قدراً معيناً من العناية للوصول إلى الغرض من التفاوض، وسواء تحقق الغرض من التفاوض بعد ذلك أم لم يتحقق.

وهكذا تقوم مسئولية المتعاقد عن إخلاله بالتزامه ببذل العناية اللازمة للوصول لغرض إعادة التفاوض، بأن يُثبت المتعاقد الآخر بأن هذا المتعاقد لم يبذل عناية الشخص العادي إذا وجد في نفس ظروف المتعاقد للتوصل لإعادة التوازن المالي للعقد.

الخاتمة

١- شرط إعادة التفاوض يدرجه الاطراف في العقود بهدف تعديل بنود العقد من خلال إعادة التفاوض فيه عندما تقع أحداث معينة تؤدي إلى إختلال توازن العلاقات العقدية على نحو يؤدي الى إلحاق الضرر بأحد المتعاقدين .

٢- إعمال شرط إعادة التفاوض يؤدي الى تداخل الحدود بين مرحلة ابرام العقد ومرحلة تنفيذه . إذ إنه يؤدي الى إعادة التفاوض من أجل الإتفاق على شروط جديدة للعقد أثناء مرحلة تنفيذه . أي بعد أن يكون ذلك العقد قد دخل مرحلة التنفيذ من قبل الاطراف.

٣- ان شرط اعادة التفاوض يأخذ ، في الواقع ، بعض ملامحه من نظرية القوة

القاهرة ، ويأخذ بعض ملامحه الآخرى من نظرية الظروف الطارئة ، ليكون،بحد ذاته فكرة مستقلة عن كل منهما .

وتتجلى مظاهر الاقتراب بين كل من شرط اعادة التفاوض والقوة القاهرة من حيث الشروط الواجب توافرها في الحدث واثر كل منهما على تنفيذ العقد .

اذ يجب ان يكون الحدث الذي يواجهه شرط اعادة التفاوض مستقل عن ارادة المدين وعدم ممكن التوقع ومستحيل الدفع . وهذه هي ذاتها شروط الحدث المكون للقوة القاهرة . كما أن إعمال شرط إعادة التفاوض يؤدي الى وقف العقد . وكذلك الحال في القو القاهرة اذا كانت مؤقتة ، هذا مع إختلاف المرحلة التي تلي الوقف في الحالتين . إذ يعقب الوقف في حالة اعمال شرط اعادة التفاوض – اعادة التفاوض في العقد بهدف تعديله . في حين يعقب الوقف – في حالة اعمال نظرية القوة القاهرة – تنفيذ العقد بنفس بنوده وشروطه .

أما وجه الشبه بين شرط إعادة التفاوض ونظرية الظروف الطارئة فيتجسد في درجة تأثير كل منهما على توازن العقد إذ يؤدي كل منهما الى خلق إختلال في التوازن الاقتصادي للعقد وعلى نحو يؤدي الى الحاق ضرر فادح أو جسيم بأحد الاطراف او بكليهما .

١ ونرى ان يفصح الاطراف ، على نحو صريح ، لايشوبه اللبس أو الغموض عن رغبتهم في تبني الشرط المذكور لما يحققه من حفاظ على العقد من الزوال وتوافق وتراضي من قبل الاطراف على تنفيذ عقدٍ اعترض تنفيذه حدث مؤثر في قدرتهم على التنفيذ .

٢– ضرورة تحديد الاحداث التي يواجهها شرط اعادة التفاوض على نحو دقيق قدر الامكان وان لم يكونوا من المتخصصين في ميدان الصياغة القانونية الدقيقة من خلال الاستعانة بذوي الاختصاص في هذا الشأن . اذ يؤدي ذلك الى تلافي

كثير من الاشكاليات والصعوبات التي يثيرها تحديد ما اذا كان الحدث المتحقق مشمولاً بنطاق شرط اعادة التفاوض ام انه يخرج عن نطاق الشرط المذكور .

٣-كما نرى ضرورة أن يتفق الأطراف على وقف تنفيذ العقد عند إعمال شرط إعادة التفاوض على نحوٍ يتناول بدقة ملامح ذلك الوقف من حيث مدة الوقف ، والتزامات المتعاقدين خلال تلك المدة ، لاسيما فيما يتعلق بالتزامهم بالحفاظ على العقد بطرق معينة ، والتزامهم بالسعي لاستئناف سريان العقد .

كما يفضل الاتفاق على الجزاء المترتب على مخالفة تلك الالتزامات وكذلك مصير العقد بعد انتهاء مدة الوقف ، وما اذا كانت مدة الوقف سوف تضاف الى مدة تنفيذ العقد ام لا.

٤- من الافضل الإتفاق على إعادة التفاوض في العقد خلال مدة معينة بعد وقفه. ويجب أن يتضمن الإتفاق تحديد مدة المفاوضات والمكان الذي يجب أن تتم فيه والتزامات كل طرف خلال فترة المفاوضات، لاسيما تلك الإلتزامات الناجمة عن حسن النية وما يفرضه من إتباع سلوكيات معينة أثناء المفاوضات ، وجزاء مخالفة ذلك .

مراجع البحث

أولاً المراجع العامة

د.أسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض، دراسة في عقود التجارة الدولية، كلية القانون، جامعة بابليون، بدون سنة نشر

د. حسام كامل الأهواني، أصول قانون التجارة الدولية، القاهرة، ١٩٩٣

د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني ، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات القانونية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧

د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩

د. محمد ماهر أبـــو العينـــين، القاضـــي الإداري وتطبيـــق قـــانون المزايـــدات والمناقصات على العقود الإدارية، بدون دار نشر، بدون سنة نشر

م.حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملـــي، منـــشأة المعـــارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر

الرسائل و الأبحاث

د. أحمد السعيد الزقرد، عقود البنية التحتية لاستغلال النفط والغاز، بحـــث مقـــدم للمؤتمر العلمي السنوي الثاني عشر لكلية الحقوق جامعة المنصورة في الفتـــرة من ٢-٣ إبريل ٢٠٠٨

د. خالد جمال احمد حسن ، الالتزام بالاعلام قبـــل التعاقـــد ، دراســـة مقارنـــة، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة اسيوط ، ١٩٩٦

.د.محمد أبوبكر عبد المقصود،النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض فـــي العقـــود الإدارية،دار النهضة العربية،القاهرة، ٢٠١٣

د. شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقـــود التجـــارة الدوليـــة، رســـالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠

د. عصام الدين مختار القصبي، القـــوة القاهـــــرة والأزمـــة الماليـــة العالميـــة، القاهرة، ٢٠١١

المراجع الأجنبية

OBEID (G.), Le calcul du prix dans les contrats internationaux, th. Montepepellier1, 1990,

GOLDMAN (B.) La lex mercatoria dans lex contrats et l,

arbitrage internationaux réalité et perspectives JDI, 1979

HUJO (Ph.), Force Majeure et Imprévision: Une Analyse Comparatiste entre le Droit français, le Droit Anglais et le Droit Allemande, GRIN Verlag, 2008

DEROUSSIN (D.) & GARNIER (F.), Passé et Présent du Droit, Editions Le Manuscrit, 2009.

ABDUL MUNIM H. (A.), La protection de l, acheteur dans la vente de marchandises en droit du commerce international, th., Rennes, 1991,

FONTAINE (M.) , Droit de contrats international Analyse et redaction , clauses1989

OPPETIT (B.), L'adaptation des contrats internationaux aux , **FOUCHARD (Ph.),** L'adaptation des contrats a la conjoncture économique, Rev.arb., 1979

(1) **PAULSSON (J.),** L'adaptation du contrat, in "L'arbitre et le contrat", Jounee d'étude, organisée a Paris, le 12 Janv.1984 par la comite française de l'arbitrage, rev.arb. 1984,

AL FARUQUE, Stability(A.) in Petroleum Contracts: Rhetoric or Reality, (unpublished PHD Thesis) CEPMLP, University of Dundee, 2005

http://www.caspiandevelopmentandexport.com/Downloads/BTC/Eng/agmt4/agmt4.PDF.

KAHN (PH.) Lexmercatoria et pratique des contrats internationaux : l, expérience françaises in le contrat international.

SILARD (S.A), Clauses de maintien de l'avaleur dans Les transactions internationales J.D.I. 1972

CORNU (G.), La clause d'indexation, RTD. CIV., 1966

LE. FICHANT (F) l,obligation de negoclation en droit prive,th., Rennes1 1991

. **ULL MANN (H.)** Droit et pratique des clauses de Hardship dans Las système Juridique American, R.D. -1988

ERKAN (M.) International Energy Investment Law: Stability Through Contractual Clauses, Kluwer Law International, 2011,

OBID (G.), le calcul du Prix dans les contrats internationaux,th., Montepellier 1, 1990

C ABAS (F) – Les clauses de Hardship – these 3 Montpellier-1981

BRUNNER(CH.), Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration, Kluwer Law International, 2009.

أحكام المحاكم المصرية والأجنبية

حكم محكمة القضاء الإداري بجلسة ٢٠١٣/٥/٢٨ الدعوى رقم ١١٥٢٠ لسنة ٦٢ ق المقامة من شركة Constructions Y Auxiliary De Ferrocarriles A S ضد الهيئة القومية للسكك الحديدية

حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ ٢٠٠٦/٣/٢١، الطعن رقم ١٠٠٠١ لسنة ٤٨٠ق.

حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ ٢٢ مارس، ١٩٩٩٤، الطعن رقم ١٦٤٥ لسنة ٣٦ق.

حكم محكمة النقض، ٢٥ مايو ١٩٨٣، الطعن رقم ١٥٢٩ لسنة ٤٩ قضائية.

حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ ٢٧ إبريل ١٩٩٩، الطعن رقم ٣٤٣، لسنة ٤٢ ق

نقض مدني، جلسة ١٩٧٦/١/٢٩، الطعن رقم ٤٢٣ لسنة ٤١ قضائية، مجموعة أحكام المكتب الفني، السنة ٢٧، ص٣٤٣.

نقض مدني، بجلسة ١٩٧٧/٣/٦ ، الطعن رقم ٣٣٩ لسنة ٤١ قضائية، مجموعة أحكام المكتب الفني، السنة٢٨

حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ ٢٠ مايو ١٩٦٧، الطعن رقم ٦٣٩ لسنة ٩ قضائية.

حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ ٢ ديسمبر ١٩٦٧، الطعن رقم ٣٣٣ لسنة ١٠ قضائية.

قرار التحكيم الصادر في القضية رقم ٢٤٧٨لسنة ١٩٧٤وارد في المجموعة الأولى من القرارات ص٢٣٤- ٢٣٥؛ الأستاذ ديران (Y) DERAINS

Cuor d’appel de Lyon, 5 Juillet 1951, D. 1952

Cass. Civ 1ere ch., 31may 1989, Bull. Transp. 1989

MARTIN, Note sous cass.civ, 1erech, fevrier 1981, D.1982.,