

الأساس القانوني لإعادة التفاوض في العقود المدنية (دراسة تحليلية مقارنة)

دلشاد رمضان داخاز و إيمان يوسف نوري

قسم القانون الخاص، كلية القانون، جامعة دهوك، اقليم كردستان-العراق

(تاريخ استلام البحث: 8 تشرين الثاني، 2023، تاريخ القبول بالنشر: 24 كانون الاول، 2023)

الخلاصة

مما لا شك فيه ان العقود المستمرة التنفيذ قد تتعرض الى أحداث وظروف لم تكن بالحسبان توقعها من قبل أطراف العقد ولم يكن بالاستطاعة تجنبها مما يؤدي الى أضرار كبيرة وخسارة فادحة ويجعل تنفيذ العقد مرهقاً. ويؤدي الى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، ويجعل منه عديم الفائدة التي من أجلها تم إبرام العقد أصلاً .

وقد واجه المشرع مثل هذه الحالة ضمن نظرية الظروف الطارئة وما يترتب عليها من إثار حيث بإمكان المحكمة بعد الموازنة بين الطرفين ان تنقص التزامات المدين الى الحد المعقول او ان تحكم المحكمة بزيادة الأجرة او فسخ العقد ولكن قد لا تكون تلك المعالجة التشريعية يرضيها الطرفان، وربما قد توجد الية أخرى أكثر مرونة واقل كلفة واختصاراً للوقت والجهد.

وانصبت جهود الفقه للبحث عن آلية يمكن اتخاذها وسيلة لمواجهة تغير الظروف أو وقوع أحداث من شأنها الإخلال بتوازن العقد وللمحافظة على العقد من الزوال، دون اللجوء الى المحاكم.

وبعد دراسة مستفيضة وممارسات طويلة في مجال الأنظمة القانونية للعقود، ظهرت آلية إعادة التفاوض الى الواقع العملي لمعالجة المشاكل الناجمة عن تلك الاحداث والظروف غير المتوقعة. وهي آلية جديدة وجدت لتحقيق مقتضيات استقرار العقد وإعادة التوازن اليه. وتختلف هذه الآلية عن غيرها من النظريات المشابهة ، مثل نظرية القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة ، من ناحية الشروط القانونية للحدث والنتائج المترتبة عليه ، وتتميز آلية إعادة التفاوض عن غيرها بالمرونة لتوفير الأجواء المناسبة بين طرفي العقد وإعطاء مجال حرية الاتفاق والتراضي بينهم.

الكلمات الافتتاحية : إعادة التفاوض، اختلال التوازن، تغيير الظروف، تعديل العقد.

اولاً: أهمية البحث:

تتجلى أهمية البحث من خلال ما تعالجه آلية إعادة التفاوض وهي الحفاظ على العقد وضمان استمراره بعد إعادة التوازن الاقتصادي إليه، ومن ناحية أخرى فان للبحث أهمية علمية تكمن في دوره للمعالجة في مرحلة مهمة من مراحل العقد ألا وهي مرحلة التنفيذ والخاصة بتطبيق هذه الآلية، لذا فإنها تستلزم دراسة مستفيضة والبحث عن سبل لتكريس أحكامها في النظام القانوني، لذا جاء البحث لبيان الأساس القانوني لإعادة التفاوض.

ثانياً: أسباب اختيار البحث:

قبل اطلاقنا على مصطلح الية إعادة التفاوض، كان لنا رغبة سابقة لدراسة مادة قانونية تمكن المتعاقدين من مواجهة الظروف والأحداث غير المتوقعة والتي تسبب اختلالاً للتوازن الاقتصادي للعقد ويعيد استمرارية تنفيذه دون طرق أبواب القضاء. ومن أسباب تلك الرغبة الأحداث والظروف التي مرت على العراق عامة وعلى اقليم كردستان خاصة وأصابته العقود بشلل كبير، ناهيك عن الظروف الأمنية والعسكرية ووباء الكورونا، فقد أثقلت هذه الظروف كاهل المؤسسات المالية مما

ادى الى تعليق تنفيذ معظم العقود، لعدم توفير الالتزامات المالية. وكان اختيارنا لدراسة آلية إعادة التفاوض وبيان أساسه القانوني امليين ان تجد هذه الآلية مكاناً لها في القانون المدني العراقي لانفرادها بمميزات وخصائص لا تتمتع بها غيرها من المفاهيم المشابهة.

ثالثاً: مشكلة المبحث:

تأتي مشكلة البحث من غياب التنظيم التشريعي الخاص بإعادة التفاوض، في العقود المدنية، اذ لا تعتمد معظم القوانين المدنية تلك الآلية بل تتضمنه بعض التشريعات الخاصة، وتعليل ذلك لتبني تلك القوانين نظرية القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة لمواجهة القوة الملزمة للعقد، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ سلطان الارادة ومبدأ الحرية التعاقدية للأطراف حيث ان إعادة التفاوض تختلف عن النظريتين الآنف الذكر. لذا انصببت الجهود في العمل على ملائمة القواعد العامة في القوانين المدنية المقارنة وما جاءت به القوانين الخاصة المذكورة أعلاه لمعالجة مشكلة التغيير في الظروف بشكل عام مع القواعد التي تحكم الية إعادة التفاوض.

رابعاً: فرضية البحث:

ان دراسة إعادة التفاوض تضع أمام الباحث فرضيات عن جوانب متعددة في مجال البحث والتطبيق، فيأى الى مدى يمكن ان نجد لإعادة التفاوض اساساً قانونياً سواء تمثل الاساس بالإرادة او بالتشريع؟ وهل النص على مبادئ العدالة وحسن النية عند تنفيذ العقد يغني عن النص على إعادة التفاوض كما ذهب اليه التعديل الفرنسي؟ وإلى أي مدى يؤثر إعادة التفاوض على القوة الملزمة للعقد؟

خامساً: منهج البحث :

سنعتمد في كتابة هذا البحث على المنهج التحليلي، من خلال تحليل ما تتضمنه المواد المتعلقة بأحكام إعادة التفاوض والمتعلقة بمسألة اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، في القانون العراقي والمصري والفرنسي بالاعتماد على القواعد العامة المنظمة للعقد، للوصول إلى اسس قانونية يمكن الاستناد عليها لمعالجة المشاكل الناشئة عن تغير الظروف، ووضع حلول وتنظيمها في قوالب قانونية مهيئة للمشروع في حالة الحاجة اليها عند مراجعة

القوانين المدنية، وكذلك الاستناد على المنهج المقارن في ظل التشريعات المقارنة لتسليط الضوء على إعادة التفاوض من خلال أحكام القانون المدني العراقي والمصري والفرنسي، والقوانين الخاصة، ومقارنتها مع موقف الفقه والقضاء والأحكام القضائية لمحكمة التمييز الاتحادية في العراق ومحكمة النقض المصرية ومحكمة النقض الفرنسية.

سادساً: خطة البحث:

للإحاطة بمعالجة مشكلة البحث والفرضيات المطروحة ارتأينا تقسيم البحث على الخطة التالية: سنتناول في مطلب تمهيدي ماهية إعادة التفاوض، وفي المبحث الأول الأساس الإرادي لإعادة التفاوض، اما المبحث الثاني الأساس التشريعي لإعادة التفاوض في حالة عدم إدراجه في العقد، مختتماً البحث باستنتاجات والتوصية.

مطلب تمهيدي

ماهية إعادة التفاوض

مع ازدياد إقبال الناس على ابرام العقود المستمرة التنفيذ ظهرت الكثير من المشاكل التي واجهت طرفي العلاقة عند تنفيذ العقد من ظروف وتغيرات تؤدي الى اختلال التوازن للعقد أثناء تنفيذه، وتفضي الى خسارة كبيرة للمدين مما تسبب تكدير العلاقة بينهم، لذا كان من الضرورة بمكان إيجاد حلول لإصلاح الخلل الناشئ من تلك الظروف، وقد وجدت نظرية لتجنب الإرهاق والخسارة الفادحة في العقد وهي نظرية الظروف الطارئة الا انها ليست الطريقة الوحيدة لمواجهة تلك الظروف المؤثرة على التوازن المالي، والمتمثلة بإعادة التفاوض. لذا سنقسم هذا المطلب الى فرعين نتكلم في الفرع الأول عن مفهوم إعادة التفاوض من حيث تعريفه وخصائصه وفي الفرع الثاني عن أوجه الشبه والاختلاف بين إعادة التفاوض والظروف الطارئة.

الفرع الاول مفهوم إعادة التفاوض وخصائصه.

سنتناول في هذا الفرع تعريف إعادة التفاوض واهم خصائصه

أولاً: تعريف إعادة التفاوض

لقد وردت بشأن إعادة التفاوض عدة تعاريف، واختلفت المصطلحات التي استعملت للتعبير عنها.

"التزام الأطراف بمناقشة وتبادل الاقتراحات في ظروف معينة، نتيجة لتغيرات خارجة عن إرادتهم والتي اعترضت العقد، أثناء تنفيذه مما يؤدي إلى إعادة تنظيمه مثلما يحدث في الاتفاقيات الجماعية للعمل" (5).

ويرى الباحث رغم ان واجب القضاء هو تطبيق القانون، الا ان المشرع الفرنسي ترك للقضاء دورا في تطوير وتحديث المنظومة القانونية الفرنسية في العديد من المجالات وان القضاء الفرنسي استطاع خلال العقود الماضية، القيام بهذا الدور التطويري عبر اجتهاداته القضائية، وإيراده تعاريف للكثير من المصطلحات والمفاهيم القانونية وقد تجلّى هذا الدور القضائي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود، حيث تبنى هذه الإصلاحات في نصوصه معظم الاجتهادات والمبادئ التي رسخها القضاء على مدى عقود طويلة من الزمن.

وبناء على ما تقدم يمكننا تعريف إعادة التفاوض بأنها، الية لمعالجة اثار تغير ظروف تنفيذ العقد، عن طريق إعادة النظر بينود العقد بصورة شاملة من خلال الدخول في مفاوضات جديدة بحسن نية يلجأ إليها أحد المتعاقدين لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد الذي اختل نتيجة لتغير الظروف التي كانت سائدة عند إبرام العقد.

ثانيا: خصائص إعادة التفاوض

يتميز إعادة التفاوض بعدة خصائص منها: -

1- إعادة التفاوض يمكن ان يكون شرط يدرجه المتعاقدان في العقد ويستمد قوته منه، ومن الممكن ان يستمد قوته من القانون في حالة عدم ادراجه كشرط. ففي حالة كونه شرطا عادة يتم تنظيمه بشكل مفصل، حيث يبين أطراف العقد مفهومهم لهذا الشرط والأحداث التي يواجهها وأثارها على العقد، والحلول التي سوف يتم اللجوء إليها من قبل الأطراف في حالة حدوث تلك الأحداث وهذه الخاصية تعرض على الأطراف لتحديد عناصر هذا الشرط حتى يتم اللجوء اليه دون حدوث خلاف بينهم (6). فهو يسمح للأطراف بالاقتراب بشكل مرن وبحسن نية لإيجاد حل مناسب لمعالجة النتائج الضارة التي سببها تغير الظروف (7).

2- يعد أحد طرق المحافظة على العقد من الزوال، وانقاذه من الانهيار من خلال التفاوض دون اللجوء الى القضاء، الذي

فعرّف البعض إعادة التفاوض بأنها " شرط يدرجه الاطراف في العقد يتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم بقصد تعديل احكام العقد عندما تقع احداث معينة يحددها الاطراف من شأنها الاخلال بتوازن العقد واصابة أحد المتعاقدين بضرر جسيم ". (1)

وعرفه اخر بأنه " شرط يدرجه المتعاقدان في العقد أو ينص عليه المشرع، بمقتضاه يلتزم الأطراف بإعادة التفاوض عندما تقع أحداث من طبيعة معينة مستقلة عن إرادة الأطراف وتوقعاتهم، وتكون من نتيجتها الإخلال الجسيم بتوازن العقد، ويهدف هذا الالتزام إلى تعديل العقد حتى يتماشى مع الظروف الجديدة وإعادة التوازن العقدي الذي اختل بسبب هذه الظروف ". (2)

في حين عرفها اخرون بأنها " التزام الأطراف بإعادة التفاوض بشأن العقد، لمواجهة الظروف الطارئة بهدف تعديل الالتزامات التعاقدية إلى الحد المعقول لرفع الضرر الجسيم الذي يتحمله أحد الأطراف من جراء تلك الظروف ". (3)

كما عرفت إعادة التفاوض بأنها " وسيلة يلجأ إليها المتعاقدان من أجل معالجة ما قد يستجد من ظروف في أثناء عملية تنفيذ العقد " (4)

على الرغم من الاختلاف في الصيغ المتبعة في التعريفات التي ذكرت في إعادة التفاوض إلا أنها لا تختلف كثيرا في مضمونها وان الفقه يكاد يكون متفقا على مسائل محددة في تعريفه لاعادة التفاوض هو اتفاق الأطراف على معالجة اختلال التوازن الاقتصادي، الذي يترتب عن التغير في الظروف التي تطرأ على العقد وتعيق تنفيذه، عن طريق مراجعة بنود العقد وتعديله لتخفيف الاضرار التي من الممكن ان يتكبده المدين في حالة بقاء العقد على ما هو عليه.

اما على مستوى التشريع المدني العراقي والتشريعات المقارنة فلم يقيم المشرع بتعريف او تحديد مفهوم إعادة التفاوض.

اما على مستوى القضاء، نجد أن القضاء العراقي والمصري لم يقوموا بتعريف إعادة التفاوض. بينما القضاء الفرنسي قام بتعريف إعادة التفاوض، اذ أن محكمة النقض الفرنسية كانت في مقدمة الهيئات القضائية التي عرفت إعادة التفاوض وذلك في حكمها الصادر في 30 مارس 1982، حيث عرفته بأنه:

بعد إبرام العقد، وأنه مستقل عن ارادة الأطراف، وأنه سبب اختلالا في توازن العقد الاقتصادي⁽¹³⁾.

3- المهدف من تطبيق الظروف الطارئة واعادة التفاوض هو المحافظة على العقد من الانفساخ وضمان استمراره بعد معالجة الخلل الذي أصابه جراء تغير الظروف⁽¹⁴⁾.

4- نطاق تطبيقهما في الوقت اللاحق لإبرام العقد أي في فترة تنفيذه، ويكون مجال تطبيقهما في العقود المستمرة وذات الأجل الطويل⁽¹⁵⁾.

ثانيا: أوجه الاختلاف بين الية اعادة التفاوض ونظرية الظروف الطارئة

1- تتميز الظروف الطارئة في القوانين المدنية التي تتبناها، مثل القانون المدني العراقي، والقانون المدني المصري بالطابع الملزم للأطراف، ولا يجوز لهما الإتفاق على استبعادها في مجال التطبيق، كونها من النظام العام وأي اتفاق على غير ذلك يقع باطلاً⁽¹⁶⁾. وهذا خلاف ما عليه اعادة التفاوض، حيث أن مصدرها اتفاق طرفي العقد، ويمكنهما التوصل الى حل مقبول بشكل ودي ومرض. وحتى القانون المدني الفرنسي بعد التعديل، فإن المشرع لم يجعل من آلية اعادة التفاوض ملزماً بل يحق للأطراف الإتفاق على استبعادها من العقد⁽¹⁷⁾.

2- لا يخول للقاضي سلطة تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة من تلقاء نفسه، الا إذا تمسك بها أحد الاطراف وطالب بتطبيقها، وإنما يتدخل القاضي لرد الإرهاق الى الحد المعقول⁽¹⁸⁾، أما في حالة اعادة التفاوض، للقاضي أن يفرض على الطرفين، الدخول في المفاوضات وبحسن النية حل مشكلة تغير الظروف دون الالتزام بالتوصل الى حل يعيد للعقد توازنه.⁽¹⁹⁾

3- لتطبيق الظروف الطارئة يشترط ان يكون الحدث المسبب للاختلال في التوازن الاقتصادي للعقد عامّاً واستثنائياً اما في حالة اعادة التفاوض فلا يشترط ذلك، لان المهدف من تطبيق اعادة التفاوض هو معالجة تأثير حادث لا يشترط ان يكون عاما بل يمكن ان يكون خاصا بالمدين ونشاطه، فالعبرة تكون في الأثر الناتج عن الحدث دون الحاجة أن يكون عاماً واستثنائياً⁽²⁰⁾.

يطول امده وبالتالي قد تفوت الفرصة على أحد أطراف العقد لبلوغ هدف المنشود بسرعة ومرونة، دون الانتظار لمواعيد المحاكم وتأجيلاتها اي ان الية اعادة التفاوض تمنح أطراف العقد الحماية عند حدوث خطر اثناء تنفيذ العقد.⁽⁸⁾

3- تنوع صور التعبير عن اعادة التفاوض في العقود، أي أن مضمونه ليس واحداً في كل العقود بل يتنوع. وفقاً لطبيعة الظروف المرافقة لتنفيذ العقد بحيث تختلف صور التعبير عنه من عقد لآخر، ففي بعض العقود مثلاً قد يواجه المتعاقدان ظرفاً اقتصادياً استثنائياً فيلجأ الى اعادة التفاوض، في حين يواجه ظرفاً غير اقتصادي في عقود أخرى، سواء كانت سياسية أو مالية أو قانونية أو غيرها⁽⁹⁾.

الفرع الثاني: مقارنة بين الية اعادة التفاوض ونظرية الظروف الطارئة.

ان نظرية الظروف الطارئة⁽¹⁰⁾ والية اعادة التفاوض هما وسيلتان قانونيتان لمعالجة مشاكل تتعرض لها العقود المدنية في فترة تنفيذها بسبب ظروف وحوادث غير متوقعة، عامة واستثنائية تؤدي الى خلل في التوازن الاقتصادي ويجعل التنفيذ مرهقا وليس مستحيلاً. من المعلوم أن نظرية الظروف الطارئة تم تنظيمها في التشريعات المدنية العراقية والمقارنة⁽¹¹⁾. وهناك بعض من نقاط التشابه والاختلاف بينهما وكما نبينها كما يلي:

أولاً: أوجه التقارب بين الية اعادة التفاوض والظروف الطارئة: -

1- تعد نظرية الظروف الطارئة والية اعادة التفاوض من الوسائل التي تعالج تغير الظروف واختلال التوازن الاقتصادي للعقد، وان الظروف والأحداث التي توجب تطبيق نظرية الظروف الطارئة قد تكون هي ذاتها في تطبيق آلية إعادة التفاوض، مثل قيام الحرب أو حدوث الكوارث الطبيعية، أو صدور قانون أو قرار معين قد تؤدي الى إحداث خلل في التوازن الاقتصادي للعقد، مما يجعل من التنفيذ أمراً مرهقاً ويهدد المدين بخسارة فادحة⁽¹²⁾.

2- تشترك كل من الظروف الطارئة واعادة التفاوض في شروط إعمالهما وتفعيلهما حيث يشترط أن يكون الحدث غير متوقعاً عند إبرام العقد، ولا يمكن دفعه من قبل الأطراف، الحدث وقع

المشتركة بين أطراف العلاقة العقدية والتي تستند إلى سلطان الإرادة الذي يمنح السلطة لتضمين العقد فيما يتفقون عليها من البنود، ومنها الاتفاق على آلية إعادة التفاوض بغية معالجة الآثار الناجمة عن تغير الظروف.

عليه سنقسم المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول مدى حرية أطراف العقد في الاتفاق على آلية إعادة التفاوض، والمطلب الثاني الاتفاق على آلية إعادة التفاوض وأثره على القوة الملزمة للعقد.

المطلب الأول

مدى حرية أطراف العقد في الاتفاق على آلية إعادة التفاوض

تخضع العقود المدنية إلى قاعدة أساسية هي بمثابة دستور، تتمثل في مبدأ حرية الإرادة، وبعبارة أدق خضوعها إلى مبدأ سلطان الإرادة، ويراد به هو أن لإرادة الإنسان القوة والفاعلية لأن تنشئ في مجال التصرف القانوني الحقوق والالتزامات، إذ أنها تنشئ الالتزامات التعاقدية وليس القانون، ويجد هذا المبدأ أساسه في الحرية التي يتمتع بها الأفراد في إبرام العقود باعتبار أن الإنسان هو خير من يعرف بمصلحته ويدافع عنها ولا يتصور بالتالي إضرار الإنسان بنفسه وإذا ما خيف إلحاق الضرر بالآخرين فإن قاعدة تعارض المصالح تحول دون ذلك فكل طرف يشترط ما يكفل ويحقق مصالحه وبذلك يكون هنالك نوع من توازن المصالح في العقد بما يضمن عدم إضرار أي طرف (26).

واستناداً لما تقدم فإن مبدأ سلطان الإرادة يقوم على أساس الحرية التعاقدية والرضائية، فالرضا وحده يعد كافياً لإنشاء العقد دون اشتراط أن يكون لهذا التعبير شكلاً معيناً يصاغ فيه وأن يكون هذا الرضا نابعاً عن إرادة معتبرة (27)، والمساواة بين المتعاقدين أي أن يكون كلا المتعاقدين في مركز قانوني متساوي بحيث لا يستطيع أحد طرفي العقد أن يملّي على الآخر شروطاً أو التزامات لا يرتضيها وبذلك يتساوى طرفا العقد في إنشاء العقد والابقاء عليه نافداً أو إلغائه (28).

وعليه فإن إعادة التفاوض بوصفه آلية يدرجه الطرفان في العقد هو محض تطبيق لهذا المبدأ، ولا يجب أن يتبادر إلى الذهن مدى جدوى وأهمية هذه الآلية، طالما أن الأطراف المتعاقدة قادرة على الاتفاق على التعديل اللاحق للعقد، لأن هذا الاتفاق

4- تعد الظروف الطارئة من أهم الاستثناءات الواردة على مبدأ القوة الملزمة للعقد، لأنها تسمح للقاضي بالتدخل في محتوى العقد وإحداث تغييرات فيه، سواءً بالزيادة أو النقصان، وأن يرد الالتزام المرهق للمدين إلى الحد المعقول رغم معارضة الدائن، حيث يحصل ذلك بقوة القانون، إذ أن أي اتفاق بحرمان القاضي من حقه في التعديل يقع باطلاً. (21) بينما إعادة التفاوض، لا تسبب أي إهدار للقوة الملزمة للعقد، بل يبحث لإيجاد فرصة لإنقاذه من الزوال، كما أن تقييد القوة الملزمة لا تتحقق إلا إذا انفرد أحد أطراف العقد بتعديله أو نقضه، أما إذا تفاوض المتعاقدان وتراضيا على تعديله فإن ذلك يشكل تطبيقاً وتأيداً لمبدأ القوة الملزمة للعقد. (22) إضافة إلى ذلك فإن آلية إعادة التفاوض بتقرر بناءً على نص من العقد نفسه. ورغم ورود النص في القانون المدني الفرنسي بعد التعديل فإن المشرع أعطى للأطراف الدور الرئيسي في الوصول إلى اتفاق، وعند تعذر التوصل إلى حل لإعادة التوازن إلى العقد بموجب إعادة التفاوض، أجاز للقاضي التدخل بناءً على طلب أحد الأطراف. (23)

5- يترتب على أثر تطبيق الظروف الطارئة، حلول قانونية تسمح للقاضي رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ولا تسمح له بالحكم على الفسخ بناءً على طلب أحد الأطراف، وليس للقاضي رفع جميع الخسارة عن كاهل المدين ولكنه يقلل من خسارته مراعاة لمصلحة الطرفين (24). بينما تطبيق إعادة التفاوض تقتضي منح طرفي العقد مجاًلاً واسعاً للتفاوض واختيار الوسيلة الملائمة لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد، وأن الاتفاق الناجم عن تراض الطرفين تمتاز بنوع من العدالة والرضا وتخرج عن سلطة القاضي والأحكام المفروضة عليهم. (25)

المبحث الأول

الأساس الإرادي لإعادة التفاوض

تعد الأهمية الاقتصادية للعقد، هي الهدف الأول لإبرامه من قبل المتعاقدين فمن مصلحة الأطراف المحافظة على العقد وحمايته من آثار تقلبات الظروف المحيطة بتنفيذها، لذا نشأت آلية إعادة التفاوض من صميم الإرادة التعاقدية، وهي الإرادة

يكون بمحض اختيار الأطراف (29)، أما إدراجه في العقد فيضفى الصفة اللازمة على المتعاقدين بضرورة الدخول في التفاوض بحسن نية، للتوصل إلى حل لإعادة التوازن العقدي الذي اختل بسبب تغير الظروف ، وبالتالي يتعرض الطرف الممتنع عن التفاوض للمسؤولية العقدية.

وطالما كان إعادة التفاوض يجد أساسه القانوني في إرادة الأطراف بالدرجة الأولى، فإن نطاقه وآثاره يتحدد بما اتفق عليه الاطراف، ومن ثم تختلف صورته تبعاً لاختلاف الصيغ العقدية المدرجة في العقد، مما يعني أن هذا الالتزام ليس واحداً في كل العقود، بل يختلف ليس فقط من عقد لآخر، بل في العقد الواحد يختلف حسب الصيغة التي يتبناها العاقدان في عقدهم. ونستنتج من كل ما تقدم أن المتعاقدين يتاح لهما حرية واسعة في تنظيم العقد واختيار الشروط التي تناسب ظروفهم وكون ذلك نابع من الحرية التعاقدية و الإرادة، وفي هذا جاء المشرع العراقي بقاعدة عامة في حرية الاشتراط لا أنه أورد بعض الاستثناءات المتعلقة بالقانون والنظام العام والآداب العامة، إذا نصت المادة (131) من القانون المدني العراقي على:

1- يجوز أن يقترن العقد بشروط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة.

2- كما يجوز ان يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً او مخالفاً للنظام العام او للآداب

ويتضح لنا من نص هذه المادة ان المشرع العراقي قد جاء بمبدأ عام مفاده حرية الأطراف المتعاقدة في الاشتراط بشرط ان لا يخالف ذلك القانون والنظام العام والآداب العامة. (30)

المطلب الثاني

الاتفاق على إعادة التفاوض وأثره على القوة الملزمة للعقد
يعتبر العقد استناداً الى مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية قانوناً لعاقديه، وهو ما يسمى بالعقد شريعة المتعاقدين، والذي ينتج عنه ضرورة التزام الاطراف بعقدهم فمتى ما أبرم العقد لا يجوز نقضه أو تعديله ولو تغيرت الظروف التي وأكبت فترة ابرامه (31)، (32). ويترب على العقد شريعة المتعاقدين وجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ وتفسير

العقد، وعلى القاضي أن يتبع في التفسير نفس طرق التفسير المنصوص عليها في القانون باعتبار العقد قانون المتعاقدين وعليه البحث عن الإرادة الحقيقية المشتركة لطرفي العقد صريحة كانت أم ضمنية وأن يأخذ بها، وألا يلجأ إلى إحلال تفسيره الخاص محل إرادة أطراف العقد (33).

كما يجب على طرفي العقد تنفيذ العقد بصدق واستقامة وشرف والالتزام بالغاية المرجوة من موضوع العقد بحيث لا يؤدي ذلك إلى الإضرار بالغير بدون سبب مشروع ويأخذ كل ذي حق حقه بأمانة وصدق وإخلاص (34).

وقد نصت معظم التشريعات المقارنة على مبدأ القوة الملزمة للعقد، ففي العراق نصت الفقرة (2) من المادة (146) من القانون المدني العراقي على القوة الملزمة للعقد بقولها " إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي"، كما ألزمت المادة (150) منه المتعاقدين بتنفيذ العقد وفقاً لما ورد فيه وبحسن نية حيث نصت الفقرة (1) من هذه المادة على أنه (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)، وأكد عليه القضاء العراقي (35).

وكذلك الحال فعل المشرع المصري حيث نصت الفقرة (2) من المادة (147) من القانون المدني المصري على أن "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون"، وأكد عليه القضاء المصري (36)، وكذلك فعل المشرع الفرنسي في المادة الفقرة (1) من المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل حيث جاء فيها " تقوم الاتفاقيات المبرمة بشكل قانوني مقام القانون بالنسبة إلى من أبرموها، ولا يمكن الرجوع عنها إلا برضاهم المتبادل أو للأسباب التي يبيحها القانون، ويجب أن يتم تنفيذها بحسن نية " (37) وتم تقسيم هذه المادة بين المادتين (1103) و (1104) بعد تعديلات 2106 في القانون المدني الفرنسي (38)، حيث جاء في المادة (1103) منها "تنزل العقود المبرمة على الوجه القانوني منزلة القانون للذين انشؤوها" وجاء في المادة (1104) " يجب التفاوض على العقود و ابرامها وتنفيذها بحسن النية، ويعتبر هذا الحكم من النظام العام " (39) وهذا ما

العقدية واستمرارها، ونفس الكلام ذاته عن نظرية الظروف الطارئة التي تسمح للقاضي بالتدخل في العقد وإعادة التوازن بين طرفي العلاقة العقدية بشكل يتلاءم والظروف الجديدة كل ذلك دون استحصال موافقة أو رأي الأطراف المتعاقدة ، لذلك ستكون تلك التعديلات القضائية في الغالب لا تتماشى ومصالح الاطراف لأنها خارجة عن إرادتهم وتوقعاتهم.

ان إعادة التفاوض كوسيلة يستطيع المدين من خلالها المطالبة بإعادة النظر في تنفيذ الالتزام المترتب عليه، استجابة لمتغيرات الظروف الاقتصادية المحيطة بالعقد. وأصبح اللجوء إلى هذه الوسيلة حقا للمدين ضمنه القانون، مما يشير إلى تطور مفهوم القوة الملزمة للعقد في المبادئ القانونية الحديثة كالفرنسي مثلا ، فالقوة الملزمة للعقد، سيما في العقود المستمرة ليست ثابتة ومطلقة، وإعادة النظر في بنود العقد من قبل القضاء في بعض الظروف أمر لا مفر منه ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفه، وبذات الوقت ترك لإرادة المتعاقدين دوراً مهماً في إعادة النظر في شروط العقد الذي أبرماه (46).

وهناك من أشار إلى أن تطبيق آلية إعادة التفاوض لا يمكن أن يتعارض بأي حال من الأحوال مع مبدأ القوة الملزمة للعقد، وان التخوف من كونه يؤثر على مبدأ القوة الملزمة للعقد تخوف لا أساس له، لأن تطبيقه لا يمكن أن يتم إلا بوساطة الأطراف معا وبرضاها، ولا شك أن ذلك يعد تطبيقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد (47).

وبالإضافة إلى ذلك ان إعادة التفاوض تعمل على تأكيد القوة الملزمة للعقد ، لأن طبيعة الشروع في أعمال إعادة التفاوض تستلزم إرادة الطرفين، ولا يمكن القول بأي حال من الأحوال أن تنفيذ هذه الآلية تتم خارج إرادتهم، وذلك ان آلية إعادة التفاوض تعالج المشكلة بالحوار الودي والتواصل بالتراضي الى ما فيه مصلحة الطرفين ولا يكون التعارض والنقض كونه يتم من خلال تبادل وجهات النظر، مما لا يمكن تصور وقوعه إلا بإرادة حرة مختارة، ومن ثم فقرارهم سيكون وليد إرادتهم المشتركة ومرضيا لهم، وهذا هو جوهر القوة الملزمة للعقد، الا إذا انفرد أحد الأطراف وتحلل من التزاماته تجاه العقد. اما إذا كان إعادة التفاوض يقوم على أساس كونه شرطاً أدرجه الأطراف في العقد

سار عليه بعض قرارات القضاء الفرنسي (40). وبناءً على ما تقدم يلاحظ ان العقد لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الأطراف أو للأسباب التي يحددها القانون، فلا يجوز لأي من المتعاقدين أن ينفرد بنقض العقد ولا تعديله، لأن العقد ثمة اتفاق بين إرادتين، ومن ثم لا تستطيع إرادة واحدة أن تعفي منه أو تعدل فيه (41).

غير أن الأعمال الكاملة العقد شريعة المتعاقدين قد يترتب عليه إلحاق خسارة فادحة بالمدين، وقد يستحيل أو يصعب أحياناً وبسبب ظروف معينة من أن ينفذ التزامه، وعليه هنالك حالتين يكون فيه خروجاً عن الأصل العقد شريعة المتعاقدين، وبذلك تمثل مساساً بمبدأ القوة الملزمة للعقد وهما (42): -

أولاً: حالة حدوث القوة القاهرة، وذلك عندما تؤدي الظروف المتغيرة وغير المتوقعة إلى استحالة التنفيذ، فيحكم بانفساخ العقد وإعفاء المدين من المسؤولية، وبالتالي حدوث ظروف قاهرة وغير متوقعة، تترتب على ذلك استحالة قيام المدين من تنفيذ التزامه تجاه رب العمل، وتؤدي هذه الظروف إلى الاستحالة المطلقة، وبذلك ينتهي العقد ويتم إعفاء المدين من المسؤولية تجاه الدائن، وهذا ما اقر به اغلب التشريعات المقارنة ومنها القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري، (43) وأكد عليه القضاء العراقي والمصري . (44).

ثانياً: حالة حدوث الظروف الطارئة، فبمجرد إعمالها عندما تؤدي الظروف المتغيرة إلى إرهاب المدين فيما إذا استمر الآخر في تنفيذ العقد دون تعديل، وهذا ما نصت عليها الفقرة (2) من المادة (146) من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة الفقرة (2) من المادة (147) من القانون المدني المصري، لذلك يتدخل القاضي لإعادة التوازن من خلال زيادة التزامات الدائن أو إنقاص التزامات المدين (45).

يتضح لنا مما تقدم من كلا الحالتين أعلاه ، انه يكون هنالك خروج على الارادة التعاقدية ، ومساس بمبدأ القوة الملزمة للعقد، ففي حالة حدوث القوة القاهرة تكون النتيجة انفساخ العقد، لاستحالة تنفيذه مع الإعفاء من المسؤولية ان كان القوة القاهرة خارجاً عن إرادته وتوقعاته، ولا شك أن انفساخ العقد يتعارض ومبدأ القوة الملزمة للعقد، التي تهدف إلى الإبقاء على العلاقة

المطلب الأول

مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد

يلتزم أطراف العقد، بمراعاة حسن النية عند تنفيذهم للعقد، وعليهم ان يبذلوا قصارى جهدهم من اجل التوصل الى حلول مقبولة عند تعرض عقدهم الى ظروف وأضرار غير متوقعة، حفاظاً على العقد . فالقانون يفرض على الأطراف التزامات حسن النية والعدالة إضافة الى الأمانة والتعاون والثقة⁽⁴⁹⁾ التي هي من مظاهر حسن النية وكذلك منعت التشريعات المقارنة ما ينتفي حسن النية من التعسف في استعمال الحق والغبن والاستغلال.⁽⁵⁰⁾

وقد ذهب راي من الفقه الى اعتبار العدالة وحسن النية صنوان فاعتبر العدالة عنصرًا أساسيًا مساعداً لحسن النية باعتباره موقفًا قصدياً من جانب صاحبه يؤدي الى تحقيق العدالة بين أطراف العقد⁽⁵¹⁾.

وقد ذهب رأي الى تعريف مبدأ حسن النية بأنه " التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة التي انشئ من أجلها والتزم بها كل من أطراف العقد بحيث لا تؤدي هذه الممارسة الى الإضرار بالغير دون مسوغ مشروع، بل توصل كل ذي حق الى حقه بأمانة"⁽⁵²⁾

وعرفه آخر عند مرحلة إبرام العقد بأنه "التزام بتوجيه الإرادة في تحقيق الغرض المباشر من إبرام العقد بحيث ينسجم مع المصالح المبررة المشروعة للطرف الاخر".⁽⁵³⁾

إن مبدأ حسن النية يفرض على المتعاقدين التعامل بحسن النية، أي الالتزام ليس فقط بما تم النص عليه في العقد وإنما الالتزام بما تقتضيه العدالة والقانون، لذا فإن تعرض العقد الى ظروف غير متوقعة وأضرار جسيمة، عند ذلك يبحث في وجوب تعاون أطراف العقد بحسن النية لإصلاح الخلل من أجل تحقيق الأهداف التي ابرم العقد من أجلها، فمبدأ حسن النية والعدالة يدفعان كل متعاقد الى تسهيل تنفيذ التزام المتعاقد الاخر.⁽⁵⁴⁾، لهذا ذهب جانب من الفقه الى ان وجوب التزام أطراف العقد بإعادة التفاوض في حالة عدم اتفاقهم عليه في

فهنا نكون امام التطبيق العملي للقوة الملزمة للعقد، لكون الإرادة التعاقدية هي الأساس في إدراج هذا الشرط وكذلك هي الأساس في تنفيذه، وبذلك سنصل إلى نتيجة ثابتة تتمثل أن الية إعادة التفاوض كوسيلة إرادية لمعالجة مشكلة تغير الظروف، يشكل تطبيقاً حقيقياً وعملياً لمبدأ القوة الملزمة للعقد كونه نابع من صميم الإرادة التعاقدية ، وتم تنفيذه من قبل هذه الإرادة ذاتها.⁽⁴⁸⁾

ويرى الباحث ان آلية إعادة التفاوض من أكثر التقنيات القانونية فاعلية في الحفاظ على القوة الملزمة للعقد مقارنة بغيرها من النظريات القانونية، بسبب اتاحتها الفرصة للمتعاقدين لمراجعة العقد، كونهم الأحرص على استمرار العقد والحفاظة على مصلحتهم.

المبحث الثاني

الاساس التشريعي لإعادة التفاوض في حالة عدم

إدراجه في العقد

كما هو معلوم ان المتعاقدين وقبل ابرام العقد يتفقان على كل ما يضمن تنفيذ عقدهم بأحسن ما يكون، ومن ضمنها الإتفاق على آلية إعادة التفاوض، كآلية يلجأ اليها المتعاقدان عند تعرض عقدهم الى ظروف غير متوقعة تؤدي الى اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، ولكن قد لا يتفق الطرفان على إدراج مثل هذه الآلية في العقد، ثم تقع حوادث تعرض العقد الى تغير في الظروف افضى الى اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد.

فما هو الاساس القانوني الذي يمكن الاستناد اليه بهدف اعادة التوازن الى العقد، بموجب آلية إعادة التفاوض ؟ ومدى امكانية تطبيق هذه الآلية عند عدم اتفاق الأطراف على ادراجه في العقد بشكل صريح ؟ عليه سنقسم المبحث الى مطلبين، المطلب الاول : مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد والمطلب الثاني إعادة التفاوض في التشريعات الخاصة والقانون المدني الفرنسي.

2- المفهوم الموضوعي لمبدأ حسن النية :

يقوم المفهوم الموضوعي لحسن النية على أساس قيم أخلاقية، بدافع استقرار النظام وتوفير العدالة في المعاملات. (62) ووفقاً لهذا المفهوم فإن مبدأ حسن النية يشكل قاعدة للسلوك تتطلب من الأشخاص مراعاة النزاهة والأمانة في تعاملاتهم ، وبهذا المعنى يصبح حسن النية مفهوماً موضوعياً لا شخصياً ، وهو يعتبر ذات طابع أخلاقي للسلوك وفق تقدير موضوعي ، وفقاً للسلوك الحسن الذي تتطلبه الحياة في المجتمع. (63)

لذا وجب على الأطراف مراعاة التعامل المألوف والصدق والالتزام بها في جميع مراحل العقد ، وليس فقط في مرحلة التنفيذ ، والأخذ بعين الاعتبار مصلحة الطرف الآخر، إلا أنه لا يمنع أحد طرفي العقد اتخاذ قرار من شأنه التأثير على مصلحة الطرف الآخر. (64)

أو يستغل الثغرات القانونية التي تسمح الحصول على مزايا على حساب غيره مادام في أحكام القانون (65)، وهذا هو التعسف في استعمال الحق وهو ما يناهز مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد . وبالتالي فإن المشرع العراقي ربط المفهوم الشخصي في جوانب كثيرة بضوابط موضوعية (66) . أما المشرع المصري أقر المعيار الشخصي فقط، واستبعد المعيار الموضوعي (67).

المطلب الثاني

أساس إعادة التفاوض في التشريعات الخاصة والقانون المدني الفرنسي

وردت آلية إعادة التفاوض في بعض القوانين المدنية صراحة مثل القانون المدني الفرنسي بعد التعديل وكذلك في بعض القوانين والتشريعات الخاصة بشكل واضح وفي بعضها الآخر ضمناً ، وسنتطرق الى ذلك بالتفصيل ، وكذلك الى موقف القضاء من آلية إعادة التفاوض وسنقسمه الى فروع ثلاثة وكما يأتي:

الفرع الأول – أساس إعادة التفاوض في التشريعات العراقية الخاصة والقضاء العراقي

إشارت بعض التشريعات الخاصة الى إعادة التفاوض وكذلك بعض من قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل وموقف

العقد استناداً الى مبدأ حسن النية (55) فهو يشكل مبدأ قانونياً عاماً أساسه العديد من الأنظمة القانونية المختلفة (56).

وقد تبني القانون المدني العراقي وجوب تنفيذ العقود على اساس مبدأ حسن النية في الفقرة الأولى من المادة (150) اذ نصت على (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق ما يوجب حسن النية). وبنفس الاتجاه ذهب المشرع المصري (57). أما القانون المدني الفرنسي، فتبنت مبدأ حسن النية في المادة (1104) من القانون بعد التعديل اذ نصت على أنه (يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن النية). وأعتبر المشرع الفرنسي هذا الحكم من النظام العام. (58)

وبذلك يتضح لنا الاهمية الكبيرة لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود عامة وإمكانية تأسيس الالتزام بإعادة التفاوض في حالة عدم وجود شرط صريح في العقد، بالاستناد الى التشريعات المقارنة وتأييد الفقه والقضاء ووفقاً للقواعد العامة الواردة في القوانين المدنية المقارنة حيث يلتزم الأطراف بإعادة التفاوض وفقاً لمقتضيات مبدأ حسن النية، وأن هذا المبدأ لا يتضمن مدلولاً واحداً ، بل هناك مفهومان للفقه في تحديد مضمون حسن النية أحدهما المفهوم الشخصي والآخر المفهوم الموضوعي لمبدأ حسن النية ونوضحها على النحو الآتي:

1- المفهوم الشخصي لمبدأ حسن النية:

إن مجمل القول في حسن النية بالمفهوم الشخصي هو سلوك المتعاقد الذي لا ينوي الإضرار بالمتعاقد الآخر ولا ينوي كسب منفعة مشروعة على حسابه، وأن مبدأ حسن النية امر مفترض وهو قرينة عامة، فلا يمكن نفيه إلا بإثبات سوء النية، ولكن سوء النية لا يمكن افتراضه بل لابد من الحصول على البينات والقرائن لاستطلاع الحالة النفسية للمتعاقد لمعرفة حقيقة نيته. (59)

وذهب رأي من الفقه ان المفهوم الشخصي لمبدأ حسن النية هو الجهل المبرر بأمر معين يترتب عليه أثر قانوني، فالشخص الذي يتصرف وهو يجهل أنه يعتدي على حقوق الغير كان قصده التزام القانون وليس الخروج عليه، فالحقيقة أن الجهل المبرر والاعتقاد المغلوط صادر من شخص يلتزم احكام القانون. (60) قد اخذ المشرع العراقي بالمفهوم الشخصي (61).

القضاء العراقي وسنوضح ذلك وعلى النحو الاتي :-

اولاً : تعديل سلطة الائتلاف المنحلة لقانون التجارة العراقي رقم (149) لسنة 1970 الملغى، بالرغم من إلغاء قانون التجارة المرقم (149) لسنة 1970 إلا ان الباب المتعلق بالإفلاس مازال نافذا لغاية الان حين صدور قانون ينظم الإفلاس⁽⁶⁸⁾، حيث نصت المادة (565) من القانون المذكور والمعدل من سلطة الائتلاف المنحلة⁽⁶⁹⁾ بموجب امر رقم (78) لسنة 2004 على أنه "يقدم التاجر طلب بإشهار الإفلاس لنفسه وذلك خلال (15) يوم من تاريخ تعليق الدفعات ، تمدد هذه الفترة الى (45) يوم إضافي في حالة تبليغ التاجر بصورة عامة كل دائنيه حول صعوباته المالية وهو يحاول بحسن النية لإعادة التفاوض حول بنود التزاماته".

ويلاحظ من هذه المادة أنها حصرت إعادة التفاوض في نطاق ضيق جداً، وهو إعادة التفاوض حول الديون المترتبة في ذمة التاجر المتوقف عن الدفع وليس إعادة التفاوض بشأن تنفيذ العقد. ويرى أحد الباحثين⁽⁷⁰⁾ أن المشرع العراقي لم يكن دقيقاً في تنظيمه لإعادة التفاوض، اذ جعله في مواد الإفلاس في قانون التجارة الملغى وكان الأجدر به أن ينظمه في أحكام العقد من القانون المدني.

ويرد على هذا الرأي بأن آلية اعادة التفاوض لم تظهر الى الوجود الا حديثاً مقارنة بالقانون المدني الذي كان الاقدم منها ، ومن ناحية اخرى أن تعديل المادة المذكورة والإشارة الى إعادة التفاوض ليس من عمل المشرع العراقي وإنما بأمر من سلطة الائتلاف المنحلة والمشار إليها اعلاه.

ثانياً : قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 المعدل ، نصت المادة (27) على ما يأتي: المادة 27-أولاً- "تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون الى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي ويجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء الى التحكيم التجاري (الوطني أو الدولي) وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه إجراءات التحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق." واتجه رأي الى القول أن القانون أخذ بآلية إعادة التفاوض في المادة المذكورة ولكن أشار إليها ضمناً بوصفها وسيلة لحل النزاع عبر عنها بعبارة (..وفق اتفاق يبرم

بين الطرفين يحدد بموجبه إجراءات التحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق) وهذه من آليات إعادة التفاوض لأن للأطراف حرية اختيار الطريقة التي تناسب حل نزاعهم سواء التحكيم أو القضاء أو إعادة التفاوض أو غيرها.⁽⁷¹⁾

ومن الأهمية بمكان الإشارة الى قانون الاستثمار لإقليم كردستان المرقم 4 لسنة 2006، المادة (17) منه. إذ ورد فيه ما يشبه النص في قانون الاستثمار العراقي المشار إليه آنفاً، والتي تنص على: "تحل المنازعات الاستثمارية وفق العقد المبرم بين الطرفين وعند عدم وجود فقرة فيه بهذا الخصوص تحل بطريقة ودية وبتراضي الطرفين وفي حالة تعذر الحل الودي يجوز للطرفين اللجوء الى التحكيم المبين أحكامها في القوانين المرعية في الإقليم أو وفقاً لأحكام تسوية المنازعات الواردة في اي من الاتفاقات الدولية أو الثنائية التي يكون العراق طرفاً فيه."

يلاحظ أن قانون الاستثمار لإقليم كردستان أكثر وضوحاً للدعوة الى تطبيق آلية إعادة التفاوض بين الاطراف في حال نشوء نزاع بينهم، وحل المشاكل بطريقة ودية وتراضي الطرفين. **ثالثاً: قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل،** ذهب جانب من الفقه الى أن المشرع العراقي عمد الى إعادة النظر في الالتزامات العقدية نتيجة تغير قيمة النقد في أكثر من موضع، وهذه القرارات هي أمثلة واضحة تدل على تدخل المشرع لتعديل التزامات المتعاقدين، وهذا يعني أنه أقر في العديد من المواضع بتغير قيمة النقد وإعادة النظر في العقود ، على سبيل المثال في تقدير بدل الإيجار وإعادة النظر في تقدير القيمة الكلية للعقار.⁽⁷²⁾

تبنى هذه القرارات التطبيق الضمني وأحياناً التطبيق الصريح إعادة التفاوض، وفيما يأتي قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل ذات العلاقة:

أ- قرار مجلس قيادة الثورة رقم 145 لسنة 1991⁽⁷³⁾، حين أجاز للمؤجر والمستأجر الطلب من دائرة ضريبة العقار المختصة إعادة تقدير القيمة الكلية للعقار المأجور كل خمس سنوات ويعاد احتساب بدل الإيجار في ضوء القيمة الكلية الجديدة للعقار المأجور .

ب- قرار مجلس قيادة الثورة رقم 174 لسنة 1992⁽⁷⁴⁾ بتأجيل

القرار المذكور حتى إشعار آخر.

ج- قرار مجلس قيادة الثورة رقم ٥٦ لسنة 2000⁽⁷⁵⁾، الذي بموجبه أعيد النظر في أحكام قانون إيجار العقار رقم 87 لسنة 1979⁽⁷⁶⁾.

رابعاً: موقف القضاء العراقي في مدى إمكانية الأخذ بإعادة التفاوض:

يتشدّد القضاء العراقي مثلاً بمحكمة التمييز في الأخذ بإعادة التفاوض حتى ولو استند الى بند أو شرط صريح في العقد، ويعتبر ذلك وسيلة للتوصل من الالتزامات العقدية في العقد الأصلي، فقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في حكم لها أدعى وكيل المدعى لدى محكمة بداءة كربلاء بأن اتفق المدعى عليهما معهما بصفة مستأجرين بموجب نسبة معينة بموجب عقد إيجار ومصدق في دائرة كاتب العدل ينتهي في 2010/1/1 ووفق شروط متفق عليها وأي إخلال بشرط منهما يعتبر إخلالاً بالعقد كاملاً، وحيث أن العقد ينص في بدايته على أن مبلغ الإيجار هو ثلاثون مليون ديناراً قابلاً للزيادة والنقصان حسب الظروف، وحيث إن الظروف عند التوقيع كانت جيدة جداً والعمل ممتازاً لتواجد الكثير من الزوار الإيرانيين والأجانب الآخرين، فأن الفندق والأعمال المرافقة له كان يعمل بشكل ممتاز وإن إيراداته تغطي النفقات والمصاريف، ولكن تغيّر ظروف العمل وتردي الوضع الأمني وعدم دخول أي زائر أدى إلى توقف الكثير من الفنادق وبما فيها الفندق المؤجر من قبلهما عن العمل نتيجة لذلك مما أصبح مبلغ الإيجار كبيراً جداً ولا يمكن الحصول عليه أو الوفاء به مما يستوجب الرجوع إلى الفقرة الأولى من العقد التي تنص على الزيادة والنقصان حسب الظروف لإنزال قيمة الإيجار بما يتناسب مع واقع الحال، ولكن رغم المطالبة المستمرة لهما بضرورة إنقاص قيمة الإيجار وحسب ما متفق عليه فأنتهم يرفضون ذلك، عليه طلب وكيل المدعى دعوة المدعى عليهما إلى المرافعة والحكم بإنقاص قيمة الإيجار إلى دون النصف أو حسب ما يقدره الخبراء وتحميلهم الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة أصدرت محكمة الموضوع بعدد 183 ب/2005 وتاريخ 2005/11/27 حكماً حضورياً قابلاً للاستئناف والتمييز يقضي برد دعوى المدعىين،

ولعدم قناعة المدعىين بالحكم المذكور أعلاه طعنا به استئنافاً، أصدرت محكمة استئناف كربلاء الاتحادية بعدد 6/س/2006 وتاريخ 2006/1/29 حكماً حضورياً يقضي بتأييد الحكم البدائي ورد الطعن الاستئنافي وتحميل المستأنفين الرسوم واعتبار أتعاب المحاماة المحكوم بها لوكيل المستأنف عليهما مشمولة للمرافعة الاستئنافية، ولعدم قناعة المستأنفين بالحكم أعلاه طعنا به تمييزاً بلائحة وكيلاهما المؤرخة في 2006/2/16 فصدقت محكمة التمييز قرار محكمة الاستئناف وجاء النص على أنه: "لدى التدقيق والمداولة تبين بأن الحكم صحيح وموافق حيث إن الثابت من إضبارة الدعوى إن المميزين المستأنفين/ المدعىين قد استأجرا الفندق العائد للمميز عليهما المستأنف عليهما / المدعى عليهما لقاء بدل إيجار سنوي قدره (ثلاثون مليون ديناراً) وقد تضمنت الفقرة الأولى من عقد الإيجار المصدق من الكاتب العدل في كربلاء بأن يكون بدل الإيجار قابلاً للزيادة والنقصان وحسب الظروف وحيث إن عقد الإيجار من العقود الرضائية التي تستوجب اتفاق الطرفين على بدل الإيجار وتحديد مقدماً، حالة عدم موافقة المستأجر على البدل المسمى إذا حدثت ظروف من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد مرهقاً جاز له فسخ العقد قبل انقضاء مدته (م792)⁽⁷⁷⁾، وبذلك لا يكون للمميزين في هذه الحالة الطلب من القضاء بتعديل عقد الإيجار، وهذا ما قضت به المحكمة في حكمها لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية⁽⁷⁸⁾.

الفرع الثاني- أساس إعادة التفاوض في التشريعات المصرية الخاصة وموقف القضاء المصري

أولاً- قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 الصادر بتاريخ 17/5/1999 الفصل الاول (نقل التكنولوجيا) .

يحق لطرفي العقد إعادة التفاوض حول شروط التعاقد لمعالجة الآثار الناجمة عن تغير الظروف الاقتصادية حسب قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999⁽⁷⁹⁾ حيث نصت المادة (86) على أنه " يجوز لكل من أطراف العقد نقل التكنولوجيا بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ العقد ، أن يطلب إنجاءه أو إعادة النظر في شروطه بتعديلها بما يتلائم مع الظروف الاقتصادية العامة

القائمة ، ويجوز تكرار تقديم هذا الطلب كلما انقضت خمس سنوات ما لم يتفق على مدة أخرى."

نجد أن المشرع المصري قد أشار الى آلية إعادة التفاوض من خلال التفاوض بسبب تغير الظروف الاقتصادية التي تؤثر على نقل التكنولوجيا.

ثانياً موقف القضاء المصري من إعادة التفاوض

أما القضاء المصري فيعتبر القضية المعروفة بقضية تصدير الغاز لإسرائيل وحكم المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة بوقف تنفيذ قرار وزير البترول رقم 100 لسنة 2004،⁽⁸⁰⁾ ، ويعد هذا الحكم اعترافاً بضرورة تضمين العقود آلية إعادة التفاوض، بهدف مراجعة العقد خلال مدة التنفيذ وتعديله لصالح الطرفين في حالة حدوث ما لا يتوقع. ولم نجد أي قضية في القضاء المصري المدني .

الفرع الثالث- أساس إعادة التفاوض في القانون المدني

الفرنسي بعد التعديل وموقف القضاء الفرنسي

أولاً - القانون المدني الفرنسي:

كما هو معلوم ان القانون المدني الفرنسي وقبل التعديل الحاصل في 2016 تبنى موقفاً سلبياً من معالجة مشكلة تغير الظروف واختلال التوازن الاقتصادي للعقد، إذ لم يتضمن أية نصوص قانونية تشير الى إعادة التفاوض ، مما أدى الى وصفه بالقانون المعارض لفكرة تعديل العقد او مراجعته قضائياً ، رغبة منه في استقرار المعاملات وتقديساً لمبدأ سلطان الإرادة.

إلا أن موقف المشرع الفرنسي قد تغير حين أدخل عدة تعديلات على القانون المدني في 2016، فقد نص صراحة على الأخذ بإعادة التفاوض لمعالجة الاختلالات الناجمة عن تغير الظروف.

جاء في المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي بعد التعديل على أن: "إذا حدث تغير في الظروف غير ممكن التوقع عند إبرام العقد ترتب عليه إن صار التنفيذ باهظ الكلفة بالنسبة لأحد الأطراف الذي لم يقبل تحمل تبعه هذا التغير ، يمكن لهذا الأخير أن يطلب من المتعاقد معه إعادة التفاوض على العقد على أن يستمر في تنفيذ التزاماته أثناء إعادة التفاوض، في حالة رفض أو فشل إعادة التفاوض يجوز الاتفاق على فسخ العقد

اعتباراً من التاريخ ووفق الشروط التي يحددها ، أو الطلب من القاضي، باتفاقهم المشترك ، أن يقوم بتطويع العقد في حالة عدم الاتفاق خلال مدة معقولة ، يمكن للقاضي بناءً على طلب أحد الأطراف تعديل العقد أو إنهائه ، اعتباراً من التاريخ ووفق الشروط التي يحددها." (81)

ويعد هذا التعديل في التقنين الفرنسي من الإصلاحات الجديدة التي جاء بها المشرع الفرنسي رغبة منه في مساعدة الطرف المضطرب في تجاوز مشكلة تغير الظروف، فقد قدمت المذكرة الإيضاحية لهذا التعديل على أنه آلية لمعالجة عدم التوازن بين التزامات الأطراف في مرحلة تنفيذ العقد، بأن أجاز للمتعاقد المضطرب ان يطلب من الطرف الآخر إعادة التفاوض حول شروط العقد، أو أن يطلب من المحكمة إعادة النظر في العقد وتعديل شروط التعاقد بيد أنه لا يكون في متناول الطرف المضطرب اللجوء إلى المحكمة بشكل فوري، بل على الأطراف أولاً أن يعيدوا التفاوض حول شروط العقد لكي تستطيع المحكمة النظر في الدعوى، حيث إن المحكمة لا تنظر الدعوى إلا إذا رفض الطرف الآخر التفاوض، أو إذا أخفقت المفاوضات في الوصول الى اتفاق (82).

و قيد المشرع الفرنسي المدين ألا يكون قد وافق -مسبقاً- على تحمل مخاطر تغير الظروف. كون المشرع قد نص عليها كقاعدة مكملة لإرادة الطرفين، وليست أمرة، وبناء عليه قد يتفق الطرفان مسبقاً على مخالفة حكمها وتنحيتها جانباً، فيختار أحد الطرفين أو كلاهما تحمل عواقب حدوث مثل هذه الظروف التي من شأنها أن تخل بتوازن العقد (83).

ويتضح لنا من خلال نص المادة (1195) ان المشرع الفرنسي قد نظم التزام إعادة التفاوض، بمعنى أنه جعل إعادة التفاوض أساساً تشريعياً وذلك بالنص عليه صراحة في هذه المادة، ولكنه لم يجعلها من النظام العام، وبالتالي يكون غير ملزم للأفراد ويجوز للأطراف الاتفاق على استبعاد حكمه ، وكذلك منح المشرع الفرنسي لأطراف التعاقد الحرية في الوصول إلى الحل المناسب لإعادة التوازن دون ان يفرض عليهم حلاً معيناً ودون ان يعطي للمضطرب الحق في التوقف عن التنفيذ اثناء فترة التفاوض.

الاقتصادية أو رفضهم لإعادة التفاوض بشأن آليات تعديل عقدهم مراعاة لالتزاماتهم بالتفاوض والتنفيذ بحسن النية وبذلك تتجلى أهمية هذا القرار ليس فقط باعترافه بأن رفض المتعاقد لإعادة التفاوض يُقيم مسؤوليته القانونية، بل كذلك من خلال تحديد نطاقه لإعادة التفاوض بالأحداث غير المتوقعة التي تحدث بعد إبرام العقد والتي تؤدي إلى تنفيذ مرهق للعقد لأحد أطرافه (86).

وبذلك يتضح لنا بأن القضاء الفرنسي كان قد سبق القانون المدني الفرنسي في الاعتراف بآلية إعادة التفاوض كآلية لمعالجة اثار تغير ظروف اثناء تنفيذ العقد.

الخاتمة

في ختام البحث توصلنا الى جملة من الاستنتاجات والتوصيات وعلى النحو الاتي :-

أولاً: الاستنتاجات:

1- إعادة التفاوض الية لمعالجة اثار تغير ظروف تنفيذ العقد، عن طريق إعادة النظر بينود العقد بصورة شاملة من خلال الدخول في مفاوضات جديدة بحسن نية يلجأ اليها أحد المتعاقدين لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد الذي اختل نتيجة لتغير الظروف التي كانت سائدة عند إبرام العقد، ولا يسمح بتحميله الخسارة من ناحيتين أحدهما أخلاقي ينافي حسن النية والعدالة، والثاني اقتصادي الذي يفرض الالتزام بمعالجة الاختلال الناشئ سعياً للحفاظ على العقد من الفسخ.

2- تتميز إعادة التفاوض، عن نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة بالرغم مزاياها وخصائصها، إلا أن إعادة التفاوض تتميز بالمرونة لتوفير الجو المناسب بين الاطراف واعطاء مجال الحرية للاتفاق والتراضي بينهم والتفاوض حول تطبيقه لغرض تسوية المنازعات والمشاكل التي يتعرض لها العقد وإنقاذ الطرف المضرور من التنفيذ المرهق والخسارة الفادحة دون اللجوء إلى المحاكم مما يوفر الجهد والوقت والنفقات.

3- لم ينظم المشرع العراقي والمصري في القانون المدني إعادة التفاوض على اعتبار انهما عاجلا مشكلة تغير الظروف واختيار التوازن الاقتصادي للعقد في المادة 146 ف 2 عراقي، والمادة

وإذا كان القضاء هو من مهد الطريق على هذا النحو أمام المشرع إجراء هذه الإصلاحات، إلا أن الفقه بدوره كان حاضرا في هذا المضمار، وبقوة، منذ ما يزيد على عشر سنوات عن طريق العديد من المشروعات والمبادرات التي قدمها أساتذة إذ سبق التعديل الذي قام به المشرع الفرنسي، تقديم ثلاثة مشاريع قوانين لإصلاح القانون المدني الفرنسي وذلك من خلال السماح بمراجعة العقود وإعادة النظر فيها عند نشوء أحداث غير متوقعة تؤدي الى أضرار جسيمة واختلال التوازن الاقتصادي للعقد. (84)

ثانيا : موقف القضاء الفرنسي من آلية إعادة التفاوض

منذ بداية التسعينات من القرن الماضي وجدت آلية إعادة التفاوض تطبيقها القضائي في القضاء الفرنسي، أي قبل تعديل القانون المدني الفرنسي، ومنها الحكم الصادر من الغرفة التجارية في 3 نوفمبر عام 1992، إذ أقر هذا الحكم مسؤولية شركة بترولية لعدم تعاونها مع المتعاقد الآخر (الموزع) من أجل استمرار تنفيذ العقد من خلال الحفاظ على القدرة التنافسية للمتعاقد في السوق بعد التعديل الحكومة لأسعار بيع المواد البترولية ، مما أفقد الموزع القدرة على البيع بأسعار تنافسية ، أي أن انعقاد مسؤولية الشركة البترولية كان نتيجة عدم مباشرة عملية إعادة التفاوض مع المتعاقد الآخر مما يعد إخلالاً من طرفها بمبدأ حسن النية. (85)

غير أنَّ أكثر القرارات القضائية أهمية يتمثل في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 16 مارس 2004، والذي يتعلق بعقد ثلاثي الأطراف لمدة 10 سنوات بين بلدية Cluses وجمعية إقامة العمال الشباب (AFJT) ومؤسسة وجبات باريسية (LRP) ، والذي بموجبه تستغل LRP محلا كمطعم مقابل بدل إيجار تدفعه AFJTI ورسم تدفعه لبلدية Cluses، غير أنها قامت بفسخ العقد بصفة انفرادية نتيجة استحالة تنفيذ العقد اقتصاديا، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية برفض الطعن المقدم من قبل (LRP) مؤيدة لقرار محكمة الاستئناف المدين لها، وذلك على اساس ان الطعن استند على اختلال المالي للعقد منذ إبرام العقد وليس على اساس الرفض غير المبرر المتعاقدين معها للأخذ بعين الاعتبار التغير غير المتوقع للظروف

أدت الى اختلال التوازن المالي للعقد، جاز لاحد الأطراف طلب إعادة التفاوض - سواء تم الاتفاق عليه في العقد ام لم يتم - على ان يتم الاستمرار بتنفيذ العقد وعند فشل الاتفاق او رفض إعادة التفاوض يتم اللجوء الى المحكمة للمطالبة بتعديل الالتزامات الى الحد المعقول او فسخ العقد.

الهوامش

(1) د. أسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، 2011، ص 117 وبنفس المعنى :-

Oppetit (B.), l'adaptation des contrat internationaux aux changements de circonstances lachaussée de hardship. J.D.J, 1974, N4.p. 798

(2) د. رمزي رشاد الشيخ، التزام إعادة التفاوض في العقود المدنية، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد رقم 7، العدد 2، 2021، ص 11.

(3) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 67. وبنفس المعنى د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 193.

(4) د. علاء الدين عبد الله الخصاونة، الجوانب القانونية للالتزام بإعادة التفاوض ومراجعة العقود، مجلة الحقوق، عمان، العدد الأول، 2014، ص 626.

(5) Cass Soc., 30 Mars, 1982, Bull Civ, No. 232 . أشارت إليه: خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، ٢٠٠٢، ص ٥٥

(6) د. اسيل باقر جاسم، مصدر سابق، ص 117.

(7) د. شريف محمد غنام، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص 72.

(8) د. صفاء تقى العيساوي، القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، 2005، ص 448.

(9) د. اسيل باقر جاسم، مصدر سابق، ص 118.

(10) عرف فقهاء القانون المدني نظرية الظروف الطارئة على انه حادث عام نادر الوقوع يطرأ على العقد بعد ابرامه وقبل تنفيذه ولم يكن متوقعا حيث لا يمكن التحرر منه او دفعة، ويوجب اما المضي في العقد او خسارة فادحة، للمزيد انظر : د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، الجزء الاول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠، ص ٧٠٥.

147 ف 2 مصري المتعلقة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة كما أشار القانونيين الى تطبيقات الظروف الطارئة في عقدي الايجار والمقاوله، لكن أشار بشكل ضمني الى إعادة التفاوض في بعض التشريعات الخاصة سواء في العراق كما قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 المعدل (الفقرة الأولى من المادة 27) و قانون الاستثمار لإقليم كوردستان المرقم 4 لسنة 2006، المادة (17) منه. او في مصر كما قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 الصادر بتاريخ 17/ 5/ 1999 الفصل الاول (نقل التكنولوجيا المادة 86).

4- تبنى القانون المدني الفرنسي إعادة التفاوض صراحة في تعديل 2016، حين نص عليها في المادة 1195، بعدما كان قد اتخذ موقفا مشددا من معالجة مشكلة تغير الظروف واختلال التوازن الاقتصادي للعقد حفاظا منه على القوة الملزمة للعقد، رغم ان القضاء الفرنسي كان قد سبق المشرع في تبنيه لإعادة التفاوض حيث أكد عليه في كثير من احكامه.

5- يتشدد القضاء العراقي متمثلاً بمحكمة التمييز في الأخذ بإعادة التفاوض حتى ولو استند الى بند أو شرط صريح في العقد، ولم يشر القضاء المصري متمثلاً بمحكمة النقض الى إعادة التفاوض على عكس المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري التي اشارت اليه في بعض احكامها.

6- يستند تطبيق إعادة التفاوض في أساسه القانوني على إرادة وحرية الاطراف في الإتفاق على ما يرويه مناسبا من شروط وبنود وآليات لتنفيذ عقدهم وهم أدري بصالحهم من غيرهم.

7- عند عدم الاتفاق على إدراج إعادة التفاوض في العقد، وتعرض الى تغير في الظروف أدت الى إختلال توازنه الاقتصادي، يكون مبدأ حسن النية هو المبدأ المعترف به في تنفيذ الالتزامات العقدية وبموجب القواعد العامة في كل الأنظمة القانونية العراقية والمقارنة ويمكن الركون اليه في مطالبة الطرف الآخر بإعادة التفاوض.

ثانياً: التوصيات

1- نوصي بتعديل المادة 146 من القانون المدني واضافة فقرة للمادة المذكورة وعلى النحو الاتي : ثالثاً- عند حدوث ظروف لم يكن في الوسع توقعها ولا دخل لإرادة المتعاقدين في وقوعها

(19) د. شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص 180.

(20) د. الحسيني محمد ابو غنيمه، تغير الظروف في عقود الطاقة ومبدأ إعادة التفاوض، القاهرة، 2022، ص 366.

(21) انظر في الفقرة (2) من المادة (146) من القانون المدني العراقي ويقابلها في الفقرة (2) من المادة (147) من القانون المدني المصري.

(22) د عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذي الطابع التعاقد، القاهرة، 2005، ص 50.

(23) د. رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، مصدر سابق، ص 16.

(24) د. مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط1، بدون دار الناشر، 1996، ص 359.

(25) د. ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، مصدر سابق، ص 203.

(26) د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير، الوجيز نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 31-33 و د. علي عبد الأمير قبالن، أثر القانون الخاص على العقد، ج ١، ط ١، 2011، بيروت، لبنان، ص ٦١.

(27) لمزيد من التفصيل حول الارادة الظاهرة والارادة الباطنة (الحقيقية) انظر محمد دغمان، إلزامية العقد، دراسة مقارنة - منشورات زين الحقوقية، ط1، 2010، ص 28-29، كذلك انظر خليل جريح النظرية العامة للموجبات، ج ٢، مجموعة صادر، بيروت، بدون سنة طبع، ص 14.

(28) يرد على هذه القاعدة استثناء عندما يكون أحد طرفي العقد غير متساوي مع الطرف الآخر بحيث يملئ الطرف الأقوى شروطه على الطرف الضعيف الذي يدعى له وهو ما يعرف بعقود (الإذعان) ولمزيد من التفصيل حول عقود الإذعان، انظر د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص 44 - 45

(29) V.A. GHOZI (A.): La modification de l'obligation par la volonté de parties, Etude de droit civil français, Thèse, Paris, LGDJ. 1980 p.9

(30) ولم نجد نصاً مقابلاً في القوانين المقارنة ونعتقد أنها تكتفي بقواعدها العامة الأخرى المتعلقة بعدم جواز مخالفة النظام العام والآداب العامة وأن المشرع العراقي افرد هذا النص للتأكيد على ذلك.

(31) د. ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، مصدر سابق، ص 117.

(32) حكم محكمة التمييز العراقية بتاريخ 2020/3/1 على انه "... عقد الاجبار المبرم بين الطرفين لمدة (25) سنة جرى وفق قانون بيع وایجار اموال الدولة رقم 32 لسنة 1986 ولم ينص على مراجعة بدلات الايجار كل خمس سنوات او التعهد بالالتزام ببدل ايجار جديد في حال تعديله لذلك لا يمكن تطبيق الزيادة الواردة على بدلات الايجار التي حددتها اللجنة الاقتصادية في مجلس الوزراء لأنه اذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لاحد

(11) وقد اشار القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 والذي نشر في جريدة الوقائع العراقية في عددها 3015 وبتاريخ 1958/9/8، لنظرية الظروف الطارئة في الفقرة (2) من المادة (146) اذ نص على انه " على ان اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقد، وأن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" وهو نفس اتجاه المشرع المصري في في الفقرة (2) من المادة (147) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 والذي نشر في جريدة الوقائع المصرية رقم 108 مكررا وبتاريخ 29 يوليو 1948، و تجدر الاشارة الى ان المشرع الفرنسي قبل تعديله القانون المدني في عام ٢٠١٦ لم يعترف بنظرية الظروف الطارئة استنادا الى مبدأ سلطان الارادة وقدرسية العقد، ولكنه أشار بعد التعديل إلى الظروف المشابهة لتطبيقها والتي تخص إعادة التفاوض في المادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم رقم ١٣١-٢٠١٦، والذي جاء فيها على انه " اذا حدث تغير في الظروف، غير ممكن التوقع، عند ابرام العقد، يترتب عليه ان صار التنفيذ باهظ الكلفة بالنسبة لأحد الاطراف، الذي لم يقبل تحمل تبعه هذا التغير، يمكن لهذا الاخير أن يطلب من المتعاقد معه اعادة التفاوض على العقد، على ان يستمر في تنفيذ التزاماته اثناء اعادة التفاوض، في حالة رفض او فشل اعادة التفاوض يجوز للأطراف الاتفاق على فسخ العقد اعتبارا من التاريخ ووفق الشروط التي يحددها".

(12) د. ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص 199.

(13) اسماعيل العمري، نظرية الحوادث الطارئة في القانون المدني وتطبيقاتها القضائية، دار الكتب الموصل، 1974، ص 41-46

(14) خالد مصطفى فهمي، التنظيم القانوني للالتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2020، ص 88.

(15) د. حياة محمد أبو النجا، الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة منصور، كلية الحقوق، 2009، ص 185

(16) انظر نص الفقرة (2) من المادة (146) من القانون المدني العراقي حيث اختتمت بقولها " ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " ويقابلها الفقرة (2) من الماد (147) من القانون المدني المصري.

(17) د. رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، مصدر سابق، ص 15.

(18) د. سليمان مرقس، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مطبعة دار القضاة، ط4، 1987، ص 534.

صادقاً عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وذلك احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة وتحقيقاً لاستقرار المعاملات. الحكم منشور في جريدة اليوم السابع المصرية الرسمية وعلى الرابط الاتي :
<<https://www.youm7.com/story/2021/12/16/>>
<< تاريخ الزيارة 2023/9/9.

(37) القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ بالعربية طبعة دالوز ٢٠٠٩، ترجمة كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة القديس يوسف بالتنسيق مع مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي، بيروت، 2012.

(38) د. مصطفى عبد الحميد عدوي، الوجيز في قانون العقود الفرنسي الجديد، دار النهضة، القاهرة، 2020، ص 16

(39) د. محمد حسن قاسم - قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية ترجمة المواد من ١١٠٠ إلى ١٢٣١ - ٧ من القانون المدني الفرنسي، منشورات الحلبي الحقوقية سنة ٢٠١٨.

(40) حيث جاء في إحداها أن هذه القاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) هي قاعدة عامة ومطلقة وذلك منذ قضية كرابون فايد، 2005 (Canal Craponne de) حيث قررت أنه "لا يجوز للمحاكم أن تعدل شروط الاتفاق المبرم بحرية بين أطرافه مهما تغيرت الظروف ومر الزمن" أشار اليه د. شيرزاد عزيز سليمان ويونس عثمان علي، مبدأ القوة الملزمة للعقد وأساسه القانوني، مجلة قه لاي زانست العلمية، المجلد 5، العدد الثالث، سنة 2020، ص 392

(41) د. عبد المنعم فرج الصرة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٢، ص ٣٥٧، و د. أيمن إبراهيم العشماوي مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢ ل ص ٣٤.

(42) د. صفاء تقى العيساوي، القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٥، ص ٤٢ وما بعدها.

(43) نصت المادة 168 من القانون المدني العراقي على انه "إذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه." والمادة 211 من نفس القانون "إذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية او حادث فجائي او قوة القاهرة او فعل الغير او خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك." ويقابلها نص المادة 166 من القانون المدني المصري "إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي 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".

العاقدين في الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي"، حكم محكمة التمييز رقم 1189/الهيئة الاستئنافية /2020 منشور في قاعدة التشريعات العراقية .وعلى الرابط التالي
https://iraqlid.e-sjc-services.iq

(33) مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، ج ١، ط ٤، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٧، ص 123.

(34) د. رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، جامعة القاهرة، ط ١، ١٩٩٤، ص ٨٢.

(35) ذهبت محكمة التمييز بتاريخ 2020/2/26 إلى انه "بأن المدعى عليه نفذ جزء من العقد ولم ينفذ الجزء الأكبر منه على الرغم من انتهاء مدة التجهيز المنصوص عليها في العقد مما يجعله ملزماً بأن يدفع للمدعي الغرامات التأخيرية على وفق ما نصت عليه المادة (9) من العقد المبرم بين الطرفين لان العقد إذا نفذ كان لازماً ولا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي ويجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، حسب المادتان (146 ف1 والمادة 150) من القانون المدني العراقي...." حكم محكمة التمييز، المرقم 665، الهيئة الاستئنافية، 2020، "... القرار منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى - قاعدة التشريعات العراقية وعلى الرابط التالي:

<<https://iraqlid.e-sjc-services.iq/VerdictsTextResults.aspx>> تاريخ الزيارة 2023/8/12.

(36) حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ 2021/6/21 "أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن النص في الفقرة الأولى من المادة 147 من القانون المدني على أن: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين"، وفي المادة 148 منه على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"، وفي المادة (150) من القانون ذاته على أنه: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطريقة التعامل، وبما ينبغي من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات". وبحسب "الحكمة": يدل على أن مبدأ سلطان الإرادة مازال يسود الفكر القانوني، أن ما اتفق عليه المتعاقدان متى وقع صحيحاً لا يخالف النظام العام أو الآداب أصبح ملزماً للطرفين، فلا يجوز نقض العقد أو تعديله من جهة أي من الطرفين، إذ أن العقد وليد إرادتين وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة، وهذا هو الأصل، كما يمنع ذلك على القاضي أيضاً، لأنه لا يتولى إنشاء العقود عن عاقيدها وإنما يقتصر عمله على تفسير مضمونها بالتزام عبارات العقد الواضحة وعدم الخروج عنها تعبيراً

(46) د. محمد عرفان الخطيب التحليل الاقتصادي لنظرية العقد من منظور قانوني الممكن والمستبعد دراسة نقدية مقارنة من منظور المدرسة اللاتينية القانون المدني الفرنسي نموذجاً للتحليل والقانون المدني الكويتي نموذجاً للإسقاط، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد ٢٠١٩، ص 141.

(47) د. رجب كريم عبد الإله، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 314.

(48) د. ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، مصدر سابق، ص 219.

(49) أشار المشرع المصري الى الأمانة والثقة في المادة (١٥٠ / ١) من القانون المدني المصري، وإلى التعاون في المادة (٤٤٠ / ٢) منه، ولم يشير اليه المشرع العراقي .

(50) منع المشرع العراقي التعسف في استعمال الحق في الفقرة (2) ج من المادة (٧) ، كما نظم المشرع العراقي في المواد (١٢٣)، (١٢٤)، احكام الغبن واعتبره سبباً لوقف العقد. اما المشرع المصري فقد تعرض لأحكام التدليس والغبن والاستغلال في المواد (١٢٥)، (١٢٦)، (٤٢٦)، (٤٢٧) من القانون المدني المصري، اما القانون المدني الفرنسي بين ان الغبن عيب في العقد، في المواد (١١١٨)، (١٠٧٨) من القانون الفرنسي.

(51) د. عبد الحليم القوي، حسن النية في التصرفات، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، طبعة 1، 1998، ص ٣٢١.

(52) د. مصطفى العوجي، مصدر سابق، ص ١٤٤.

(53) د شيرزاد عزيز سلمان، حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة، عمان-الأردن، 2008، ص 157.

(54) د خالد مصطفى فهمي، مصدر سابق، ص ٥٩.

(55) د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في إطارها العقدي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة عين شمس عدد ١ يناير ٢٠٠٥، ص ٦٠.

(56) محمد محسن علي، الالتزام بإعادة التفاوض في عقود النفط، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديد للنشر - الإسكندرية سنة ٢٠١٩ ص ١٧٠ - ١٧١.

(57) ينظر في الفقرة (1) من المادة (148) من القانون المدني المصري.

(58) ART 1104 C C F، "Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public"

(59) عبد الجبار ناجي صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير، جامعة بغداد سنة ١٩٧٢ ص ٣٤.

(60) د. عبد الحليم عبد اللطيف القوي، مصدر سابق، ص ٨٧.

(61) ينظر المادة (233) والمادة (1148) من القانون المدني العراقي، رغم ان البعض ذهب الى ان القانون المدني العراقي لم يتمسك بمعيار شخصي بحت، وأهم المعيار الموضوعي. اذ انه لا تعارض بين المعيارين، بل يصح

(44) ذهبت محكمة التمييز العراقية الى " أن عدم تنفيذ عند المفاوضة موضوع الدعوى المبرم بين طرفي هذه الدعوى بتاريخ 2018/4/18 يرجع لسبب عدم صدور الاجازة الاستيراد الخاصة بالمواد موضوع العقد من الجهة القطاعية الحكومية المختصة وحتى الان مما يعد ذلك سبباً أجنبياً خارج عن أردحهما يترتب عليه انقضاء الالتزام (م 425 مدني) وتنتهي به المفاوضة لاستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه (م 1/886 مدني) وبما يجعل العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بحكم القانون..." حكم محكمة التمييز العراقية رقم 2944/2945/هيئة استئنافية بتاريخ 2021/11/8، "... القرار منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى - قاعدة التشريعات العراقية وعلى الرابط التالي:

<<https://iraql.d.e-sjc-services.iq/VerdictsTextResults.aspx>> تاريخ الزيارة 2023/10/4

. وقضت محكمة النقض المصرية بان (النص في المادة ٣٧٣ من القانون المدني يدل على أنه يجب حتى ينقضي الالتزام أن يطراً بعد نشأتها ما يجعل تنفيذه مستحيلاً استحالة فعلية أو قانونية)، الطعن رقم ١٢٥٧ لسنة ٧٠ قضائية - الدوائر المدنية - جلسة 2021/3/23. منشور في موقع محكمة النقض المصرية على الرابط الآتي:

<<https://www.cc.gov.eg>> تاريخ الزيارة 2023/10/11

(45) حكم محكمة التمييز العراقية رقم 562 بتاريخ 2008/3/12 والذي جاء فيه " .. ولما كانت نظرية الظروف الطارئة التي يستند اليها المميز لا تبيح له طلب تمديد مدة العقد بل ان تلك النظرية وبسبب الظروف الاقتصادية التي لم يتوقعها الطرفان عند ابرام العقد والتي ادت الى اختلال التوازن الاقتصادي الذي كان موجوداً عند التعاقد بحيث تجعل المدين لالتزامه يهدده بخسارة فادحة حيث كان بإمكان المدعي المطالبة بانقاص الالتزام او المطالبة بفسخ العقد مع التعويض ان كان لهما مقتضى قانوني استناداً لأحكام المادة (146 / 2) من القانون المدني "... القرار منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى - قاعدة التشريعات العراقية وعلى الرابط التالي: <<https://iraql.d.e-sjc-

services.iq/VerdictsTextResults.aspx>>

تاريخ الزيارة 2023/10/4 وقضت محكمة النقض المصرية بان "وقوع حوادث استثنائية لم يكن في وسع المتعاقد توقعها جعلت تنفيذه للالتزام مرهقاً وليس مستحيلاً، اعتبره مبرراً لرد الالتزام إلى الحد المعقول. بطلان كل اتفاق يخالف ذلك"، الطعن رقم ١٣٦٨٣ لسنة ٨٨ قضائية دوائر الاجراءات - جلسة ٢٠١٩/٠٣/٢٣. منشور في موقع محامي مصر وعلى الرابط التالي << https://lawyeregypt.net >> تاريخ الزيارة 2023/10/21

(74) قرار مجلس قيادة الثورة رقم ١٧٤ في ٢٧ / 6 / ١٩٩2 ، نشر في الوقائع العراقية عدد ٣٤١٣، ٦ / ٧ / ١٩٩٢ .

(75) قرار مجلس قيادة الثورة رقم 56 في 2000 ، نشر في الوقائع العراقية عدد ٣٨٤٨، ١٦ / ١٠ / ٢٠٠٠

(76) حيث أجازت الفقرة ٢ من المادة الرابعة من القانون لمجلس الوزراء زيادة النسبتين المنصوص عليهما في الفقرة ١ من هذه المادة كلما اقتضى الأمر ذلك ، وهما نسبة ٥٪ لدور السكن والشقق السكنية ونسبة ٧٪ للعقارات والشقق المؤجرة على شكل غرف للسكنى ، وأجازت الفقرة ٥ من المادة الرابعة من القانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدلة بالقانون رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٠ للمؤجر والمستأجر طلب تقدير القيمة الكلية للعقار المأجور مرة كل خمس سنوات ويعدل تبعاً للتقدير الجديد بدل الإيجار وفق النسبتين المنصوص عليهما في الفقرة ١ من هذه المادة على أن ينفذ هذا الحكم بعد مضي ثلاث سنوات على نفاذ تاريخ القانون رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٠ في ١٦ / ١٠ / ٢٠٠٠ أي يكون النفاذ بالنسبة لهذا الحكم الجديد في ١٦ / ١٠ / ٢٠٠٣ للمزيد من التفصيل ينظر: د عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص ٣٧.

(77) نص المادة (792) من القانون المدني العراقي " 1- إذا كان الإيجار محدد المدة جاز لكل من المتعاقدين ان يطلب فسخ العقد قبل انقضاء مدته إذا حدثت ظروف من شأنها ان تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الامر او في اثناء سريانه مرهقا، على ان يراعى من يطلب الفسخ مواعيد التنبيه بالإحلال المبينة بالمادة 741 وعلى ان يعرض للطرف الآخر تعويضاً عادلاً. 2- فإذا كان المؤجر أو الذي يطلب الفسخ، فلا يجبر المستأجر على رد المأجور حتى يستوفي التعويض او حتى يحصل على تأمين كاف".

(78) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 632 - اهيئة الاستئناف عقار، 8-2006، النشرة القضائية، العدد 38، 2010.

(79) قانون التجارة المصري رقم ١٧ والذي صدر سنة 1999 وتم نشره في المجلة الرسمية العدد 19 مكرر بتاريخ 17 مايو 1999.

(80) قضت المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة في القضية المعروفة بتصدير الغاز لإسرائيل بوقف قرار وزير البترول ١٠٠ لسنة ٢٠٠٤ وكل ما يترتب عليه أو يستند اليه من قرارات أو آثار قانونية وذلك لعدم تضمن العقد آلية محددة لمراجعة الكميات والأسعار بصفة دورية خلال مدة التعاقد بما يحقق الصالح المصري وضمان توفير الاحتياجات المحلية .لمزيد من التفصيل ينظر: د الحسيني محمد ابو غنيمه، مصدر سابق، ص ٣٢١-٣٢٤.

(81) The Code Napoléon Rewritten French Contract Law after the 2016 Refoms Edited by John Cartwright & Simon Whittaker. Art 1195. «Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du l'exécution onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son Cocontractant. Elle exécuter ses obligations durant la renégociation. Contrat rend excessivement Continue.

القول بأتهما متكاملان، ذلك ان القول بأنه معيار شخصي فحسب يقتضي الوقوف عند نية المدين وقت التنفيذ، وهذا امر يفرض الى صعوبة الكشف عن النية واستحالة استقصائها احيانا. ولذلك يستعين القاضي عادة للوصول اليها بمعايير مادية. للمزيد من التفصيل ينظر د. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي. ج، 3 تنفيذ الالتزام، مطبعة الزهراء، بغداد. 1971، ص 14

(62) د. عبد الحليم عبد اللطيف القوي، مصدر سابق، ص ٨٨.

(63) د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، ماهيته وأنواعه وتطبيقاته، ومفاوضات العقود وإبرامه ومضمونه وآثاره، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٧-٢٠٠٢ ص ١٣٢.

(64) يزيد انس نصير، مرحلة ما قبل إبرام العقد، مجلة المنارة، جامعة آل بيت، الاردن العدد (٣) سنة ٢٠٠١، ص ١٧.

(65) عبد الحليم عبد اللطيف القوي، مصدر سابق، ص ٩١.

(66) د. وسن كاظم زرزور ، الاخلال المتوقع وأثره في تنفيذ العقد، أطروحة الدكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2015، ص 45.

(67) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج، 1 مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، لبنان، 1966، ص 67

(68) نصت المادة (٣٣١ /أولاً) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ النافذ على أنه "يلغى قانون التجارة رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ وتعديلاته باستثناء الباب الخامس منه المتضمن أحكام الإفلاس والصلح الوافي منهج (المواد ٥٦٦ - ٧٩١) لحين تنظيم أحكام الإعسار بقانون".

(69) سلطة الائتلاف المنحلة هي سلطة مؤقتة في العراق تشكلت لإدارة أمور العراق عام ٢٠٠٣ بعد الإطاحة بالنظام السابق في ابريل ٢٠٠٣ واستندت سلطة الائتلاف المؤقتة في حكمها للعراق على قرار مجلس الامن المرقم ١٤٨٣ في عام ٢٠٠٣ والتي حسب قوانين الحرب والاحتلال العسكري المتفق عليها في الأمم المتحدة امتد حكم سلطة الاحتلال الأمريكي من ٣١ أبريل ٢٠٠٣ الى ٢٨ يونيو ٢٠٠٤.

(70) وهب سامي محيسن محمد، إعادة التفاوض في العقود الدولية، رسالة ماجستير غير منشورة مقدمة الى مجلس كلية القانون الجامعة العراقية سنة 2018، ص 51.

(71) فاطمة عبد مهدي دهش، إعادة التفاوض وسيلة بديلة لحل النزاع في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير غير منشورة، مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة كربلاء ٢٠١٤، ص ٣٥.

(72) د عصمت عبد المجيد بكر، أثر تغير قيمة النقد في الالتزامات التعاقدية، بدون سنة نشر ص ٢٥.

(73) قرار مجلس قيادة الثورة رقم ١٤٥ في ٢ / ٥ / ١٩٩١ ، نشر في الوقائع العراقية عدد ٣٣٥٦، ٣ / ٦ / ١٩٩١.

- د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001
- د. اسماعيل العمري، نظرية الحوادث الطارئة في القانون المدني وتطبيقاتها القضائية، دار الكتب الموصل، 1974
- د. الحسيني محمد ابو غنيمه، تغير الظروف في عقود الطاقة ومبدأ إعادة التفاوض، القاهرة، 2022.
- د. أمّن إبراهيم العشماوي مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
- د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، دون سنة طبع.
- د. خالد مصطفى فهمي، التنظيم القانوني للالتزام بإعادة التفاوض، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2020.
- د. خليل جريج النظرية العامة للموجبات، ج ٢، مجموعة صادر، بيروت، بدون سنة طبع.
- د. رجب كريم عبد الإله، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000
- د. رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، ط١، ١٩٩٤.
- د. سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في العقود المدنية المسماة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- د. سليمان مرقس، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مطبعة دار القضاء، ط٤، 1987.
- د. سميحة القليوبي، الوسط في شرح قانون التجارة المصري، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة.
- د. شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.
- د. شيرزاد عزيز سلمان، حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة، عمان، 2008.
- د. عبد الجبار ناجي صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير، جامعة بغداد سنة 1972.
- د. عبد الحليم القوي، حسن النية في التصرفات، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، طبعة 1، 1998.
- د. عبد العزيز المرسى حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذي الطابع التعاقدية، القاهرة، 2005.
- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، 2007.
- د. عبد المنعم فراج الصرة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
- د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير، الوجيز نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة نشر.
- د. عصمت عبد المجيد بكر، أثر تغير قيمة النقد في الالتزامات التعاقدية، بدون سنة نشر.

(82) Auque (F.), L'ordonnance réformant le droit des obligations, les nouveaux articles 1171 et 1195 du code civil', actualite juridique droit immobilier (2016), p. 184

(83) د. احمد محمد عوض، إعادة التوازن العقدي في ظل نظرية الظروف الطارئة، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، العدد 37، ابريل 2022، جامعة الازهر، ص 391.

(84) مشاريع قوانين لإصلاح القانون المدني الفرنسي هي: ١- مشروع كاتالا (Avant-project CATALA) حيث تم إعداد المشروع من قبل مجموعة من الأكاديميين والفقهاء، يتقدمهم الفقيه (بيار كاتالا) وقدم الى وزير العدل الفرنسي بتاريخ ٢٢ / ٩ / ٢٠٠٥ والذي أشار بشكل صريح الى شرط إعادة التفاوض في المادة ١١٣٥ / ف ٢.١ - مشروع وزارة العدل الفرنسي (Le projet de la chancellerie)، وتم وضعه من قبل مجموعة عمل معارين لهذه الوزارة برئاسة (بينديكت كاسون) وكانت الغاية منه جعل القانون المدني الفرنسي أكثر مرونة في حالات تغير الظروف التي تعترض تنفيذ العقد، فقد تضمن صراحة آلية إعادة التفاوض في المادة ١٣٦ من القسم الاول من الفصل الثامن. ٣ - مشروع تيري (Le project TERRE)، تم إعداد المشروع من قبل الفقيه (فرانسو تيري) والذي أدخل عليه الكثير من مقترحات الأستاذ Catala في مشروعه (2005)، ونص على إعادة التفاوض بشكل صريح باعتبارها أفضل وسيلة لمعالجة إختلال التوازن الإقتصادي للعقد نتيجة تغير الظروف، ذلك في المادة ٩٢. وعلى الرغم من أن هذه المشاريع قد تمت صياغته بطريقة مختلفة، إلا أنها تتميز بالجرأة في الإقدام على طرح بعض المقترحات والتي وجدت طريقها إلى المرسوم عند إصداره، ومن أهم هذه المقترحات إلغاء مفهوم السبب والمحل كركن في العقد، وفسخ العقد بإرادة منفردة، وتحديث أحكام الإثبات. للمزيد انظر

-Philippe (Denis), Les clauses relatives au changement de circonstances dans les contrats à long terme, Après Midi d'étude, du 27Janvier 2009, p. 24 etss.

-Rodrigo Momberg Uribe., The Effect of circumstances on the binding force of contracts comparative perspectives, Cambridge Intersentia, 2011, Pp. 61-62.

(85) Mazeaud (D.) Renegociation du contrat Revue des contrats, of juillet 2008, P. 642.

(86) Cass, civ. 16 Mars 2004, Dalloz, 2004, somm.p.1754

اشار اليه د.هني عبد اللطيف، مصدر سابق، ص 307

قائمة المصادر بعد القران الكريم

أولا : الكتب

- د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الاداري، ج ١، ط ١، بيروت، ٢٠١١.
- د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، ماهيته وأنواعه وتطبيقاته، ومفاوضات العقود وإبرامه ومضمونه وآثاره، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٧.
- د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.
- د. محمد حسن قاسم - قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية ترجمة المواد من ١١٠٠ إلى ١٢٣١ - ٧ من القانون المدني الفرنسي، منشورات الحلبي الحقوقية سنة ٢٠١٨.
- د. محمد دغمان، إلزامية العقد، دراسة مقارنة - منشورات زين الحقوقية، ط 1، 2010.
- د. محمد عمر الحفناوي، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة، جامعة آل بيت، عمان، سنة ٢٠٠٢.
- د. مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، ج ١، ط ٤، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٧.
- د. ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.
- د. مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط 1، بدون دار الناشر، 1996.
- د. مصطفى عبد الحميد عدوي، الوجيز في قانون العقود الفرنسي الجديد، دار النهضة، القاهرة، 2020.
- محمد محسن علي، الالتزام بإعادة التفاوض في عقود النفط، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديد للنشر - الإسكندرية سنة ٢٠١٩.
- ثانياً: الرسائل والاطاريح الجامعية**
- د. حياة محمد أبو النجا، الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة منصور، كلية الحقوق، 2009.
- د. صفاء تقى العيساوي، القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٥.
- د. وسن كاظم رزور، الاخلال المتوقع وأثره في تنفيذ العقد، أطروحة الدكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2015.
- د. فاطمة عبد مهدي دهش، إعادة التفاوض وسيلة بديلة لحل النزاع في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير غير منشورة، مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة كربلاء ٢٠١٤.
- وهب سامي محيسن محمد، إعادة التفاوض في العقود الدولية، رسالة ماجستير غير منشورة مقدمة الى مجلس كلية القانون الجامعة العراقية سنة ٢٠١٨.
- ثالثاً: البحوث الاكاديمية والدوريات**
- د. أسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، 2011.
- د. رمزي رشاد الشيخ، التزام إعادة التفاوض في العقود المدنية، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد رقم 7، العدد 2، 2021.
- د. شيرزاد عزيز سليمان ويونس عثمان علي، مبدأ القوة الملزمة للعقد وأساسه القانوني، مجلة قه لاي زانست العلمية، المجلد الخامس، العدد الثالث، سنة 2020.
- د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في إطارها العقدي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة عين شمس عدد ١ يناير ٢٠٠٥.
- د. محمد عرفان الخطيب التحليل الاقتصادي لنظرية العقد من منظور قانوني الممكن والمستبعد دراسة نقدية مقارنة من منظور المدرسة اللاتينية القانون المدني الفرنسي نموذجاً للتحليل والقانون المدني الكويتي نموذجاً للإسقاط، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد، السنة السابعة العدد 25، دار ٢٠١٩.
- د. علاء الدين عبدالله الخصاونة، الجوانب القانونية للالتزام بإعادة التفاوض ومراجعة العقود، مجلة الحقوق، عمان، العدد الأول، 2014.
- رابعاً: المصادر باللغة الأجنبية**
- Nancy 2nd Ch. Com, 26 September, 2007, La Semaine Juridique, No. 20, 14Mai 2008.
- V.A. GHOZI (A.): La modification de l'obligation par la volonté de parties, Etude de droit civil français, Thèse, Paris, LGDJ. 1980 .
- Philippe (Denis), Les clauses relatives au changement de circonstances dans les contrats à long terme, Après Midi d'étude, du 27Janvier 2009.
- Rodrigo Momberg Uribe., The Effect of circumstances on the binding force of contracts comparative perspectives, Cambridge Intersentia, 2011.
- Mazeaud (D.) Renegotiation du contrat Revue des contrats, of juillet 2008
- Oppetit (B.), l'adaptation des contrat internationaux aux changements de circonstances lachaussée de hardship. J.D.J, 1974.
- خامساً: القوانين العراقية والمقارنة**
- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ بالعربية طبعة دالوز ٢٠٠٩، ترجمة كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة القديس يوسف بالتنسيق مع مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي، بيروت، 2012.
- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948
- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951
- قانون التجارة العراقي رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ الملغى
- قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة 1999
- قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل
- قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (145) في 1991/5/2 و رقم (174) في 1992/6/27 ورقم (56) في 2000
- القانون المدني الفرنسي بعد تعديل 2016 (قانون العقود الفرنسي الجديد رقم 131 لسنة 2016)

بوخته

ل دهمی گریبه‌ست دهینه ئیمزا کرن دنافه‌را لایه‌نین گریبه‌ستیدا وکاودانه‌کی ئارام و سروشتی دا، جاران هندەك ژ وان کاودانان دهمی جیبه‌جیکرنا گریبه‌ستی دهینه گهورین ب ئەگه‌ری هندەك رویدانی نه چافه‌رکیری بی کو چ لایه‌ن ئاگه‌ه ژئ هه‌بیت یان وانا ده‌ست دگهل دابیت، ودی بیه تی‌کچوونا بلانسا ئابوری یا گریبه‌ستی وبی گومان به‌رده‌وامی ب جیبه‌جیکرنا خالین گریبه‌ستی دی بیه ئەگه‌ری خوساره‌تییه‌کا مه‌زن لسه‌ر لایه‌نه‌کی . ئەفجا چه‌ندین ریک په‌یداوون بو چاره‌سه‌رکرنه‌ فانه‌ ئاریشا، ژوان ریکا پروسه‌یا دووباره‌کرنه‌ دانوستاندنی بو و ئیکی داکو به‌رده‌وامی لسه‌ر جیبه‌جیکرنا گریبه‌ستی وقورتال کرنا وی ژ نافرنی، وبنه‌مایا یاسایی یا دووباره‌کرنه‌ دانوستاندنی دبیین دهمی هه‌ردوو لایه‌نین گریبه‌ستی فی بروسیی داریژن دناف گریبه‌ستی دا لیدی هه‌زا وان، و ئەگه‌ر نه‌هیه‌ته‌ دانان دهمی ئیمزا کرنا گریبه‌ستی دقیت بزفرینه‌ یاسایی، لی یاسادانه‌ری عیراقی و مسری هیچ یاسایه‌ك نه‌دانایه‌ کو فانه‌ ئاریشا ریکبخت، لی یاسادانه‌ری فره‌نسی پشتی دهمه‌کی دریژ ژ نه‌هیلا ده‌ست کاری ل به‌ندین گریبه‌ستیدا بیه‌ کرن، ل سالا 2016 گهورین مه‌زن ل یاسا شارستانی یا فره‌نسی کر ول به‌ندی (1195) دووباره‌کرنه‌ دانوستاندنی وه‌ك پروسیه‌ك بو چاره‌سه‌رکرنه‌ ئاریشین گریدای ب رویدانی نه‌ چافه‌رکیری هاته‌ دانان.

وشه‌ی سه‌ره‌کی: رویدانی نه‌ چافه‌رکیری ، بلانسا ئابوری ، دووباره‌کرنه‌ دانوستاندنی، بنه‌مایا یاسایی



THE LEGAL BASIS FOR RENEGOTIATING IN CIVIL CONTRACTS "A COMPARATIVE STUDY"

DILSHAD RAMADHAN DAKHAZ and IMAN YOSSEF NORI

Dept. of Private Law, College of Law, University of Duhok, Kurdistan Region-Iraq

ABSTRACT

The renegotiation is new legal mechanism and pattern that arranges legal provisions of long-term contracts that exposed to unexpected conditions and accidents and causes contractual obligations more difficult to be implemented by making higher changes in contract economic balance , The renegotiation has a significant place in the field of contracts, because it has an important and effective role in maintaining the contractual relationship between its two parties by providing them with the freedom to determine the fate of their contract in accordance with their common interest.

The legal basis for renegotiation may be contractual, that is to say, it is agreed by its inclusion as a clause in the contract or If there is no agreement between the two parties to the contract to renegotiate, either party can uphold it on the basis of the principle of good faith According to the general rules of law . As for the legislative basis for renegotiation, we note that the Iraqi and Egyptian legislators did not address renegotiation in civil laws, but rather through some special legislation. As for the French legislator, he made important amendments to the civil law in 2016 and introduced renegotiation as a solution to the problem of changing circumstances in Article 1195 of the Code.

KEY WORDS: Renegotiation, Good Faith, The Legal Basis, Economic Balance